

Universidad de Costa Rica

Facultad de Derecho

“El Desistimiento y la Tentativa y su Enfoque en los Delitos de Violación y Abuso Sexual a
la luz de la Doctrina y la Jurisprudencia”

Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho

Karla Vanessa Ballesterio Loaiza

San Pedro de Montes de Oca

Sede Central Rodrigo Facio

2009



UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO
ÁREA INVESTIGACION



08 de octubre del 2009.

Lic.
Pedro Bernal Chaves Corrales
Decano a.i.
Facultad de Derecho

Hago de su conocimiento que el Trabajo Final de Graduación de la estudiante:

KARLA VANESSA BALLESTERO LOAIZA

Titulado: “EL DESISTIMIENTO Y LA TENTATIVA Y SU ENFOQUE EN LOS DELITOS DE VIOLACION Y ABUSO SEXUAL A LA LUZ DE LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA”

Fue aprobado por el Comité Asesor, a efecto de que el mismo sea sometido a discusión final. Por su parte, el suscrito ha revisado los requisitos de forma y orientación exigidos por esta Área y lo apruebo en el mismo sentido.

Asimismo le hago saber que el Tribunal Examinador queda integrado por los siguientes profesores:

Presidente:	LIC. MARIO SEING JIMENEZ
Secretario:	LIC. FRANK ALVAREZ HERNANDEZ.
Informante:	LIC. MARIO ANTONIO RIVERA GARBANZO
Miembro:	DR. ERICK GATGENS GOMEZ
Miembro:	DR. ALVARO BURGOS MATA

La fecha y hora para la **PRESENTACION PUBLICA** de este trabajo se fijó para el día 19 de octubre del 2009, a las 18:30 p.m. en la Sala de Juicios.

Dr. Daniel Gadea Nieto
Director

Teléfono/Fax 2511-4089



Lic. Mario Antonio Rivera Garbanzo
E-mail: riveraley@costarricense.cr
Teléfono: 2224-1833 / Fax: 2280-8515
25 mts. Oeste Estación de Bomberos, Guadalupe de Goicoechea
San José, Costa Rica.



San José, 16 de Septiembre de 2009.-

Dr. Daniel Gadea Nieto
Director del Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Estimado Señor:

Con la estima de siempre y para lo que corresponda a su digno cargo, es mi deber comunicarle que en mi condición de **DIRECTOR** del Trabajo Final de Graduación de la Estudiante: **KARLA VANESSA BALLESTERO LOAIZA** quien es mayor de edad, soltera, costarricense, Egresada de Derecho, vecina de Turrialba, portadora de la cédula de identidad número: **TRES- CERO CUATROCIENTOS TRES - CERO CUATROCIENTOS SETENTA Y UNO**, y con carné universitario: **A CUATRO CERO SEIS TRES CINCO**; intitulado: **“EL DESISTIMIENTO y LA TENTATIVA y SU ENFOQUE EN LOS DELITOS DE VIOLACIÓN y ABUSO SEXUAL A LA LUZ DE LA DOCTRINA y LA JURISPRUDENCIA”**, hago constancia de que el mismo cumple con los requisitos formales exigidos y por consiguiente cuenta con mi **APROBACIÓN**.

Para arribar a dicha decisión tomé en consideración que la presente investigación elabora un análisis vasto de los temas analizados con la finalidad de posibilitar al lector un análisis global del mismo; y con ello trata de cerrar portillos que podrían prestarse a una interpretación inadecuada del tópico analizado. Lo anterior se consigue a través de una crítica acerca de la escasa



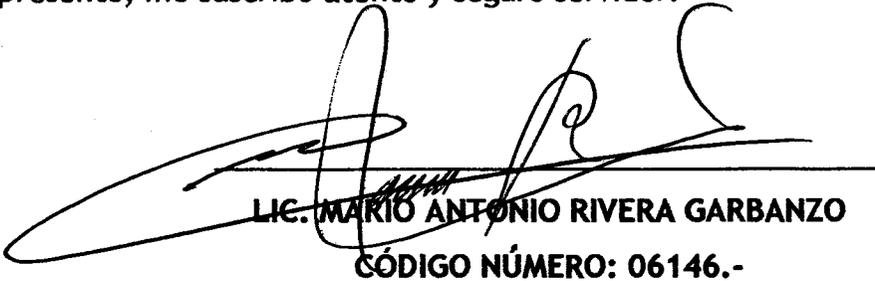
Lic. Mario Antonio Rivera Garbanzo
E-mail: riveraley@costarricense.cr
Teléfono: 2224-1833 / Fax: 2280-8515
25 mts. Oeste Estación de Bomberos, Guadalupe de Goicoechea
San José, Costa Rica.



regulación normativa; así como las imprecisiones y -en no pocas ocasiones- las contradicciones que se gestan en torno al tema.

Para ello destina un primer capítulo a desarrollar lo que se conoce en el ámbito jurídico como: "Iter Criminis" o camino del delito con las precisiones que sobre el mismo cabe efectuar; un segundo capítulo dedicado al análisis del instituto de la Tentativa en sus diversas aristas tanto desde el ámbito legislativo, doctrinario como jurisprudencial -sin dejar de lado valiosos aportes en cuanto al derecho comparado-; y un tercer capítulo dirigido al análisis de la figura del Desistimiento desde un enfoque tridimensional a saber: legislativo, doctrinario y jurisprudencial tanto a lo interno de nuestro país como fuera de nuestras fronteras; siendo éste último capítulo uno de los aspectos que podría generar mayor controversia por las implicaciones jurídicas y sociales que derivan de su aplicación en el ámbito de los delitos sexuales -principalmente en lo concerniente al delito de violación y abuso sexual-.

Por las razones expuestas supra considero que la presente investigación representa un valioso aporte para la rama del Derecho Penal Sustantivo; y, consecuentemente reúne los requerimientos exigidos para su respectiva réplica. Sin más por el momento y agradeciendo de antemano la colaboración brindada a la presente, me suscribo atento y seguro servidor:

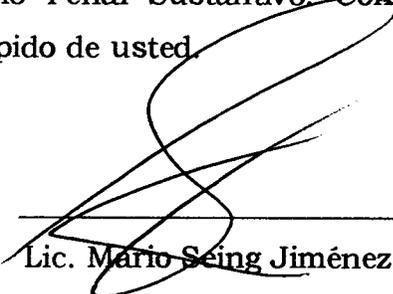

LIC. MARIO ANTONIO RIVERA GARBANZO
CÓDIGO NÚMERO: 06146.-

San José, 17 de setiembre de 2009

Dr. Daniel Gadea Nieto
Director Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Estimado Señor:

Por este medio reciba un afectuoso saludo, y sirva la presente para comunicarle que una vez concluida la lectura de la Tesis de Grado denominada: **“EL DESISTIMIENTO y LA TENTATIVA y SU ENFOQUE EN LOS DELITOS DE VIOLACIÓN y ABUSO SEXUAL A LA LUZ DE LA DOCTRINA y LA JURISPRUDENCIA”** elaborada por la Egresada **KARLA VANESSA BALLESTERO LOAIZA**, con carné universitario número: **A40635** y portadora de la cédula de identidad número: **3-0403-0471**; la misma cumple con todos los requisitos de forma y fondo exigidos por esta Área, y en consecuencia, otorgo mi **APROBACIÓN** a la misma. Lo anterior por cuanto considero que el análisis elaborado en dicha investigación contribuye enormemente en el desarrollo del Derecho Penal Sustantivo. Con muestra de estima y consideración me despido de usted.



Lic. Mario Seing Jiménez

Lector de Tesis

San José, 21 de setiembre de 2009

Dr. Daniel Gadea Nieto

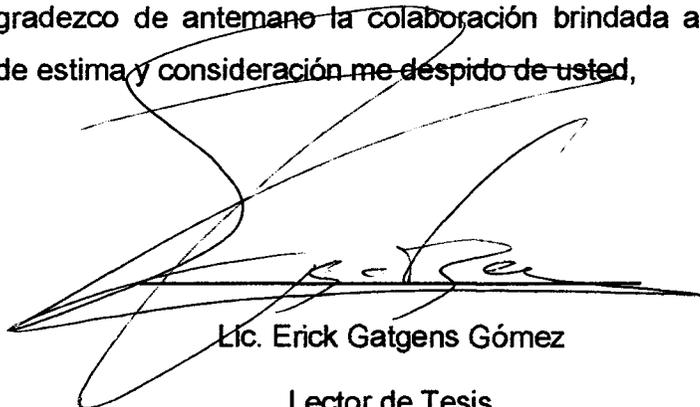
Director Área de Investigación

Facultad de Derecho

Universidad de Costa Rica

Estimado Señor:

Por medio de la presente me permito comunicarle que en mi condición de Lector, he revisado la Tesis de Grado denominada: **"EL DESISTIMIENTO y LA TENTATIVA y SU ENFOQUE EN LOS DELITOS DE VIOLACIÓN y ABUSO SEXUAL A LA LUZ DE LA DOCTRINA y LA JURISPRUDENCIA"**, realizada por la Egresada **KARLA VANESSA BALLESTERO LOAIZA**, carné universitario número: **A40635** y portadora de la cédula de identidad número: **3-0403-0471**; y me complace darle mi aprobación; pues la misma cumple a cabalidad con los requisitos de forma y fondo exigidos reglamentariamente por esta Área. Aunado a lo anterior me parece destacable lo controvertido que resulta el tema, lo que posibilita que las discusiones sobre el mismo no se consideren acabadas sino que por el contrario permanezcan vigentes en la actualidad. Agradezco de antemano la colaboración brindada a la presente. Con muestra de estima y consideración me despido de usted,



Lic. Erick Gatgens Gómez
Lector de Tesis

DEDICATORIA

*“Al Todopoderoso por guiar mi camino en todo este tiempo y no desampararme;
A mis padres, por haber puesto su granito de arena en la edificación de esta gran obra; y,
A mi hermano, por su apoyo incondicional.”*

AGRADECIMIENTOS

A los licenciados: Mario Antonio Rivera Garbanzo, Erick Gatgens Gómez, Mario Seing Jiménez, Álvaro Burgos Mata y Frank Álvarez Hernández; por su gentileza y sus valiosos aportes a la presente investigación;

A Susana Araya Orozco, Ana Victoria Ledezma Matarrita y María Jesús González Delgado por acompañarme en este largo camino;

A cada una de las personas que de una u otra forma me brindaron su apoyo y contribuyeron conmigo para alcanzar mi meta;

A todos mi sincero agradecimiento.

ÍNDICE GENERAL

CONTENIDO	PÁGINA
DEDICATORIA	i
AGRADECIMIENTOS	ii
ÍNDICE GENERAL	iii
FICHA BIBLIOGRÁFICA	vii
RESUMEN.....	viii
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I: EL “ITER CRIMINIS” O CAMINO DEL DELITO.....	10
SECCIÓN I. LA FASE INTERNA O PSICOLÓGICA.....	13
TÍTULO I: GENERALIDADES	13
TÍTULO II: PUNIBILIDAD.....	15
SECCIÓN II. LA FASE INTERMEDIA O DE RESOLUCIÓN DELICTUAL MANIFESTADA	17
TÍTULO I: GENERALIDADES	18
TÍTULO II: PUNIBILIDAD.....	19
SECCIÓN III. LA FASE EXTERNA.....	20
TÍTULO I. LOS ACTOS PREPARATORIOS.....	21
TÍTULO II. LOS ACTOS EJECUTIVOS.....	25
TÍTULO III. LA CONSUMACIÓN	29
TÍTULO IV. EL AGOTAMIENTO	36
SECCIÓN IV. DEFINICIÓN JURISPRUDENCIAL DEL ITER CRIMINIS.....	39

CAPÍTULO II: LA TENTATIVA Y SU ENFOQUE DENTRO DE LOS DELITOS SEXUALES.....	41
SECCIÓN I. GENERALIDADES	41
TÍTULO I. HISTORIA DE LA TENTATIVA	41
TÍTULO II. CONCEPTUALIZACIÓN DE LA TENTATIVA.....	46
TÍTULO III. NATURALEZA JURÍDICA DE LA TENTATIVA.....	48
TÍTULO IV. CONFIGURACIÓN DE LA TENTATIVA: SUS REQUISITOS Y ELEMENTOS	54
TÍTULO V. TEORÍAS DESARROLLADAS PARA DELIMITAR LA DIFERENCIA ENTRE ACTOS PREPARATORIOS Y ACTOS DE EJECUCIÓN	76
TÍTULO VI. FUNDAMENTO DE LA PENALIDAD DE LA TENTATIVA	96
TÍTULO VII. TENTATIVA ACABADA VERSUS TENTATIVA INACABADA.....	111
TÍTULO VIII. TENTATIVA IDÓNEA VERSUS TENTATIVA INIDÓNEA.....	127
TÍTULO IX. LA TENTATIVA EN LOS DIVERSOS TIPOS DE DELITOS	151
SECCIÓN II. REGULACIÓN DE LA TENTATIVA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COSTARRICENSE.....	164
TÍTULO I. CONFIGURACIÓN: REQUISITOS Y ELEMENTOS DE LA TENTATIVA A LA LUZ DEL ARTÍCULO 24 DEL CÓDIGO PENAL.....	166
TÍTULO II. LA TENTATIVA INIDÓNEA ¿ABSOLUTA O RELATIVA?	167
TÍTULO III. PUNIBILIDAD.....	168
SECCIÓN III. CONSIDERACIONES ESPECÍFICAS CON RESPECTO DE LA TENTATIVA EN LOS DELITOS SEXUALES DESDE EL PUNTO DE VISTA DOCTRINARIO	172
SECCIÓN IV. LA TENTATIVA EN LOS DELITOS SEXUALES: SU ANÁLISIS EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL.....	176

TÍTULO I. GENERALIDADES DE LA FIGURA DE LA TENTATIVA Y REFERENCIA A OTROS ILÍCITOS	176
TÍTULO II. LA FIGURA DE LA TENTATIVA EN EL DELITO DE VIOLACIÓN Y ABUSO SEXUAL.....	181
SECCIÓN V. UN VISTAZO DE LA TENTATIVA EN ORDENAMIENTOS JURÍDICOS DE OTRAS LATITUDES	184
CAPÍTULO III: EL DESISTIMIENTO Y SU APLICACIÓN EN EL CAMPO DE LOS DELITOS SEXUALES.....	188
SECCIÓN I. GENERALIDADES DE LA FIGURA DEL DESISTIMIENTO Y EL ARREPENTIMIENTO ACTIVO	188
TÍTULO I. CONCEPTO DE LA FIGURA DEL DESISTIMIENTO Y EL ARREPENTIMIENTO ACTIVO.....	188
TÍTULO II. DESISTIMIENTO MALOGRADO.....	203
TÍTULO III. TENTATIVA CALIFICADA	207
TÍTULO IV. CONFIGURACIÓN DEL DESISTIMIENTO Y EL ARREPENTIMIENTO ACTIVO: ELEMENTOS DE CONSTITUCIÓN Y EXIGENCIAS ESPECÍFICAS	209
TÍTULO V. TEORÍAS QUE FUNDAMENTAN LA IMPUNIDAD DEL DESISTIMIENTO	241
TÍTULO VI. TEORÍAS SOBRE LA UBICACIÓN DEL DESISTIMIENTO DENTRO DE LA TEORÍA DEL DELITO.....	267
TÍTULO VII. EL DESISTIMIENTO EN CASOS DE PARTICIPACIÓN CRIMINAL Y CONCURSO DE DELITOS.....	278

TÍTULO VIII. EL DESISTIMIENTO EN LOS DIVERSOS TIPOS DE DELITOS	287
SECCIÓN II. ¿EXISTE REGULACIÓN NORMATIVA DE LA FIGURA DEL DESISTIMIENTO?.....	289
SECCIÓN III. CONSIDERACIONES ESPECÍFICAS RESPECTO DEL DESISTIMIENTO EN LOS DELITOS SEXUALES DESDE EL PUNTO DE VISTA DOCTRINARIO	295
SECCIÓN IV. EL DESISTIMIENTO EN LOS DELITOS SEXUALES: SU APLICACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA PATRIA	317
TÍTULO I. GENERALIDADES	317
TÍTULO II. REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES A OTROS DELITOS.....	321
TÍTULO III. REFERENCIA JURISPRUDENCIAL A LOS DELITOS SEXUALES (VIOLACIÓN Y ABUSO SEXUAL).....	329
SECCIÓN V. CONCEPCIÓN DEL DESISTIMIENTO EN ORDENAMIENTOS JURÍDICOS EXTRANJEROS	338
TÍTULO I. GENERALIDADES	338
TÍTULO II. JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL EN OTROS DELITOS	339
TÍTULO III. JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL REFERENTE A DELITOS SEXUALES	342
CONCLUSIÓN GENERAL.....	346
BIBLIOGRAFÍA	355

FICHA BIBLIOGRÁFICA

BALLESTERO LOAIZA, Karla. “El Desistimiento y la Tentativa y su Enfoque en los Delitos de Violación y Abuso Sexual a la luz de la Doctrina y la Jurisprudencia”. Tesis para optar por el grado de Licenciada en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad del Costa Rica, San José, Costa Rica, 2009.

DIRECTOR: Lic. Mario Antonio Rivera Garbanzo.

LISTA DE PALABRAS CLAVES: Iter Criminis, Actos Preparatorios, Actos de Ejecución, Consumación, Agotamiento, Tentativa, Tentativa Acabada /Delito Frustrado, Tentativa Inacabada, Tentativa Idónea, Tentativa Inidónea / Delito Imposible, Tentativa Calificada, Univocidad, Idoneidad, Desistimiento Voluntario, Arrepentimiento Activo, Voluntariedad, Desistimiento Malogrado.

RESUMEN

El iter criminis consta de tres fases, a saber una interna o psicológica; una intermedia o de resolución delictual manifestada y una externa. La interna involucra tres momentos: la ideación, la deliberación, y la resolución del delito y se considera impune, salvo que exista una figura típica que la sancione. La fase intermedia o de resolución delictual manifestada se presenta a través de un actuar del sujeto dirigido hacia la producción del hecho delictivo, o bien, cuando el agente les comunica a otros la decisión que tomó previamente de forma voluntaria, y al igual que la fase interna, generalmente se afirma la impunidad, salvo que la resolución constituya delito por sí misma. La fase externa por su parte, consta de cuatro momentos, a saber: los actos preparatorios que en la mayoría de los casos no se sancionan, salvo que exista norma expresa en sentido contrario; los actos ejecutivos –en los cuales se ubica la tentativa y el desistimiento-; el momento consumativo del delito en el cual se cumple el verbo típico y el tipo penal concreto; y finalmente el agotamiento del delito, en el cual se logra la finalidad o propósito querido por el agente.

La tentativa se encuentra regulada normativamente por los numerales: 24, 71 y 73 del “Código Penal”; mientras que el desistimiento –en sus dos modalidades: desistimiento voluntario y arrepentimiento activo- se tiene por regulado por una interpretación jurisprudencial “a contrario sensu” del artículo: 24 mencionado. Aunado a lo anterior cabe destacar que el numeral 5º de la “Ley Orgánica del Poder Judicial” establece que es deber ineludible del juez resolver todos los asuntos que se sometan a su

conocimiento y no puede negarse a ello alegando la falta de una norma escrita, pues en caso de que no exista regulación expresa del instituto en cuestión debe recurrir a las fuentes no escritas del ordenamiento para integrarlo y lograr de este modo la correcta aplicación del derecho. La diferencia entre la tentativa y el desistimiento radica en que la primera se presenta cuando el agente abandona la ejecución por causas ajenas a su voluntad que le impiden continuar con el ilícito; mientras que en el segundo caso la decisión de no continuar con la realización del delito obedece a una decisión propia del agente; no obstante, ambos institutos son formas anormales de conducta delictuosa.

La tentativa requiere de ciertos elementos para su configuración; a saber: un propósito delictivo exteriorizado en actividad material, que dicha actividad sea apta para la realización del tipo proyectado por el agente, que la misma sea fragmentable, la interposición de un obstáculo o impedimento ajeno a la voluntad del agente y la no consumación del tipo a que tendía el propósito del agente.

El conato se puede clasificar en tentativa inacabada y acabada o delito frustrado, siendo la primera aquella en la que el agente no continúa con la ejecución por una causa ajena a su voluntad, sin que haya realizado todos los actos requeridos para lograr el fin propuesto, mientras que en la segunda, estos actos sí se llevan a cabo en su totalidad. En el caso de la tentativa inacabada por faltar acciones para su consumación basta con una conducta pasiva del sujeto para que se tenga por configurado el “Desistimiento Voluntario”, mientras que en la acabada, al haberse realizado todas las acciones necesarias para alcanzar la consumación del delito la voluntad espontánea del agente de

no realizar el ilícito debe concretarse en *un hacer* para que opere el “Arrepentimiento Activo”. El efecto de que se apliquen una u otra modalidad de desistimiento es la impunidad.

Asimismo, se debe considerar la divergencia existente entre la “Tentativa Idónea” frente a la “Tentativa Inidónea” o “Delito Imposible”. Pues en la primera es totalmente factible la realización del fin propuesto, solo que este se ve obstaculizado por causas ajenas a la voluntad del agente; a diferencia de la segunda en la cual los medios, el objeto o el sujeto escogido por el agente resultan no aptos para alcanzar el resultado.

Los delitos sexuales aquí analizados –violación y abuso sexual- tienen una fuerte connotación social, por lo que permitir un aumento en la aplicación del desistimiento podría tener una reacción de la sociedad no querida para la Administración de Justicia al dejar impune la conducta del agente. Por ello en varios fallos en los cuales en buena teoría debía aplicarse el desistimiento ha prevalecido la violación en grado de tentativa, o bien el delito consumado de abuso sexual –otrora denominado abusos deshonestos-, lo cual no solamente vulnera el principio de Seguridad Jurídica, sino que deviene en arbitrariedad, pues jueces llamados a resolver la situación de forma “especulativa” establecen cuál fue el motivo de la decisión del sujeto activo que lo llevó a no continuar con la ejecución en casos donde surge una duda evidente. Además, la diversidad de criterios no solamente se presenta en la jurisprudencia, sino también en la doctrina, la cual al estudiar ejemplos concretos propone diversas soluciones; todas ellas válidas desde el punto de vista de la lógica jurídica.

INTRODUCCIÓN

En la actualidad con ocasión de una reforma se determinó que la resolución de los casos de delitos sexuales en instancia de casación le corresponde al Tribunal de Casación Penal y no a la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia como otrora sucedía. No obstante, los fallos existentes sobre el tema que serán analizados más adelante son en su mayoría de la Sala de Casación Penal.

La elección del presente tema se **JUSTIFICA** por cuanto es importante tomar en consideración que aún y cuando el “deber ser” es que las decisiones judiciales se produzcan en un ambiente de objetividad, lo cierto es que la influencia mediática ejerce mucho peso cuando se trata de dar la última palabra. Pues los medios de comunicación le dan a la información que presentan, el enfoque que ejerza mayor impacto sobre las personas y como personas los jueces también son víctimas de esa influencia. Por ello, cuando el juzgador tiene el caso listo para fallar, ya los medios han realizado su trabajo y llevan a cabo un juicio paralelo al del ordenamiento jurídico, mostrándole a la sociedad lo que el operador jurídico debería resolver en el caso concreto.

Los delitos de violación y abuso sexual -que serán los ilícitos analizados en la presente investigación- presentan una particularidad, y la misma consiste en que cuando el sujeto se somete a un proceso penal en la mayoría de los casos lo hace en desventaja con respecto del resto de delitos, pues por la connotación especial que revisten, antes de que el juez emita su veredicto, ya la sociedad a través de la influencia mediática ha

elaborado un juicio que lo considera culpable de los hechos que se le atribuyen; por lo que el juzgador como parte de esa sociedad y como interviniente en el proceso difícilmente puede despojarse de la imagen que ya fue creada por la colectividad. Esto es así pues desde tiempos inmemoriales este tipo de injusto ha recibido los peores castigos, incluyendo entre ellos la muerte y la esclavitud –en el caso de los Chorotegas-.

Propiamente en el tema de la tentativa y el desistimiento de estos delitos, es claro que tienen un tratamiento diferenciado en relación con otro tipo de ilícitos; pues la aplicación del instituto del desistimiento se realiza con mayor recelo, dado que la consecuencia de aceptar su procedencia es otorgar la impunidad al agente; situación que sería vista con “malos ojos” por la sociedad en general. Por ello, en supuestos que se pueden denominar: “zonas grises” se ha optado por considerar el delito de violación en grado de tentativa o el delito consumado de abusos deshonestos.

La doctrina estudiada y la jurisprudencia proponen soluciones a diversas situaciones que se pueden presentar, y la tendencia generalizada es determinar la configuración del desistimiento únicamente en casos absolutamente claros; por ello son poquísimos los fallos que han optado por dar al agente dicho beneficio. Por lo anterior la HIPÓTESIS que se maneja con la presente investigación consiste en demostrar que la tendencia generalizada tanto a nivel de doctrina como de la práctica judicial de nuestros Tribunales de Justicia es una abstinencia a declarar la posibilidad de configuración de un desistimiento voluntario de cometer el delito en el caso de delitos sexuales -específicamente en los delitos de violación y de abuso sexual-; y en su lugar se opta por determinar la

existencia del delito respectivo en grado de tentativa, evidentemente por las consecuencias que derivan de escoger uno u otro camino; en el primer caso la impunidad, y en el segundo, una pena igual a la del delito consumado o bien, disminuida de forma facultativa por el juez en aplicación del numeral 73 del “Código Penal” vigente.

Tal y como se destacó anteriormente, ello es así, por la influencia mediática y la presión social antes descrita, que condicionan a tal punto las decisiones judiciales, que provocan que en casos donde la duda ejerce toda su fuerza, el juzgador opte por una certeza, negando el carácter voluntario del desistimiento y declarando la existencia de un delito tentado, pues de otro modo se mancharía la inmaculada imagen de la Administración de Justicia. Se tiene consciencia de que sobretodo en una rama como el Derecho no existen soluciones unívocas en la mayoría de los casos, sin embargo, permitir un margen tan amplio a los operadores jurídicos va más allá de lo razonable y lleva ineludiblemente a una grave afectación al “Principio de Seguridad Jurídica”.

Cabe destacar que a pesar de que el título del presente trabajo hace referencia al delito de abuso sexual, la mayoría de los votos analizados se basan en el delito de abuso deshonesto. Esto es así pues con la entrada en vigencia de la Ley contra la Explotación Sexual de las Personas Menores de Edad se eliminó el delito de abuso deshonesto y se instauraron los delitos de “Abusos Sexuales contra Personas Menores de Edad e Incapaces” y “Abusos Sexuales contra Personas Mayores de Edad”.

El **OBJETIVO GENERAL** de la presente investigación es analizar las figuras de la “Tentativa” y el “Desistimiento” en el ordenamiento jurídico costarricense, a partir de doctrina nacional y extranjera; así como fallos de Tribunales Superiores y la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, a fin de confrontar las distintas posiciones que se tienen al respecto, y sacar a la luz sus deficiencias y las consecuencias jurídicas que derivan de su aplicación.

Los **OBJETIVOS ESPECÍFICOS** que informan la presente investigación son los siguientes:

- a. Analizar las etapas que componen el “Iter Criminis” o Camino del Delito, a fin de determinar la ubicación en el mismo de las figuras objeto de esta investigación.
- b. Señalar las corrientes doctrinales que han emergido a lo largo de la historia para diferenciar actos preparatorios, actos de ejecución y delito consumado.
- c. Conceptuar la figura jurídico penal de la tentativa común, su historia, su penalidad, así como la existencia del tipo objetivo y subjetivo de la misma.
- d. Determinar las diferencias existentes entre la tentativa común, el delito imposible (o tentativa inidónea), y el delito frustrado (o tentativa acabada).

-
- e. Estudiar casos concretos de la jurisprudencia nacional en los cuales se haya aplicado la tentativa en delitos sexuales así como en otro tipo de ilícitos.
 - f. Definir el instituto jurídico penal del Desistimiento, así como sus requerimientos de configuración.
 - g. Desarrollar las teorías sobre la ubicación del Desistimiento dentro de la Teoría del Delito.
 - h. Analizar las teorías que fundamentan la impunidad del Desistimiento.
 - i. Examinar las consecuencias jurídicas de la aplicación del Desistimiento en los casos de participación criminal.
 - j. Indicar los efectos de aplicar el desistimiento cuando concurren varios delitos.
 - k. Discernir casos concretos de la jurisprudencia patria en los cuales se vislumbre la aplicación del desistimiento en delitos sexuales y del mismo modo en otro tipo de injustos.
 - l. Indagar casos de tentativa y desistimiento en el derecho comparado desde el punto de vista legislativo, doctrinario y jurisprudencial.

m. Conocer el criterio de personas conocedoras del tema en investigación y confrontar sus opiniones y eventuales críticas a su aplicación en la realidad jurídico-penal.

La METODOLOGÍA utilizada para el desarrollo del presente estudio se basa en el método deductivo, esto por cuanto se analizaron libros nacionales y extranjeros, revistas nacionales y extranjeras –tanto materialmente como digitales-, tesis de grado, páginas Web, jurisprudencia tanto de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, así como de la Sala Constitucional y de varios Tribunales de Casación Penal; y con base en lo anterior se redactó la tesis y se emitieron conclusiones concretas en relación con el tema en estudio luego de analizar los mismos desde el punto de vista interno y externo dando como resultado razonamientos válidos y con sustento normativo. Asimismo se utilizó el método comparativo al llevar a cabo una descripción y análisis de jurisprudencia nacional y extranjera sobre el tema objeto del presente estudio; así como al mostrar las diferencias existentes en la praxis judicial entre los delitos sexuales –violación y abuso sexual- y otro tipo de ilícitos. Además, se llevó a cabo trabajo de campo para dar un complemento a la investigación y determinar los criterios imperantes en la Sala de Casación Penal; esto a través de la entrevista realizada a dos magistrados; a saber: José Manuel Arroyo Gutiérrez y Carlos Chinchilla Sandí.

El presente trabajo final de graduación se encuentra ESTRUCTURADO en tres capítulos; el primero de ellos referido al “Iter Criminis” o camino del delito; el segundo capítulo está dedicado al estudio de la Tentativa desde un enfoque tridimensional; a saber:

el punto de vista legislativo, doctrinario y jurisprudencial, y el último capítulo está consagrado al análisis del Desistimiento tanto desde el punto de vista legal, doctrinario como jurisprudencial.

El Capítulo I dedicado al “Iter Criminis” se divide en cuatro secciones; en la primera de ellas se analiza la primera etapa del camino del delito; a saber: la fase interna o psicológica; en la segunda se pone énfasis en el estudio de la fase intermedia o de resolución delictual manifestada; la tercera hace referencia a la fase externa del delito, que reviste la mayor importancia para la presente investigación, pues es precisamente en la etapa de ejecución en la cual los institutos analizados –tentativa y desistimiento- tienen razón de ser. Y finalmente, en la cuarta sección se mostrará la definición que han adoptado nuestros Tribunales de Justicia sobre el “iter criminis”.

En el segundo capítulo de este trabajo se abordará el tema de la tentativa, este acápite se divide también en cinco secciones; en la primera se realizará una exposición de las generalidades de la figura, su historia, su conceptualización, su naturaleza jurídica, así como sus requisitos y elementos de configuración; además se presentan las teorías que se han desarrollado para diferenciar los actos preparatorios de los de ejecución, y las posturas esbozadas por los doctrinarios –tanto objetivas, subjetivas como de la impresión- para explicar el fundamento de la penalidad de la tentativa; del mismo modo se marcan las diferencias existentes entre la tentativa acabada e inacabada, así como entre la tentativa idónea e inidónea. Seguidamente se abordará la procedencia del conato en diversos tipos de delitos y la aplicación del mismo en los casos de autoría y participación.

En la segunda sección se llevará a cabo un análisis de la figura de la tentativa en la legislación costarricense, los requisitos exigidos por el numeral 24 del Código Penal, su punibilidad y el supuesto de la tentativa relativamente imposible en nuestro ordenamiento. La tercera sección estará enfocada en el estudio de supuestos específicos de delitos sexuales desde el punto de vista doctrinario. La sección cuarta analiza la tentativa desde el punto de vista jurisprudencial tanto en delitos sexuales como en otro tipo de ilícitos con la finalidad de establecer semejanzas y diferencias de tratamiento desde la pragmática jurídica. Y finalmente en la última sección se elaborará un enfoque del conato en ordenamientos jurídicos de otras latitudes.

En el último capítulo se analizará el instituto del desistimiento –en sus dos modalidades: desistimiento propiamente dicho y arrepentimiento activo-; el mismo consta de cinco secciones, la primera de las cuales trata las generalidades de la figura, su concepto, los casos en los cuales resulta fracasado, los supuestos de tentativa calificada, las exigencias específicas para que se considere procedente la figura, las teorías que fundamentan la impunidad del desistimiento, así como las que determinan la ubicación del mismo dentro de la teoría del delito; del mismo modo se estudiará el instituto en diversos tipos de injusto y finalmente se abordará el tema de la participación criminal y el concurso de delitos en supuestos de desistimiento. La segunda sección llevará a cabo un tratamiento de la deficiente regulación legal existente –por no decir nula- de la figura del desistimiento. La sección tercera presenta supuestos específicos desarrollados por la doctrina sobre delitos sexuales donde se discute el tema del desistimiento. La cuarta sección analiza la figura del desistimiento desde la jurisprudencia nacional tanto en

delitos sexuales como en otro tipo de delitos mostrando sus inconsistencias y contradicciones. Y para concluir la quinta sección elabora un análisis de la figura en ordenamientos jurídicos foráneos, tomando como base para ello fallos emitidos por diversas autoridades extranjeras.

CAPÍTULO I: EL “ITER CRIMINIS” O CAMINO DEL DELITO

El denominado “Iter Criminis” es una concepción de larga data y que remite al proceso seguido por el delito desde el alumbramiento de la idea criminal hasta su realización¹, el cual está constituido tanto por aspectos psíquicos como por movimientos mecánicos o físicos. En doctrina se han elaborado diversas definiciones, por ejemplo la que reza a continuación: *“El iter criminis o camino al crimen es un proceso físico y psíquico, por el que transcurre el delincuente para alcanzar su objetivo criminal: la comisión de un delito. Es un proceso psíquico porque comprende el momento de ideación del delito, en el cual el delincuente determina mentalmente las circunstancias de tiempo, modo y lugar, en que tendrá lugar la comisión del ilícito. Pero también es un proceso físico, porque esa voluntad criminal que yace en el ámbito de la conciencia del delincuente, debe manifestarse a través de actos externos que implican una acción u omisión física de aquél, para poder alcanzar su objetivo criminal.”*²

Lo constatado anteriormente da razón de ser a la posibilidad de existencia de situaciones en las cuales dicho proceso no se completa, por haber quedado en una de las etapas más tempranas del mismo, o bien porque en un momento posterior se decide no continuar o se genera una interrupción del mismo impidiendo con ello arribar hasta su finalización. Por esto autores como Jorge Frías Caballero destacan: *“Mas no siempre la*

¹ Mir Puig, Carlos. (1993). “Sobre la Naturaleza Jurídica de la Tentativa y del Delito Frustrado. Concepto Objetivo del Delito Frustrado”. *Revista del Poder Judicial*. (Nº 30): p 75-87. Jun. Madrid, España. p 75.

² Fernández Moreno, R y Madrigal Madrigal, J (1995). *El Desistimiento Voluntario de Consumar el Delito: Su Regulación en el Ordenamiento Jurídico Costarricense*. Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica. p 108.

acción criminal recorre todo este camino (...) Los actos, soldando eslabones, forjan la cadena de la conducta, pero esta conducta no siempre realiza toda la curva. Cuando ello ocurre surgen formas anormales de conducta delictuosa”³

Como es común a todo proceso el “Camino del Delito” consta de varias etapas de gran relevancia jurídica, pues dependiendo de la ubicación con que cuente el sujeto activo, así van a ser las consecuencias jurídicas a él atribuibles al momento de ser juzgado. No existe un acuerdo unánime en doctrina sobre las fases mencionadas, pues mientras unos autores mencionan la etapa que más adelante se denomina: “intermedia” dentro de la fase interna, otros la independizan; sin embargo, en el fondo las diferencias no son insalvables pues conservan un denominador común entre ellas. Por ello la postura que se adopta para el desarrollo de la presente investigación lo es la que clasifica el iter criminis en tres fases: la llamada interna o psicológica, la intermedia o de resolución delictual manifestada y la externa. Esta última a su vez se subdivide en: actos preparatorios, actos de ejecución, actos consumativos y el agotamiento del delito. Cabe destacar que generalmente la mayor cantidad de problemas de interpretación se presenta en la fase externa, pues la línea divisoria entre unos actos y otros, en ocasiones se esfuma y se hace necesario recurrir a teorías diversas desarrolladas doctrinariamente para poder determinar el tipo de acto que implica y con ello las secuelas normativas que conllevan. En las siguientes secciones se procederá a analizar cada una de las fases antes mencionadas.

³ Frías Caballero, Jorge cit. p. Ezaine Chaves, Amado. (1986). Iter criminis: Actos preparatorios, Tentativa, Frustración, Consumación. San José, Costa Rica. p 2.

Cabe destacar que la clasificación de fases elaborada por diversos autores no siempre es la misma y la que se ha tomado como base de esta investigación es solo una de ellas, que fue asumida desde las aulas y por ello cuenta con mayor aceptación, pero no por ello debe pensarse como la única válida, pues las clasificaciones no pueden considerarse correctas o incorrectas, sino solo como instrumentos básicos para lograr una mejor comprensión desde el punto de vista doctrinario y didáctico. Es por ello que autores como Fontán Balestra consideran la existencia de cuatro fases; a saber: la idea, los actos preparatorios, los actos de ejecución y la consumación; e inclusive Zaffaroni establece siete estadios que conforman el camino del delito: concepción, decisión, preparación, comienzo de ejecución, culminación de la acción típica, acontecer del resultado típico y agotamiento del hecho⁴.

La expresión “Iter Criminis” también recibe otras denominaciones, por ejemplo: trayecto criminal, vida del delito, trayecto del delito, camino del crimen, o bien se le ha llamado: “grado en la fuerza física del delito”⁵. Lo cual muestra las formas en que se concibe el mismo. Del mismo modo es importante destacar que en ocasiones se han elaborado críticas fundadas a la expresión: “Iter Criminis” tal y como se muestra a continuación: *“Erick Strohm, entre otros autores, cuestiona la expresión iter criminis por considerarla acentuadamente figurada, pues, asegura, no siempre se puede hablar de una “vía” o “camino” en la comisión de un delito, siendo que, de lo que se trata, es de una serie de actos de conducta humana (sic) que van desde su concepción hasta su agotamiento, y que se encuentran unificados por un sentido de ilegalidad penal; el jurista*

⁴ Al respecto véase: Cota Molina, Enrique (2006). “Iter Criminis”. *Estudios Penales y Política Criminal*. 1ª Edición. p. 673- 699. México D.F. Editorial Angel Editor. p 676.

⁵ *Ibidem*, p 674.

mencionado termina señalando que dicho concepto (iter criminis) debe ampliarse de manera que denote una serie de acontecimientos que se integran con actos del conducta del agente, unificados todos por un común sentido de ilegalidad”⁶

SECCIÓN I. LA FASE INTERNA O PSICOLÓGICA

TÍTULO I: GENERALIDADES

La fase interna o psicológica tiene su razón de ser, pues el individuo se presenta en la mayoría de los casos como un ser racional y por ello no actúa por instinto, como los animales; por lo que sus acciones van a estar determinadas por el resultado de sus pensamientos, de ahí la importancia que reviste esta fase en la consecución del delito. Esta etapa o estadio cuenta a su vez con tres momentos, que operan en la psiquis del individuo y que van a ser determinantes para una posterior realización del delito. Conciben los doctrinarios la existencia de un momento de ideación, uno de deliberación, y finalmente la resolución delictual.

La ideación se puede definir como: “(...) *el instante en que surge en el delincuente la idea de cometer el delito*”⁷, lo que en el lenguaje popular es posible asimilar a la llamada: “tentación”. Del mismo modo la deliberación se puede conceptualizar de la

⁶ Cota Molina, Enrique (2006). “Iter Criminis”. Estudios Penales y Política Criminal. 1ª Edición. p. 673-699. México D.F. Editorial Angel Editor. p 674.

⁷ Ezaine Chaves, Amado (1986). Iter criminis: Actos preparatorios, Tentativa, Frustración, Consumación. San José, Costa Rica. p 3. En el mismo sentido véase: Muñoz Rubio, Campo Elias (1974-1975). “Las Formas de Aparición del Delito”. Cuadernos Panameños de Criminología. Vol. 1. (Nº 3 y 4): p 13-47. Nov. Panamá. p 15; Pavón Vasconcelos, Francisco (1982). Breve Ensayo sobre la Tentativa. 3ª Edición. México. Editorial Porrúa, S.A. p 9.

forma que reza a continuación: “(...) *periodo de lucha interna donde hay contraposición entre aquellas ideas criminosas y las del deber o del temor al castigo*”⁸, que en realidad se puede resumir en una ponderación de ventajas y desventajas del hacer criminoso, sus convenientes e inconvenientes, una meditación acerca de las posibilidades de éxito con que cuenta el agente⁹ frente a los factores de carácter moral o utilitario que puedan condicionar su actuar¹⁰; y donde se elabora y desarrolla el plan, tomando en consideración los detalles y la forma en que se va a realizar¹¹. Y finalmente el momento de la resolución delictual que pone fin al proceso interno del “*iter criminis*” y consiste en la decisión del sujeto activo de llevar a cabo la comisión del delito, también se le llama: “*Etapa de la intención o voluntad de delinquir*”¹² que en caso de ser favorable al delito constituiría un triunfo de la idea delictiva frente a los requerimientos de convivencia social impuestos por las normas que componen el ordenamiento jurídico¹³.

Se podría cuestionar cuál es la duración temporal de esta fase; sin embargo, ello no es posible determinarlo de modo concluyente, pues ello va a depender en gran medida del individuo; al respecto se ha señalado: “*La fase interna del iter criminis (ideación,*

⁸ Ezaine Chaves, Amado (1986). *Iter criminis: Actos preparatorios, Tentativa, Frustración, Consumación*. San José, Costa Rica. p 3.

⁹ Muñoz Rubio, Campo Elias (1974-1975). “Las Formas de Aparición del Delito”. *Cuadernos Panameños de Criminología*. Vol. 1. (Nº 3 y 4): p 13-47. Nov. Panamá. p 16. En el mismo sentido: Cota Molina, Enrique (2006). “Iter Criminis”. *Estudios Penales y Política Criminal*. 1ª Edición. p. 673- 699. México D.F. Editorial Angel Editor. p.p. 678-679.

¹⁰ Pavón Vasconcelos, Francisco (1982). *Breve Ensayo sobre la Tentativa*. 3ª Edición. México. Editorial Porrúa, S.A. p 10.

¹¹ Salas Beteta, Christian (2007). “El Iter Criminis y los Sujetos Activos del Delito”. *Revista Internauta de Práctica Jurídica*. (Nº 19). Ene-Jun. Lima, Perú. En: http://www.ripj.com/art_jcos/art_jcos/num19/RIPJ_19/EX/19-11.pdf (Consulta: 22 de febrero, 2009).

¹² Muñoz Rubio, Campo Elias (1974-1975). “Las Formas de Aparición del Delito”. *Cuadernos Panameños de Criminología*. Vol. 1. (Nº 3 y 4): p 13-47. Nov. Panamá. p 16.

¹³ Cota Molina, Enrique (2006). “Iter Criminis”. *Estudios Penales y Política Criminal*. 1ª Edición. p. 673-699. México D.F. Editorial Angel Editor. p 679.

deliberación y resolución) implica un lapso variable, por lo que puede suponer un momentum de reflexión más o menos amplio en relación al hecho delictuoso que se pretende realizar; o bien, puede suponer un proceso rápido que no conlleve mucho tiempo de excogitación como son, comúnmente, los delitos pasionales o aquellos que se cometen en forma intempestiva.”¹⁴

TÍTULO II: PUNIBILIDAD

En tiempos antiguos, donde no existía una diferencia radical entre derecho y religión, este tipo de “pensamientos” pretendían ser castigados, pues significaba caer en tentación y con ello ir contra la moral establecida. No obstante, Ulpiano desarrolló un principio que se convirtió en pilar fundamental para esta materia y que se encuentra consagrado en el libro II de la Séptima Partida; a saber: *“cogitationis poenam nemo patitur”* el cual implica que lo que le corresponde regular al derecho son las relaciones entre las personas, pero no los pensamientos porque ellos no delinquen y por consiguiente no se encuentran sujetos a pena.¹⁵ Lo anterior aunado al hecho de que no se lesiona un interés protegido jurídicamente y por ello una acción del Derecho por sancionarlo sería improcedente y carente de sustento normativo. Esto se debe a que: *“El principio de exterioridad es claro, determina la imposibilidad de punir una actitud*

¹⁴ Cota Molina, Enrique (2006). “Iter Criminis”. Estudios Penales y Política Criminal. 1ª Edición. p. 673-699. México D.F. Editorial Angel Editor. p 679.

¹⁵ Pavón Vasconcelos, Francisco (1982). Breve Ensayo sobre la Tentativa. 3ª Edición. México. Editorial Porrúa, S.A. p 11.

voluntaria puramente interna y la de individualizar el delito en un modo de ser de la persona."¹⁶

De forma tal, se puede concluir que el Derecho no tiene la función de castigar el puro ánimo, lo cual se refleja en la cita que Bramont Arias efectúa en relación con el tema esbozado: "*(...) los hechos constitutivos de la fase interna, escapan al Derecho Penal, porque, siendo el Derecho relación entre personas, los pensamientos íntimos no son objeto de su consideración; porque castigarlos significaría invadir el campo de la conciencia; porque, aún cuando se les suponga conocidos, no causan daños ni violan precepto legal alguno.*"¹⁷

Es por ello que actualmente es comúnmente aceptado por la doctrina que la fase interna del delito es impune; y por ello reprimirlos le correspondería a la religión concibiéndolo como pecado o tentación, pero no al derecho penal, pues su función no es imponer una moral determinada, sino actuar con su poder represivo cuando ello sea absolutamente indispensable. Welzel da concreción a este razonamiento al destacar: "*(...) tampoco la voluntad mala es penada como tal, sino solamente la voluntad mala que se concreta; esto no solo porque la mera voluntad no es todavía captable y porque la*

¹⁶ Sandro, Jorge Alberto (1984). "Garantías Constitucionales, Dolo y Tentativa Inidónea". Doctrina Penal: Teoría y Práctica en las Ciencias Penales. Año V. (Nº 27): p 481-494. Jul-Set. Buenos Aires, Argentina. p 481.

¹⁷ Bramont Arias cit. p. Ezaine Chaves, Amado (1986). Iter criminis: Actos preparatorios, Tentativa, Frustración, Consumación. San José, Costa Rica. p 4.

*moralidad no puede ser impuesta, sino, también, por el abismo profundo que separa, al fin al cabo el pensamiento del hecho.*¹⁸

Del mismo modo Zaffaroni ha externado: *“(...) las etapas que corresponden al fuero interno del sujeto no pueden ser alcanzadas por la tipicidad”*¹⁹. En este punto es importante destacar una frase doctrinaria que expone los límites del ordenamiento jurídico: *“El Derecho Penal solo puede tener como misión la protección de un orden determinado y solo la lesión de tal ordenamiento puede dar lugar a la más dura de las posibles intervenciones con que cuenta el Estado, lesión que de modo alguno se produce a través de la mera ideación de un camino delictivo.”*²⁰ Sin embargo, en casos excepcionales se castigan ese tipo de situaciones, ejemplo de ello es el delito de “Asociación Ilícita” regulado en el artículo 274 del “Código Penal” vigente; así como el ilícito de “Conspiración por Traición” establecido en el artículo 281 del mismo cuerpo normativo, que se pueden considerar como formas de adelantamiento de la punibilidad en virtud de los bienes jurídicos que se encuentran en juego.

SECCIÓN II. LA FASE INTERMEDIA O DE RESOLUCIÓN DELICTUAL MANIFESTADA

¹⁸ Welzel cit.p. Ezaine Chaves, Amado (1986). Iter criminis: Actos preparatorios, Tentativa, Frustración, Consumación. San José, Costa Rica. p 6.

¹⁹ Zaffaroni, Eugenio Raúl (2006). Manual de Derecho Penal: Parte General. 2ª Edición. Buenos Aires, Argentina. Editorial Ediar. p 638.

²⁰ Otero, Juan Manuel (2002). “Los Límites de la Acción Penal del Estado: Tentativas Inidóneas”. Revista de la Escuela Judicial. (Nº 2): p 37-58. Nov. San José, Costa Rica. p 41.

TÍTULO I: GENERALIDADES

Por su parte la fase intermedia o de resolución delictual manifestada, se presenta cuando hay cierta exteriorización de lo decidido en la fase interna; generalmente se concibe como aquella que ocurre en el momento en que el sujeto activo del delito comunica a otros su propósito delictivo; sin embargo podríamos objetar que ello no sucede en todos los casos. Por ello es pertinente exponer lo analizado por Amado Ezaine al respecto: *“(...) puede manifestarse hacia el mundo exterior de dos maneras: o a través de un actuar del sujeto dirigido hacia la producción del hecho criminoso, o, tal resolución se proyecta fuera de la mente humana por acto de mera comunicación voluntaria a terceros”*²¹

Algunos autores (entre ellos Enrique Cota Molina) ubican este tipo de manifestaciones dentro de la fase externa del iter criminis, por constituir una especie de exteriorización al mundo externo de la voluntad criminal.²² Se ha criticado vehementemente el llamarle fase intermedia, pues se dice que únicamente se podría ubicar en la fase interna, o externa, pero no en el “limbo”, por ello se ha desarrollado en doctrina lo siguiente: *“(...) en sentido estrictamente jurídico penal no puede existir una fase intermedia ya que ello no tiene sustento (...) o la manifestación del ser es interna (psíquica) o es externa (física), y si es externa, puede ser o no trascendente para el*

²¹ Ezaine Chaves, Amado (1986). *Iter criminis: Actos preparatorios, Tentativa, Frustración, Consumación*. San José, Costa Rica. p 7.

²² Cota Molina, Enrique (2006). “Iter Criminis”. *Estudios Penales y Política Criminal*. 1ª Edición. p. 673-699. México D.F. Editorial Angel Editor. p 680.

Derecho penal, en caso negativo el acto, aunque manifiesto, no trasciende a nuestra ciencia.”²³

Otros han distinguido dos tipos de resoluciones delictuales manifestadas, por ejemplo Rossi habla de una resolución manifestada simple que no causa alarma social, porque no existe ningún acto, frente a la resolución llamada: “arrétté” que si genera alarma social y podría ser punible²⁴.

TÍTULO II: PUNIBILIDAD

Con respecto a esta fase también se han cuestionado los doctrinarios sobre si debe o no ser punible, lo que ha llevado a la generalidad de las posiciones a admitir que la misma no es punible, salvo que exista una norma específica que regule un determinado comportamiento. Por ello se ha afirmado: *“La manifestación no es incriminable; y sólo por excepción, existen figuras de delitos cuyo tipo se agota con la manifestación ideológica”²⁵*. La razón por la cual ciertas manifestaciones se consideran punibles lo es el hecho de que ponen en peligro bienes jurídicos, a pesar de que no impliquen la ejecución del hecho delictivo; al efecto se ha señalado: *“Bajo la denominación de resoluciones manifestadas, se incluyen una serie de figuras que no constituyen aún actos ejecutivos de un tipo legal que suponga la realización del hecho delictivo, sino que constituyen meras manifestaciones de voluntad en un determinado sentido típico penal, las cuales se*

²³ Cota Molina, Enrique (2006). “Iter Criminis”. Estudios Penales y Política Criminal. 1ª Edición. p. 673-699. México D.F. Editorial Angel Editor. p 681.

²⁴ *Ibidem*, p 680.

²⁵ Ezaine Chaves, Amado (1986). Iter criminis: Actos preparatorios, Tentativa, Frustración, Consumación. San José, Costa Rica. p 8.

*encuentran penadas, a diferencia del caso general de los delitos, en virtud de que el legislador ha considerado de interés, no solo la protección a un bien jurídico material y concreto con la prohibición de las conductas que le son lesivas, sino asimismo su sola puesta en peligro.*²⁶Ejemplos de resoluciones manifestadas señaladas por la doctrina son las siguientes: la proposición, la provocación y las amenazas²⁷. En el ordenamiento jurídico costarricense se puede mencionar el caso de las amenazas, reguladas en el numeral 384 del “Código Penal” como una contravención, donde el acto ya constituiría la consumación del ilícito.

SECCIÓN III. LA FASE EXTERNA

Podría decirse que esta constituye la etapa que mayor polémica ha suscitado entre los estudiosos de la materia, pues en ocasiones determinar cuándo un sujeto activo exterioriza al mundo físico su finalidad delictiva es sumamente complicado. En este ámbito se abandona el aspecto psicológico del delito para llegar a su materialización. Tal y como se mencionó anteriormente, esta etapa se compone de varios tipos de actos o bien subfases; a saber: la etapa preparatoria, la de ejecución, la consumación y el agotamiento del delito²⁸.

²⁶ Muñoz Rubio, Campo Elias (1974-1975). “Las Formas de Aparición del Delito”. Cuadernos Panameños de Criminología. Vol. 1. (Nº 3 y 4): p 13-47. Nov. Panamá. p.p. 16-17.

²⁷ Cota Molina, Enrique (2006). “Iter Criminis”. Estudios Penales y Política Criminal. 1ª Edición. p. 673-699. México D.F. Editorial Angel Editor. p 677.

²⁸ Así: Pavón Vasconcelos, Francisco (1982). Breve Ensayo sobre la Tentativa. 3ª Edición. México. Editorial Porrúa, S.A. p 17.

TÍTULO I. LOS ACTOS PREPARATORIOS

a) GENERALIDADES:

Los actos preparatorios son aquellos que aún y cuando sirven a la realización del cometido criminal, estrictamente no forman parte del delito; también se les denomina actos indirectos o secundarios y se definen como: *“Las acciones o actividades desarrolladas por el sujeto y que por sí mismas son insuficientes para mostrar su vinculación con el propósito de ejecutar un delito determinado y para poner en peligro efectivo un bien jurídico”*²⁹ Es decir, no se da principio a la ejecución del delito y por ello no se desprende la intención del sujeto activo;³⁰ pues no están encaminados directamente a la consumación del mismo.

Me parece sumamente importante destacar la definición que aporta Maurach, sobre el concepto de preparación; tal y como se muestra de seguido: *“(...) es aquella forma de actuar que crea las condiciones previas adecuadas para la realización de un delito planeado (...); debe ir más allá del simple proyecto interno (mínimo), sin que inicie la inmediata realización típicamente relevante de la voluntad delictiva (máximo)”*³¹

²⁹ Solís Muñoz, Alejandro (1967). Jurisprudencia sobre el Desistimiento en la Tentativa. Memoria de Prueba para optar por el grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. p.p. 11-12.

³⁰ Befeler Scharf, Daniel (1995). El Delito de Abuso Deshonesto, el Tipo, la Víctima y el Agresor: Comparación con el Delito de Violación. Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica. p 73.

³¹ Muñoz Rubio, Campo Elías (1974-1975). “Las Formas de Aparición del Delito”. Cuadernos Panameños de Criminología. Vol. 1. (Nº 3 y 4): p 13-47. Nov. Panamá. p 19.

b) PUNIBILIDAD:

Generalmente se alega su impunidad pues significaría ampliar el ámbito de punibilidad de los delitos a situaciones inmanejables tanto a nivel de prueba como de política criminal; por lo que se ha optado por llegar a una opinión mayoritaria que le resta relevancia penal, lo anterior se manifiesta en la cita que presento a continuación: *“Los penalistas en cuanto al problema de determinar si tales actos en el caso de que no prosigan, deben ser castigados o no, ha respondido, en general, en forma negativa, tanto por el significado incierto de ellos cuanto porque, mientras son ejecutados, la energía de la voluntad no se manifiesta aún decisivamente; aún más, las probabilidades de que sea abandonado el propósito delictivo son bastante elevadas.”*³².

Del mismo modo ha sido enfocado por Frías Caballero para quien los actos preparatorios son impunes pues para poder imponer una sanción debe existir una violación a una norma ya sea de forma parcial o completa; la violación completa sucede cuando se consuma el delito y con ello se vulnera la norma principal, la violación parcial se configura cuando se configura una tentativa y se violenta la norma suplementaria; supuestos que no se aplican a los actos preparatorios³³.

Esto es así siempre y cuando la conducta desarrollada por el sujeto no constituya un tipo delictivo independiente; la doctrina patria ha reafirmado ese aspecto de la

³² Solís Muñoz, Alejandro (1967). Jurisprudencia sobre el Desistimiento en la Tentativa. Memoria de Prueba para optar por el grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. p 12.

³³ Frías Caballero, Jorge (1956). El Proceso Ejecutivo del Delito: Ensayo de Dogmática Jurídica sobre el Artículo 42 del Código Penal. 2ª Edición. Buenos Aires, Argentina. Editorial Bibliográfica Argentina. p.p. 157-158.

siguiente manera: *“El castigo penal será por lo tanto posible si solo existe una figura penal independiente que lo permita, delito que no deberá guardar relación alguna con la posible tentativa iniciada, que continuará siendo impune hasta que los actos desarrollados por el sujeto puedan ser considerados como un comienzo de ejecución de un delito.”*³⁴

Son varias las razones que se esgrimen para fundamentar este razonamiento, por ejemplo las que se citan a continuación: *“a) Porque los actos preparatorios todavía no constituyen una violación de la norma jurídica; b) Porque los actos preparatorios tienen naturaleza indeterminada; es decir son equívocos, no revelando de modo claro la intención de cometer un delito; c) Porque su castigo podría dar lugar a la arbitrariedad judicial; d) Porque con la inexistencia de la amenaza del castigo, se favorece el desistimiento; y e) Porque como sostiene Von HIPPEL, la impunidad de los actos preparatorios es índice de la escasa peligrosidad del agente”*³⁵. En otras palabras se considera que dichos actos pueden dirigirse tanto a la comisión de un delito, como a la realización de un hecho lícito, asimismo no dañan un bien jurídico protegido por el ordenamiento, y no revelan de forma certera que el sujeto mantenga la intención de delinquir; de manera tal que si se penara se perdería el incentivo de abandonar la

³⁴ Otero, Juan Manuel (2002). “Los Límites de la Acción Penal del Estado: Tentativas Inidóneas”. Revista de la Escuela Judicial. (Nº 2): p 37-58. Nov. San José, Costa Rica. p 41. Véase en el mismo sentido: Cota Molina, Enrique (2006). “Iter Criminis”. Estudios Penales y Política Criminal. 1ª Edición. p. 673- 699. México D.F. Editorial Angel Editor. p 687. Consúltese además: Castillo González, Francisco (2003). Tentativa y Desistimiento Voluntario. 1ª Edición. San José, Costa Rica. Editorial Jurídica Continental. p 37.

³⁵ Ezaine Chaves, Amado (1986). Iter criminis: Actos preparatorios, Tentativa, Frustración, Consumación. San José, Costa Rica. p 11. En el mismo sentido véase: Muñoz Rubio, Campo Elias (1974-1975). “Las Formas de Aparición del Delito”. Cuadernos Panameños de Criminología. Vol. 1. (Nº 3 y 4): p 13-47. Nov. Panamá. p.p. 19-20.

ejecución del delito contraviniendo así el fin del derecho penal pues el peligro al bien jurídico es incierto o muy leve³⁶.

En la doctrina argentina Zaffaroni mantiene la impunidad de los actos preparatorios como regla general, y por ello señala: *“(..) pese a que trascienda al mundo objetivo, tampoco es punible la parte de la conducta inmediatamente precedente a la ejecución misma, es decir, la preparación. Un sujeto parado delante de una puerta con una gonzúa en el bolsillo, no incurre en una tentativa de robo.”*³⁷

Para un sector de la doctrina, representado principalmente por la Escuela Positivista se opta por la punibilidad de este tipo de actos con fundamento en la peligrosidad del sujeto, y la penalidad impuesta a cada uno de ellos va a depender de su cercanía con la consumación del ilícito respectivo³⁸.

Se debe destacar que el hecho de que de modo excepcional se castiguen actos de esta naturaleza, puede concebirse como un modo de adelantamiento de la punibilidad que significa violación del sistema instaurado en un derecho penal democrático; sin embargo ello no es así, lo cual se constata a partir de la siguiente cita: *“En algunos casos la ley castiga expresamente conductas que no realizan parte alguna del tipo del delito*

³⁶ Sandoval Rodríguez, Francisco de Jesús (1983). “La Punibilidad en la Tentativa”. *Criminalia*. Año XLIX (Nº 1-12): p 214-223. Ene-Dic. México. p 219. En el mismo sentido véase: Novoa Moreal, Eduardo (1984). “Reflexiones sobre el Concepto y los Límites de la Tentativa”. *Derecho Penal y Criminología*. Vol. VII. (Nº 23): p 119-128. May-Ago. Colombia. P 120. Del mismo modo: Muñoz Conde, Francisco (1991). *Teoría General del Delito*. 2ª Edición. Valencia, España. Editorial Tirant lo Blanch. p 166.

³⁷ Zaffaroni, Eugenio Raúl (2006). *Manual de Derecho Penal: Parte General*. 2ª Edición. Buenos Aires, Argentina. Editorial Ediar. p 638.

³⁸ Muñoz Rubio, Campo Elias (1974-1975). “Las Formas de Aparición del Delito”. *Cuadernos Panameños de Criminología*. Vol. 1. (Nº 3 y 4): p 13-47. Nov. Panamá. p 20.

consumado, adelantando de esta manera la protección penal del bien jurídico contra determinadas formas de atentado (...) Al consagrar la punibilidad excepcional de esas situaciones, el legislador no deroga ni pone en duda las ventajas de las fórmulas objetivas. Se limita a reconocer que las normas deben admitir excepciones en ciertas hipótesis calificadas, a fin de cumplir mejor los cometidos prácticos que les están confiados.”³⁹

Dentro de esas excepciones en el ordenamiento jurídico costarricense se pueden mencionar: la tenencia de instrumentos para cometer el delito de falsificación, regulado en el numeral 372 del “Código Penal”, el soborno estipulado normativamente en el artículo 317 del mismo cuerpo normativo; la estafa de seguro que consta en el numeral 220 del código de rito, la instigación pública del artículo 273, la apología del delito del numeral 276, la intimidación pública del artículo 275 y la asociación ilícita del numeral 274 todos del “Código Penal” vigente⁴⁰.

TÍTULO II. LOS ACTOS EJECUTIVOS

a) GENERALIDADES

En el campo de los actos ejecutivos podemos incluir aquellos que tienen que ver con el delito propiamente dicho, no obstante en este acápite es importante aclarar que aunque a nivel teórico podría concebirse fácilmente constatable determinar cuándo un

³⁹ Cury Urzúa, Enrique (1977). Tentativa y Delito Frustrado: (El Proceso Ejecutivo del Delito). 1ª Edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. p.p. 72-73.

⁴⁰ Castillo González, Francisco (2003). Tentativa y Desistimiento Voluntario. 1ª Edición. San José, Costa Rica. Editorial Jurídica Continental. p.p. 37-38.

acto es preparatorio y cuando de ejecución; desde la pragmática jurídica no se presenta de la misma forma y por ello se han desarrollado gran cantidad de teorías para dar respuesta a esta interrogante. Una posible definición de acto ejecutivo es la siguiente: *“(...) son actos ejecutivos aquellos actos externos dirigidos a la realización de un delito, que exteriorizan un propósito criminal y que son aptos para la realización del fin propuesto.”*⁴¹

Otra definición de lo que se conoce como actos ejecutivos podría ser la siguiente: *“Es calidad de acto de ejecución la que marca la proximidad del hecho con la lesión del correspondiente bien jurídico e indica que tal hecho se encuentra en la zona inmediatamente anterior a la realización del delito consumado.”*⁴²

De acuerdo con el jurista Gustavo Malo Camacho se puede concebir una tentativa: *“Desde que una voluntad ha sido íntegramente conformada con la resolución y exteriorizada con la realización de actos tendientes a la ejecución del propósito criminoso”*⁴³.

⁴¹ Solís Muñoz, Alejandro (1967). Jurisprudencia sobre el Desistimiento en la Tentativa. Memoria de Prueba para optar por el grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. p 18.

⁴² Novoa Moreal, Eduardo (1984). “Reflexiones sobre el Concepto y los Límites de la Tentativa”. Derecho Penal y Criminología. Vol. VII. (Nº 23): p 119-128. May-Ago. Colombia. p 120.

⁴³ Fernández Moreno, R. y Madrigal Madrigal, J. (1995). El Desistimiento Voluntario de Consumar el Delito: Su Regulación en el Ordenamiento Jurídico Costarricense. Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica. p 112.

En consecuencia, la ejecución del delito implica el comienzo de la realización de la acción típica, la puesta en peligro de intereses jurídicamente tutelados y revelan de manera consistente el plan de autor.⁴⁴

b) DIFICULTAD DE DELIMITACIÓN ENTRE ACTOS PREPARATORIOS Y ACTOS DE EJECUCIÓN

La dificultad existente para delimitar los actos preparatorios de los de ejecución ha sido una preocupación constante para los estudiosos del derecho, pues lo ideal sería contar con un “sistema” sin lagunas ni vacíos que resuelva todos los casos posibles que se puedan presentar mas no es así, pues nos encontramos ante una ciencia social que se caracteriza por tratarse de una ciencia blanda, donde no se llega a resultados únicos y siempre queda lugar para otra interpretación en ocasiones muy dispar o contraria. Lo cual deviene en una evidente inseguridad jurídica pues los límites no se encuentran previamente demarcados y puede conducir a la arbitrariedad judicial. Así se constata de la cita que se muestra a continuación: *“(...) es relativamente sencillo determinar cuando un comportamiento implica el apoderamiento ilegítimo de una cosa mueble, pero es bastante complicado determinar cuando, por actos directamente encaminados a su consumación se inicia la ejecución del apoderamiento ilegítimo de una cosa mueble.”*⁴⁵ Y las consecuencias de cada una de estas valoraciones es totalmente distinta al punto de implicar dos extremos totalmente opuestos: punible versus impune.

⁴⁴ En este sentido: Befeler Scharf, Daniel (1995). El Delito de Abuso Deshonesto, el Tipo, la Víctima y el Agresor: Comparación con el Delito de Violación. Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica. p 74.

⁴⁵ Castillo González, Francisco (2003). Tentativa y Desistimiento Voluntario. 1ª Edición. San José, Costa Rica. Editorial Jurídica Continental. p 25.

Prueba de ello por ejemplo; es la posición elaborada por Maggiore para quien únicamente la fase interna debe ser excluida de lo que se considera como el comienzo de la ejecución; pues para él: *“(...) después de la etapa de la deliberación, todo lo que sigue es ejecución, pero los únicos actos ejecutivos relevantes para el Derecho Penal, son aquellos que reúnan la doble característica de la idoneidad (potencialidad del acto para producir el resultado que se ha propuesto el agente) y la univocidad (que denote de manera precisa a que resultado se dirige)”*⁴⁶. Esto por cuanto se establece una identidad entre los actos preparatorios y los actos equívocos; y entre los actos ejecutivos y los actos unívocos.

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado sobre lo que considera un acto ejecutivo; es así como en la resolución número: 1588-1998 de las dieciséis horas con veintisiete minutos del diez de marzo de mil novecientos noventa y ocho estableció lo siguiente: *“A partir del comienzo de los actos de ejecución del delito, que son aquellos comportamientos dirigidos a poner en práctica los actos preparatorios directamente sobre la persona o bien que se busca destruir o conculcar y que suponen un comienzo de ejecución de la conducta típica correspondiente; el ordenamiento interviene imponiendo una sanción, pese a la no existencia del disvalor del resultado.”*⁴⁷

⁴⁶ Fernández Moreno, R. y Madrigal Madrigal, J. (1995). El Desistimiento Voluntario de Consumar el Delito: Su Regulación en el Ordenamiento Jurídico Costarricense. Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica. p 113.

⁴⁷ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 1588-1998 de las dieciséis horas con veintisiete minutos del diez de marzo de mil novecientos noventa y ocho.

En relación con este razonamiento es dable destacar que en el caso de la tentativa se refiere a la tentativa del delito consumado, y no a la tentativa de la tentativa, pues esto último implicaría penar actos preparatorios.⁴⁸

TÍTULO III. LA CONSUMACIÓN

a) GENERALIDADES

En el lenguaje común se concibe que el momento de la consumación da por finalizado el delito; sin embargo, ello no es así pues en determinados casos se presenta la consumación formal -que podría concebirse como la realización total del tipo delictivo- mas no la consumación material -que se presenta cuando el agente alcanza la finalidad propuesta al realizar el delito- que se llama la fase de agotamiento del delito⁴⁹. Por ello Zaffaroni menciona: *“(...) no siempre la consumación agota la ejecución del delito, pues con frecuencia la consumación formal se distancia del agotamiento natural, dando lugar a un periodo en que el delito está consumado pero no agotado.”*⁵⁰

Algunos han criticado la diferenciación entre consumación formal y material pues a la hora de establecer la pena correspondiente a cada delito lo importante es que se haya presentado la primera, siendo prácticamente irrelevante si el sujeto alcanza el propósito

⁴⁸ Castillo González, Francisco (2003). Tentativa y Desistimiento Voluntario. 1ª Edición. San José, Costa Rica. Editorial Jurídica Continental. p 27.

⁴⁹ Pozuelo Pérez, Laura (2003). El Desistimiento en la Tentativa y la Conducta Postdelictiva. 1ª Edición. Valencia, España. Editorial Tirant to Blanch. p 286.

⁵⁰ Zaffaroni, Eugenio Raúl (2006). Manual de Derecho Penal: Parte General. 2ª Edición. Buenos Aires, Argentina. Editorial Ediar. p 645. Véase: Castillo González, Francisco (2003). Tentativa y Desistimiento Voluntario. 1ª Edición. San José, Costa Rica. Editorial Jurídica Continental. p 60.

alcanzado. Así lo ha manifestado Laura Pozuelo tal y como se desprende de las siguientes líneas: *“En mi opinión, el concepto de consumación debe ser unitario, con independencia del contenido o alcance que se le quiera otorgar; de hecho, llama la atención que la doctrina partidaria de esa diferenciación parte también, a efectos de imponer la pena prevista en el delito correspondiente de la parte especial de un solo concepto consumativo. La cuestión, entonces estriba en determinar el alcance y, sobretudo, la función, de esta especie de esquema dual, porque si esa distinción entre consumación formal y material no responde a una finalidad concreta, no se entiende entonces el esfuerzo argumentativo.”*⁵¹

Asimismo es importante tomar en consideración que si bien la tentativa constituye una fase anterior a la consumación, no podría decirse que la primera es una fracción de la segunda en el “iter criminis”, por lo que deviene impropio cuantificarla; así ha sido considerado por Zaffaroni al establecer: *“La tentativa se contrapone al delito consumado, pero tanto en lo objetivo como en lo subjetivo. Así como una moneda de cincuenta centavos es algo distinto a la de un peso, y nadie se animaría a afirmar que la primera es la mitad de la segunda, tampoco un suceso típico completo es equivalente a una fracción del mismo en su aspecto objetivo ni subjetivo, de la misma manera que un lienzo en blanco con los primeros trazos no es igual a la pintura terminada”*⁵².

⁵¹ Pozuelo Pérez, Laura (2003). El Desistimiento en la Tentativa y la Conducta Postdelictiva. 1ª Edición. Valencia, España. Editorial Tirant to Blanch. p 289.

⁵² Zaffaroni, Eugenio Raúl (2006). Manual de Derecho Penal: Parte General. 2ª Edición. Buenos Aires, Argentina. Editorial Ediar. p 644.

Sin embargo, no podría negarse que existen ciertos aspectos compartidos tanto por la tentativa como por la consumación; lo anterior puede constatarse a partir del análisis de las siguientes líneas: *“Lo que la ley prohíbe no es la mera causación de un resultado sino, además y en primer lugar, la orientación consciente del devenir hacia ese resultado. En consecuencia, la acción prohibida está compuesta no sólo por el movimiento corporal sino, también, por la voluntad que lo dirige hacia una meta preestablecida. Esto ocurre así tanto en la tentativa como en el delito consumado: el hecho punible está construido sobre una acción finalista”*⁵³.

Resulta imprescindible destacar que es en relación con este momento del “iter criminis” en el que se plantean los menores problemas desde el punto de vista de su interpretación, existiendo acuerdo entre los doctrinarios en que la consumación se presenta: *“cuando el autor ha realizado toda la acción descrita por el tipo, causando, además, el resultado, cuando éste es exigido por aquél.”*⁵⁴

Es de suma relevancia determinar cuál es la función que viene a desempeñar la consumación dentro del “iter criminis”, pues ha sido considerado como un límite normativo, pues viene dado por los parámetros que le asigne el legislador. Es por ello que se considera como: *“(…) una frontera ideal, punto final de un proceso a partir del cual se considera ya infringida definitivamente la norma; y se trata de un límite ideal porque no*

⁵³ Cury Urzúa, Enrique (1977). *Tentativa y Delito Frustrado: (El Proceso Ejecutivo del Delito)*. 1ª Edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. p 20.

⁵⁴ Ibidem, p 88.

*tiene ninguna base naturalística, sino normativa, pues responde al fin de protección de intereses jurídicos, y con ello, de salvaguarda de la norma.*⁵⁵

Es importante determinar la diferencia que existe entre una tentativa y un delito consumado, desde un enfoque en sus requisitos y elementos. Una de ellas es que la tentativa y la consumación comparten el mismo tipo subjetivo; pues el dolo del agente es el mismo en ambas etapas del “iter criminis”, pues se mantiene la finalidad de conseguir el resultado propuesto por la ejecución del delito. Sin embargo, la gran diferencia radica en que en el tipo objetivo de la tentativa hay ausencia del resultado o bien la falta de causalidad entre la acción y el resultado en el caso de que este último se produzca. Distinto así de la consumación donde el resultado se presenta por un nexo de causalidad entre la acción y el resultado.⁵⁶ Del mismo modo puede resaltarse que en el caso de la consumación existe una mayor defraudación a la vigencia de la norma pues se consigue el resultado que se ha tratado de evitar con la regulación misma.⁵⁷

b) MOMENTO CONSUMATIVO EN LOS DIVERSOS TIPOS DE DELITOS

Cabe destacar que aún y cuando doctrinariamente pueda presentarse una definición de “consumación”, lo cierto es que ésta viene dada por cada tipo delictivo desarrollado en el parte especial del Código Penal, pues depende de la conducta descrita

⁵⁵ Pozuelo Pérez, Laura (2003). El Desistimiento en la Tentativa y la Conducta Postdelictiva. 1ª Edición. Valencia, España. Editorial Tirant to Blanch. p 290.

⁵⁶ Castillo González, Francisco (2003). Tentativa y Desistimiento Voluntario. 1ª Edición. San José, Costa Rica. Editorial Jurídica Continental. p 26.

⁵⁷ Reaño Peshiera, José Leandro (2005). “Sobre los Fundamentos de la Exención de Pena por “Desistimiento Voluntario” de la Tentativa”. Los Desafíos del Derecho Penal en el Siglo XXI: Libro Homenaje al Profesor Dr. Günther Jakobs. p. 341-381. Lima, Perú. ARA Editores. p 368.

en la norma el poder constatar si se trata de la consumación del delito “a”, “b” o “c”, es por ello que autores como Enrique Cury Urzúa expresan que la parte especial de los códigos penales podría concebirse como una extensa teoría de la consumación⁵⁸. Por esta razón Frías Caballero hace suya una afirmación de Franz Von Liszt tal y como se muestra a continuación: *“Franz Von Liszt expresa que la consumación supone que se hayan dado todos los caracteres del hecho particular constitutivo del delito y que, especialmente, se haya producido el resultado exigido por la ley en su definición. La misma solo se determina, por tanto, en cada delito por el derecho vigente (...) hay delito consumado cuando determinada conducta surgida en la realidad externa ha realizado totalmente el tipo en todos sus elementos.”*⁵⁹.

Esta conclusión es sumamente importante, tomando en consideración que los delitos pueden serlo de resultado, de mera actividad, unisubsistentes, plurisubsistentes, de peligro abstracto, entre otros; lo que conduce a la conclusión de que cada tipo penal envuelve una definición propia de lo que significa la consumación. Por consiguiente, solo contando con el tipo penal específico puede establecerse con claridad si el delito se encuentra o no consumado, lo cual es de suma trascendencia puesto que: *“(...) hay que contemplar si aquél exige o no la producción de un resultado, si se contenta con un peligro, si se reclama un elemento interno trascendente, etc.”*⁶⁰ De este modo la determinación del momento consumativo va a depender del tipo penal y de la naturaleza

⁵⁸ Cury Urzúa, Enrique (1977). Tentativa y Delito Frustrado: (El Proceso Ejecutivo del Delito). 1ª Edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. p 90.

⁵⁹ Frías Caballero, Jorge (1956). El Proceso Ejecutivo del Delito: Ensayo de Dogmática Jurídica sobre el Artículo 42 del Código Penal. 2ª Edición. Buenos Aires, Argentina. Editorial Bibliográfica Argentina. p.p. 194-196.

⁶⁰ Muñoz Rubio, Campo Elias (1974-1975). “Las Formas de Aparición del Delito”. Cuadernos Panameños de Criminología. Vol. 1. (Nº 3 y 4): p 13-47. Nov. Panamá. p 38.

delito específico; dependiendo de esta forma en gran medida de la política legislativa que se quiera implantar en el contexto social y cultural del momento. Muñoz Conde muestra ese planteamiento doctrinario en la siguiente cita: *“Generalmente, en los tipos delictivos de los delitos de resultado, la consumación se produce en el momento de la producción del resultado lesivo (por ejemplo, en los delitos contra la vida: con la muerte del sujeto pasivo). Sin embargo, el legislador puede adelantar la consumación a un momento anterior. Así, en los delitos de consumación anticipada (delitos de intención, delitos de peligro), el legislador no espera a que se produzca el resultado lesivo que con la prohibición penal se trata de evitar, sino que declara ya consumado el hecho en un momento anterior.”*⁶¹

Se han elaborado grupos de delitos en los cuales el momento consumativo varía, y resulta de suma relevancia destacarlos a efectos de desarrollar el tema con mayor claridad. Para ello este estudio se basa en lo ya elaborado por el jurista nacional Francisco Castillo tal y como se expresa a continuación⁶²:

- a. Dentro del primer grupo se pueden ubicar los delitos de peligro y los delitos intencionados, es decir, los que además del dolo cuentan con una dirección especial para la realización del fin propuesto. En ellos puede destacarse la existencia de una consumación anticipada.

⁶¹ Muñoz Conde, Francisco (1991). Teoría General del Delito. 2ª Edición. Valencia, España. Editorial Tirant lo Blanch. p 162.

⁶² Castillo González, Francisco (2003). Tentativa y Desistimiento Voluntario. 1ª Edición. San José, Costa Rica. Editorial Jurídica Continental. p.p. 62-63.

- b. Los delitos de tendencia interna trascendente en los cuales el resultado o finalidad propuestos por el sujeto activo no forma parte del tipo penal, y por ello no es indispensable para alcanzar la consumación formal; tal es el caso del delito de hurto, donde el aseguramiento de lo hurtado no se encuentra descrito formalmente en el tipo penal.
- c. Los delitos permanentes se consuman con la realización de una acción determinada, pero terminan con la afectación del bien jurídico tutelado por la norma de forma tal que, dos o más actos constituyen una unidad jurídica de acción.
- d. Los delitos que forman una unidad natural de acción, en los cuales diversas acciones son llevadas a cabo al mismo tiempo o muy próximos temporalmente; tal es el caso del delito de abuso sexual, que podría estar constituido por uno o varios tocamientos.

Los delitos de violación y abuso sexual han sido analizados desde diversos ángulos, pues, el primero ha sido considerado por la generalidad de la doctrina y la jurisprudencia como un delito de resultado, por ello aún y cuando se lleven a cabo todas las acciones necesarias para alcanzarlo, si el resultado no se produce, no queda más que ubicarlo como tentativa. Así se ha manifestado desde el punto de vista doctrinario al afirmarse: *“(...) para que haya delito (consumado), es preciso que se haya producido efectivamente el resultado (...) Sin él, aunque el autor haya hecho todo lo que estaba de su mano para,*

*tal y como se lo representó, alcanzar la lesión típica del bien jurídico; y, por tanto habiéndose realizado el disvalor acción pleno del delito, no habrá sino tentativa (...)*⁶³

Mientras que la situación no se presenta tan claramente en el caso del delito de abuso sexual –antes denominado abuso deshonesto– pues la doctrina se encuentra dividida y para unos se configura como un delito de resultado, mientras que para otros se trata de un delito de mera actividad, que permite tener el ilícito como consumado aunque el resultado no se produzca –tal y como se explicará más adelante–.

TÍTULO IV. EL AGOTAMIENTO

a) GENERALIDADES

El agotamiento del delito, debe diferenciarse del momento consumativo del mismo, no solamente por implicar una fase posterior a éste; sino también por las consecuencias jurídicas que se derivan de esa diferenciación. Esto se muestra de manera fehaciente en la siguiente cita: *“La separación del agotamiento respecto de la consumación tiene consecuencias en tres aspectos: (a) en cuanto a la participación, quien interviene antes del agotamiento sería partícipe y no encubridor; (b) en orden a la prescripción, porque comenzaría a correr desde el último acto de agotamiento; y (c) en punto a la realización*

⁶³ González Mateos, José Carlos (2001). “La Penalidad de la Tentativa”. *Revista del Poder Judicial*. (Nº 61): p 165-215. Madrid, España. p 180.

*de circunstancias agravantes introducidas con posterioridad a la consumación, que darían lugar a una tipicidad calificada (...)*⁶⁴

Asimismo se ha constatado su importancia en el caso de concurso de delitos, pues si el segundo ilícito se realiza después de la consumación pero antes de la terminación podríamos concebir un concurso ideal y no real o material.⁶⁵

No obstante, cabe aclarar que en caso de que el sujeto activo no alcance la finalidad perseguida, no implica que se excluya el delito, pues éste se tiene por consumado y por ello es un hecho típico, antijurídico y culpable; pero en caso de que obtenga el propósito, forma parte del camino o proceso del delito. En relación con este tema es importante una aclaración a tener en cuenta: *“Cabe tener presente que el delito agotado (agotamiento del delito) no tiene de ordinario trascendencia punitiva, ya que sólo excepcionalmente los actos de tal naturaleza constituyen un delito autónomo o independiente, por lesionar un bien jurídico distinto o bien perteneciente a diversa persona.”*⁶⁶

⁶⁴ Zaffaroni, Eugenio Raúl (2006). Manual de Derecho Penal: Parte General. 2ª Edición. Buenos Aires, Argentina. Editorial Ediar. p 646. Véase además: Castillo González, Francisco (2003). Tentativa y Desistimiento Voluntario. 1ª Edición. San José, Costa Rica. Editorial Jurídica Continental. p 65.

⁶⁵ En este sentido véase: Mañalich Raffo, Juan Pablo (2004). “La Tentativa y el Desistimiento en el Derecho Penal. Algunas Consideraciones Conceptuales”. Revista de Estudios de la Justicia. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. (Nº 4) en: http://www.derecho.uchile.cl/cej/recej/recej4/archivos/tentativa%20y%20desistimiento%20_JPM_corregido%20_16_.pdf. (Consulta: 20 de marzo, 2009).

⁶⁶Pavón Vasconcelos, Francisco (1982). Breve Ensayo sobre la Tentativa. 3ª Edición. México. Editorial Porrúa, S.A. p 19. Véase en el mismo sentido: Cota Molina, Enrique (2006). “Iter Criminis”. Estudios Penales y Política Criminal. 1ª Edición. p. 673- 699. México D.F. Editorial Angel Editor. p 685.

Es así como el agotamiento del delito se puede concebir como la sumatoria de los requisitos necesarios para poder concebir la consumación material y la satisfacción del fin propuesto por el agente o sujeto activo del delito⁶⁷; por ello se podría conceptuar como un delito consumado mediante el cual, el autor ha logrado el fin que Ose propuso al cometerlo⁶⁸. Sin embargo, no es necesaria su existencia –del agotamiento– para la punibilidad de la conducta, pues ella únicamente requiere la consumación formal del delito. En otras palabras, la consumación siempre es presupuesto del agotamiento⁶⁹ mas no viceversa; al respecto la siguiente frase es muy reveladora: *“En términos generales, el agotamiento (o la terminación) del delito se corresponde con la identificación de un momento en que tiene lugar la producción de un determinado estado de cosas cuya concurrencia, empero, no es condición necesaria de la consumación (en tanto momento formal) y, por ende de la punibilidad.”*⁷⁰

⁶⁷ Fozuelo Pérez, Laura (2003). El Desistimiento en la Tentativa y la Conducta Postdelictiva. 1ª Edición. Valencia, España. Editorial Tirant to Blanch. p 286.

⁶⁸ Salas Beteta, Christian (2007). “El Iter Criminis y los Sujetos Activos del Delito”. Revista Internauta de Práctica Jurídica. (Nº 19). Ene-Jun. Lima, Perú. En: http://www.ripj.com/art_jcos/art_jcos/num19/RIPJ_19/EX/19-11.pdf (Consulta: 22 de febrero, 2009). En el mismo sentido véase: Cury Urzúa, Enrique (1977). Tentativa y Delito Frustrado: (El Proceso Ejecutivo del Delito). 1ª Edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. p 90.

⁶⁹ Cota Molina, Enrique (2006). “Iter Criminis”. Estudios Penales y Política Criminal. 1ª Edición. p. 673-699. México D.F. Editorial Angel Editor. p 685.

⁷⁰ Mañalich Raffo, Juan Pablo (2004). “La Tentativa y el Desistimiento en el Derecho Penal. Algunas Consideraciones Conceptuales”. Revista de Estudios de la Justicia. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. (Nº 4) en: http://www.derecho.uchile.cl/cej/recej/recej4/archivos/tentativa%20y%20desistimiento%20_JPM_corregido%20_16_.pdf. (Consulta: 20 de marzo, 2009).

SECCIÓN IV. DEFINICIÓN JURISPRUDENCIAL DEL ITER CRIMINIS

La jurisprudencia nacional cuenta con una sentencia en particular que efectúa una descripción de cada una de las fases del iter criminis y por ello me parece idóneo mostrar un pequeño extracto de la misma; a saber: *“La doctrina reconoce tres fases del camino o proceso ejecutivo del delito, que denomina "iter criminis": a) En primer término la fase interna, cuando el sujeto se plantea la posibilidad de realizar el hecho, la cual suele subdividirse a su vez en tres momentos: la ideación, en que por primera vez se plantea el sujeto la posibilidad de cometer el delito; la deliberación, que supone el cálculo, balance o estimación de probabilidad de éxito, o -eventualmente- el conflicto entre principios morales y necesidades materiales; y la resolución, cuyo contenido es la decisión de cometer el delito. Hasta este momento del desarrollo el hecho es impune. b) En segundo lugar la fase intermedia o resolución manifestada, cuya existencia no es esencial sino accidental al proceso ejecutivo del delito, y consiste en la comunicación de la decisión de realizar el hecho, que hace normalmente el agente a quien propone participación como cómplice o coautor. Por no concretar actos materiales como tesis de principio es impune. c) En tercer lugar la fase externa, la cual supone la realización de actos materiales, y se subdivide a su vez en cuatro etapas: En primer término los actos preparatorios, que son los aprestos necesarios para la ejecución del hecho punible, y que en principio no son punibles. En segundo término los actos de ejecución, que son aquellos dirigidos a la consumación del delito, y la relevancia de su distinción radica en que son punibles como tentativa cuando no se logra el resultado. En tercer lugar se ubica la etapa de la consumación, determinada por la concurrencia de todos los elementos configurativos del*

*delito: tipicidad, antijuricidad y culpabilidad de la conducta. Finalmente la doctrina señala la etapa de agotamiento del delito, en la cual el sujeto realiza la finalidad última que ha perseguido, como sería por ejemplo la venta de los bienes sustraídos.*⁷¹

Quedando de este modo del todo manifiesto que la tesis adoptada por nuestros tribunales es la clasificación tripartita antes esbozada, y es con base en ella que se analiza cada uno de los ilícitos sometidos a su conocimiento.

⁷¹ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 165-F-1994 de las nueve horas con treinta minutos del veinte de mayo de mil novecientos noventa y cuatro.

CAPÍTULO II: LA TENTATIVA Y SU ENFOQUE DENTRO DE LOS DELITOS SEXUALES

SECCIÓN I. GENERALIDADES

TÍTULO I. HISTORIA DE LA TENTATIVA

La tentativa –desde un enfoque general- puede concebirse como el instituto jurídico que se aplica en el momento en que en virtud de un ilícito, la ejecución no se ha llevado a término o la consumación no se ha perfeccionado⁷². A diferencia de muchos de los institutos del derecho, al parecer la tentativa no fue regulada en el derecho romano, lo que crea cuestionamientos sobre su origen; esta situación probablemente se genera porque en el derecho romano se trataba de punir la intención de forma primordial. Se puede considerar como una prescindencia del disvalor de la acción sobre el disvalor del resultado por lo cual en caso de que se presentara una tentativa en sentido estricto probablemente sería castigada como un delito consumado. El jurista nacional Francisco Castillo nos hace conocedores de esa situación al manifestar: *“Quienes han estudiado la historia del iter criminis en el Derecho Romano han discutido si este derecho tuvo o no una teoría de la tentativa. Hoy día es opinión generalmente aceptada que no la tuvo, pues en el Derecho Romano no existió siquiera una expresión para designar el término “tentativa”.*⁷³

⁷² Padilla Castro, Guillermo (1967). “La Tentativa”. *Revista de Ciencias Jurídicas*. (Nº 10) p 63-82. San José, Costa Rica. p 63.

⁷³ Castillo González, Francisco (2003). *Tentativa y Desistimiento Voluntario*. 1ª Edición. San José, Costa Rica. Editorial Jurídica Continental. p 13.

No obstante, es necesario aclarar que de esa conclusión no se sigue necesariamente la impunidad de los actos de ejecución que no llegaran a la consumación; pues en múltiples ocasiones para ciertos delitos se equiparó la pena a la del delito consumado. Francisco Pavón Vasconcelos nos relata: *“El Derecho romano, siguiendo el principio de que no hay delito sin actividad manifestada en la causación de un daño, no llegó a precisar criterio distintivo entre consumación y tentativa, ni creó término alguno para diferenciar tales grados del delito (...) lo cual no implica, como aclara V. Hippel, la impunidad de los actos de ejecución del delito, pues en los “criminalia extraordinaria” se llegó a imponer a éstos, mediante el uso del arbitrio concedido a los jueces, pena similar a la del delito consumado.”*⁷⁴

En el derecho penal griego, se daba otra circunstancia; pues en este aparte de que no existía el instituto como tal, tampoco se equiparaba al delito consumado, pues existía una preeminencia radical del resultado y por ello era irrelevante punir actos tentados. La siguiente cita es ilustrativa en cuanto a este aspecto: *“El derecho penal de los griegos, por ejemplo, solo sanciona resultados. Conforme a los presupuestos culturales imperantes, regula la sucesión caótica de acontecimientos fatales con el propósito de restablecer un orden preestablecido. Pero, consecuentemente, los griegos ignoran la tentativa. La conducta que voluntaria pero infructuosamente trate de quebrantar el equilibrio, es indiferente. Por esto el incesto no querido de Edipo es castigado, mientras la tentativa de adulterio de Fedra permanece impune. Un derecho penal de hechos no se interesa por actos que los hados o la casualidad han condenado al fracaso. Por esto, cuando el derecho*

⁷⁴ Pavón Vasconcelos, Francisco (1982). *Breve Ensayo sobre la Tentativa*. 3ª Edición. México. Editorial Porrúa, S.A. p 25.

*sanciona la tentativa, adopta una decisión fundamental cuyas consecuencias afectan a todo el sistema. El ordenamiento que consagra un tipo de tentativa establece un derecho penal de acción, y como consecuencia inevitable, de acción final.”*⁷⁵

En ciertas regulaciones como las Siete Partidas se efectuaba una distinción entre delitos graves y yerros menores; dentro de los primeros se incluían delitos como los de violación, homicidio, rapto y traición; tanto en su forma consumada como en el caso de que se diera por configurada una tentativa de los mismos; que serían castigados, a menos de que operara un desistimiento o un arrepentimiento activo de ellos. Por su parte el Código de la Carolina –que fue la Constitución Criminal dictada por Carlos V– es el primero que destina uno de sus artículos a la regulación de la tentativa que destacaba la ausencia de la consumación por actos externos contrarios a la voluntad del agente o sujeto activo del delito.⁷⁶

Se dice que los que iniciaron una teoría de la tentativa fueron los glosadores italianos a partir del siglo XII, tanto para crímenes comunes como para casos de asesinato y delitos de lesa majestad. En el caso de la legislación francesa en el Código Penal Francés de 1810 no se establecía una diferencia entre el delito tentado y el consumado, lo cual puede ser constatado a partir de la redacción del artículo, que rezaba: *“Toute tentative de crime qui aura été manifesté par un commencement d’execution est considerée comme*

⁷⁵ Cury Urzúa, Enrique (1977). Tentativa y Delito Frustrado: (El Proceso Ejecutivo del Delito). 1ª Edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. p.p. 21-22.

⁷⁶ Pavón Vasconcelos, Francisco (1982). Breve Ensayo sobre la Tentativa. 3ª Edición. México. Editorial Porrúa, S.A. p 27.

*le crime meme*⁷⁷; es hasta 1832 en que se incluye una reforma que le permite al juez establecer una pena atenuada para la tentativa. Posteriormente Romagnosi estableció una diferenciación entre el delito frustrado y la tentativa propiamente dicha, que implicaba diferencias al momento de interposición de la pena que sería para el delito frustrado menor que la aplicable al delito consumado pero mayor que la pena atribuible a la tentativa en sentido estricto. Si bien es cierto esta diferencia fue reconocida en el Código Penal de 1810 la penalidad se equiparaba para ambos tipos de institutos.⁷⁸

En el caso de nuestro ordenamiento jurídico los códigos penales que han regido la materia a lo largo de la historia republicana no marcan una diferencia entre tentativa y delito frustrado por lo que se puede concluir que a pesar de existir una marcada diferencia desde el punto de vista doctrinal, ella no se plasma en el ámbito legislativo y por consiguiente, para efectos prácticos se castigan de la misma forma.⁷⁹

El llamado delito imposible (también llamado Tentativa Inidónea) ha sido tratado de distinta forma a lo largo de los tiempos, pues cuando nuestra legislación se regía por un criterio de peligrosidad se declaraba punible; sin embargo, en virtud de la evolución del Derecho nacional, pasando de un estado de policía donde se postula la preponderancia de un derecho penal de autor, a un derecho penal de hecho o de acto con el cual, se debe valorar la lesión provocada al bien jurídico, con la consecuencia de

⁷⁷ Pavón Vasconcelos, Francisco (1982). Breve Ensayo sobre la Tentativa. 3ª Edición. México. Editorial Porrúa, S.A. p 28. Véase en el mismo sentido: Cury Urzúa, Enrique (1977). Tentativa y Delito Frustrado: (El Proceso Ejecutivo del Delito). 1ª Edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. p.p. 28-29.

⁷⁸ Castillo González, Francisco (2003). Tentativa y Desistimiento Voluntario. 1ª Edición. San José, Costa Rica. Editorial Jurídica Continental. p.p. 16-19.

⁷⁹ *Ibidem*, p 19.

determinar la impunidad del delito imposible. Cabe resaltar una situación particular que se presenta en nuestro derecho patrio: *“Mientras que en el Código de 1941 el delito imposible se equipara a la tentativa, porque el Código parte de criterios de peligrosidad, en el Código Penal de 1970 (art 24) se distingue entre imposibilidad relativa, que se equipara a la tentativa, y de imposibilidad absoluta, caso en el cual hay impunidad. El criterio del que parte el Código Penal de 1970 para declarar la impunidad de la imposibilidad absoluta es la ausencia total de violación al bien jurídico tutelado.”*⁸⁰

Del mismo modo se debe resaltar que ha existido una evolución de la figura de la tentativa o conato, pues en principio se adoptó lo que se llama como clasificación bipartita en la cual, únicamente se establecía la diferencia entre delito consumado y tentativa; tiempo después los clásicos italianos hicieron referencia al delito frustrado; estableciendo que en el caso de la tentativa ella deviene en imperfecta en razón de su ejecución, mientras que en el delito frustrado el agente realiza todos los actos subjetivamente necesarios para alcanzar la consumación del delito; sin embargo, la misma no se verifica en virtud de la existencia de causas independientes de la voluntad del sujeto que impiden el resultado propuesto. De este modo se instaura una clasificación tripartita que establece una diferencia entre tentativa, delito frustrado y delito consumado. No obstante, la mayoría de los códigos actuales y doctrinarios han optado por un retorno a la concepción bipartita que distingue delito consumado y tentativa y se ha buscado establecer una diferenciación entre tentativa acabada e inacabada.⁸¹

⁸⁰Castillo González, Francisco (2003). *Tentativa y Desistimiento Voluntario*. 1ª Edición. San José, Costa Rica. Editorial Jurídica Continental. p 22.

⁸¹Pavón Vasconcelos, Francisco (1982). *Breve Ensayo sobre la Tentativa*. 3ª Edición. México. Editorial Porrúa, S.A. p.p. 22-23.

TÍTULO II. CONCEPTUALIZACIÓN DE LA TENTATIVA

En este momento es importante mencionar lo que ciertos autores han denominado el “mito del resultado” o “mito primario”, que es lo que en ocasiones ha llevado a pensar que cuando este falta no se puede concebir punible, la conducta -es el desvalor del resultado llevado al extremo- por no existir dolo. Y que lleva a otro mito llamado “secundario” según el cual, en caso de no producirse el resultado se dificulta la labor de demostrar la existencia del dolo. De forma tal que ante situaciones como esta se debe actuar con base en la siguiente regla: *“(...)la circunstancia de que no se produzca el resultado no dice nada acerca de que no existiera dolo en el autor del hecho, y, consecuentemente ninguna consecuencia a favor de la existencia del dolo puede derivarse del hecho de que se produzca un resultado(...) el juez debe valorar el modo en que el autor del hecho condujo su comportamiento, es decir, qué es lo que hizo mientras la voluntad controlaba la conducción del plan del hecho.”*⁸²

Pretender definir un instituto como la tentativa es algo pretensioso, pues es sumamente difícil determinar si es o no la definición correcta; mas sí es posible distinguir si una de ellas es más completa que otra; y por ello es que se opta por la definición dada por los señores Rogelio Fernández Moreno y José Francisco Madrigal Madrigal en su tesis de grado, pues se presenta como la más apta y aplicable en el ordenamiento jurídico costarricense: *“Tentativa es un estadio del proceso criminal en el que no se alcanza la consumación, pero que comprende de parte del agente una voluntad dirigida a la*

⁸² Sancinetti, Marcelo A. (1986). “Dolo y Tentativa: ¿El Resultado como un Mito?”. Doctrina Penal: Teoría y Práctica en las Ciencias Penales. Año 9 (Nº 35) p 505-519. Jul- Set. Buenos Aires, Argentina. p.p. 508-516.

consumación del delito, manifestada a través de la ejecución de actos idóneos e inequívocos que ponen en peligro el bien jurídicamente protegido por el tipo. Su punibilidad depende de la involuntariedad del agente en la interrupción del proceso delictivo o en la evitación de su consumación.”⁸³

Queda claro que en el caso de la tentativa, el comportamiento se considera punible, por una preponderancia del disvalor de acción sobre el disvalor del resultado, donde lo principal será la puesta en peligro del bien jurídico, aunque finalmente no sea lesionado de forma concreta. Zaffaroni refuerza estas líneas al mencionar: “(..)la tentativa de delito sintetiza una fórmula general con la que se criminaliza en razón del peligro de lesión, o sea peligro de las conflictividades lesivas en que el resultado se releva en el tipo como requerimiento ineludible (...) La tentativa de un delito de lesión –que son los únicos en que se concibe una anticipación punible respetuosa de la lesividad– representa una tipicidad diferente aunque de formulación general cuya sanción penal solo es posible en razón de la proximidad de la conducta con el resultado (peligro de lesión).”⁸⁴

Ya otros autores han recalcado la importancia que reviste la tentativa; pues sin disvalor de acción no hay disvalor de resultado; y por ello constituye la base fundamental del injusto penal; ello es reafirmado en la siguiente cita: “(..) la tentativa viene a ser la piedra de toque de la configuración del injusto penal, en virtud de dos razones esenciales.

⁸³ Fernández Moreno, R. y Madrigal Madrigal, J. (1995). El Desistimiento Voluntario de Consumar el Delito: Su Regulación en el Ordenamiento Jurídico Costarricense. Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica. p 127.

⁸⁴ Zaffaroni, Eugenio Raúl (2006). Manual de Derecho Penal: Parte General. 2ª Edición. Buenos Aires, Argentina. Editorial Ediar. p.p. 637-642.

De una parte, porque constituye la base de la determinación de las normas de conductas, en cuanto que, como suele afirmarse las normas no pueden prohibir resultados, sino solo acciones; es decir, no pueden prohibir la consumación del delito, sino solo la realización de una tentativa. De otra parte, porque viene a conformar, desde una perspectiva estructural, el núcleo del tipo de injusto, dado que sin un desvalor de acción, por mucho que se haya dado un desvalor de resultado, no podrá afirmarse el carácter delictivo del hecho.”⁸⁵

Se podría decir que la tentativa –salvo casos excepcionales mencionados anteriormente- es el primer momento del delito que se considera punible; por ello se dice que al ser el delito la concreción máxima de la voluntad del autor, la tentativa debe ser considerada como uno de los momentos con relevancia penal de esa misma concreción;⁸⁶no obstante, se recalca que la norma del delito consumado, es diferente a la de la tentativa; y por ello se considera la existencia de dos prohibiciones diversas⁸⁷.

TÍTULO III. NATURALEZA JURÍDICA DE LA TENTATIVA

En ocasiones se habla de la naturaleza de la tentativa y se cuestiona si se trata de una figura autónoma o dependiente. En ello no hay acuerdo entre los estudiosos de la materia por lo que se han defendido ambas posturas, e incluso una escéptica que niega la

⁸⁵ Alcácer Guirao, Rafael (2002). “La Tentativa y los Fines del Derecho Penal”. XXIV Jornadas Internacionales de Derecho Penal. 1ª Edición. P 7-58. Bogotá, Colombia. Editorial Universidad Externado de Colombia. p.p. 7-8.

⁸⁶ González Mateos, José Carlos (2001). “La Penalidad de la Tentativa”. Revista del Poder Judicial. (Nº 61): p 165-215. Madrid, España. p.p. 166-167.

⁸⁷ *Ibidem*, p 171.

posibilidad de clasificarla de un modo o de otro. Esta discusión se pone de manifiesto en las siguientes líneas: *“(...) hay dos posiciones en la doctrina: la del delito incompleto y la del tipo independiente. En tanto que la primera sostiene que la tentativa es un delito incompleto, en el que no se dan todos los caracteres típicos porque la conducta se detiene en la etapa ejecutiva o por que no se produce el resultado, la segunda pretende que la tentativa es un tipo independiente, de la misma manera que lo es, por ejemplo, el encubrimiento (art.277 CP) que nada tiene que ver con el tipo de la parte especial a que se refiere la voluntad criminal.”*⁸⁸

Es imprescindible considerar que un tipo autónomo es aquel que no requiere de otro para complementar su contenido; y como contrapartida los tipos delictivos no autónomos o dependientes son aquellos que: *“(...) dependiendo de otro, tienen un contenido cualitativamente indeterminado y variable y dan lugar a verdaderas figuras delictivas accesorias, a través de las cuales el legislador logra la punibilidad de acciones que no son “homicidio”, “hurto”, etc, y que, por tanto, quedarían impunes conforme al tipo delictivo autónomo.”*⁸⁹

Los que fundamentan la figura de la tentativa como accesoria y por ello dependiente, lo hacen tomando en consideración que generalmente se encuentra regulada en la parte general de los códigos penales y por ello se encuentra limitada a cada uno de los ilícitos de la parte especial de los mismos. Entre otras consideraciones en

⁸⁸ Nombedeu, César Manuel (2000). “La Tentativa en el Derecho Penal Argentino”. Junio. La Plata, Argentina. En: www.justiniano.com/index2.htm (Consulta: 25 de febrero, 2009).

⁸⁹ Muñoz Rubio, Campo Elias (1974-1975). “Las Formas de Aparición del Delito”. Cuadernos Panameños de Criminología. Vol. 1. (Nº 3 y 4): p 13-47. Nov. Panamá. p 21.

relación con el tema se ha dicho: *“La tentativa constituye en consecuencia una forma delictiva accesoria o secundaria, subordinada a cada tipo autónomo. Es figura accesoria, explica el profesor Labatut (4), aisladamente considerada carece de significación pero, relacionada con el delito principal correspondiente, es causa de extensión del tipo y de la pena a actuaciones que, de lo contrario, resultarían atípicas; por ello, concluye, no es posible hablar de tentativa en abstracto, sin relacionarla con un delito determinado.”*⁹⁰

Frias Caballero sigue la misma tendencia alegando que la tentativa al lado de la instigación y la complicidad constituyen formas de aparición del delito, por lo que se trata de tipos no independientes⁹¹. Del mismo modo el doctor Campo Elías Muñoz Rubio establece que un tipo dependiente como el de la tentativa quedaría en el aire y sin significación jurídico penal sin su vinculación con el tipo autónomo; y aclara que ello no implica tipos abiertos que contravengan el principio de legalidad sino que solamente se amplían los tipos hasta un límite preciso, que a fin de cuentas es lo que debe ser considerado por la tipicidad en derecho penal. Por ello concluye que es incorrecto hablar de delito de tentativa y por ello lo correcto sería concebir la tentativa de un delito, pues la misma resulta de la combinación de una norma principal y una secundaria.⁹²

⁹⁰ Solís Muñoz, Alejandro (1967). Jurisprudencia sobre el Desistimiento en la Tentativa. Memoria de Prueba para optar por el grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. p 9. En el mismo sentido véase: Salas Beteta, Christian (2007). “El Iter Criminis y los Sujetos Activos del Delito”. Revista Internauta de Práctica Jurídica. (Nº 19). Ene-Jun. Lima, Perú. En: http://www.ripj.com/art_jcos/art_jcos/num19/RIPJ_19/EX/19-11.pdf (Consulta: 22 de febrero, 2009).

⁹¹ Frias Caballero, Jorge (1956). El Proceso Ejecutivo del Delito: Ensayo de Dogmática Jurídica sobre el Artículo 42 del Código Penal. 2ª Edición. Buenos Aires, Argentina. Editorial Bibliográfica Argentina. p 134.

⁹² Muñoz Rubio, Campo Elías (1974-1975). “Las Formas de Aparición del Delito”. Cuadernos Panameños de Criminología. Vol. 1. (Nº 3 y 4): p 13-47. Nov. Panamá. p 21.

Guillermo A.C. Ledesma también promueve la accesoriadad de la tentativa al señalar que únicamente tiene sentido en relación con el tipo delictivo específico y que consecuentemente determinar el comienzo de ejecución no puede realizarse en abstracto sino que depende de cada tipo delictivo⁹³. Lo mismo es destacado por Francisco Muñoz Conde que pregona la tentativa como figura dependiente, pues sus elementos se refieren a un delito consumado e inclusive como prueba de ello señala que tanto el dolo del delito consumado como el de la tentativa es el mismo⁹⁴. Carlos Mir Puig subraya igualmente que la tentativa es un tipo dependiente dado que, no puede comprenderse por sí mismo sino en relación con un delito concreto; pero también señala que el hecho de que se encuentre regulada en la parte general del código penal sustantivo no puede ser interpretado como falta de tipicidad, sino que ello es solo producto de la técnica legislativa;⁹⁵ y esa es la razón por la cual se ha postulado como un dispositivo amplificador del tipo penal⁹⁶. Asimismo se afirma la dependencia en que si bien es cierto, la tentativa no exige que el tipo penal sea ejecutado completamente, si se exige que se haya ejecutado parcialmente, es decir, que exista un principio de ejecución⁹⁷.

⁹³ Ledesma, Guillermo A.C. (1982). “¿Abuso deshonesto o Tentativa de Violación?”. Doctrina Penal: Teoría y Práctica en las Ciencias Penales. Año 5 (Nº 19) p 541-553. Jul- Set. Buenos Aires, Argentina. p 546.

⁹⁴ Muñoz Conde, Francisco (1991). Teoría General del Delito. 2ª Edición. Valencia, España. Editorial Tirant lo Blanch. p 165.

⁹⁵ Mir Puig, Carlos (1993). “Sobre la Naturaleza Jurídica de la Tentativa y del Delito Frustrado. Concepto Objetivo del Delito Frustrado”. Revista del Poder Judicial. (Nº 30): p 75-87. Jun. Madrid, España. p.p. 76-77.

⁹⁶ Befeler Scharf, Daniel (1995). El Delito de Abuso Deshonesto, el Tipo, la Víctima y el Agresor: Comparación con el Delito de Violación. Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica. p 77. En el mismo sentido véase: Martínez, Gustavo Fernando. “Breve Visión de la Tentativa en Nuestro Sistema”. En: www.abogadosdesalta.org.ar/index.php. (Consulta: 26 de febrero, 2009).

⁹⁷ Mañalich Raffo, Juan Pablo (2004). “La Tentativa y el Desistimiento en el Derecho Penal. Algunas Consideraciones Conceptuales”. Revista de Estudios de la Justicia. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. (Nº 4) en: http://www.derecho.uchile.cl/cej/recej/recej4/archivos/tentativa%20y%20desistimiento%20_JPM_corregido%20_16_.pdf. (Consulta: 20 de marzo, 2009).

No solo ha recibido las denominaciones de tipo no autónomo o independiente, sino que también se ha concebido la tentativa como un delito imperfecto o secundario, y la razón de ello radica en que: *“(...) faltando en ella la consumación sólo es posible su existencia en razón de un determinado tipo legal al cual se la relaciona.”*⁹⁸ Así ha sido considerado por Carrara y esta es la justificación otorgada para concluir que las normas relacionadas con la tentativa o conato deben estar reguladas en la parte general de los códigos penales sustantivos⁹⁹.

El desarrollo doctrinario nacional ha sido claro en cuanto al carácter accesorio del conato, pues no se habla de tentativa a secas sino de tentativa de un determinado delito: *“Al exigir nuestro Código Penal el comienzo de ejecución de un delito como requisito de la tentativa, nuestro sistema penal se afilia al sistema de la accesoriedad, es decir, para que el hecho del autor sea punible a título de tentativa, el dolo del autor debe estar encaminado a la consumación de un delito y no de una tentativa, o sea, no hay tentativa por sí sola, sino tentativa de homicidio, estafa, etc.”*¹⁰⁰

Otros por su parte, están en desacuerdo con esta postura y por ello alegan que la tentativa es un tipo autónomo que funciona como un dispositivo amplificador del tipo penal, tal es el caso de Francisco Pavón Vasconcelos que al efecto señala: *“Aunque la tentativa se subordine, para su punición, a la referencia típica concreta, no es posible*

⁹⁸ Pavón Vasconcelos, Francisco (1982). Breve Ensayo sobre la Tentativa. 3ª Edición. México. Editorial Porrúa, S.A. p 29.

⁹⁹ Sandoval Rodríguez, Francisco de Jesús (1983). “La Punibilidad en la Tentativa”. Criminalia. Año XLIX (Nº 1-12): p 214-223. Ene-Dic. México. p 215.

¹⁰⁰ Quesada Mora, Juan Gerardo (1991). “El Delito Imposible o Tentativa Inidónea”. Revista Iustitia. Año 5 (Nº 55) p 18-20. Jul. San José, Costa Rica. p 19.

*negarle a nuestro juicio, su carácter de figura autónoma(...) la tentativa es delito por sí en razón de su particular estructura y naturaleza diversa al delito consumado, pues tiene objetividad propia, actividad típica singular y sanción específica, aunque atenuada respecto al delito consumado.”*¹⁰¹ Del mismo modo Enrique Cury Urzúa plantea un nuevo postulado al concebir que la tentativa se presenta subordinada, pero solamente desde el punto de vista formal; de manera que debe tenerse al conato como una figura autónoma; al respecto ha destacado: *“Está formalmente subordinada al precepto de parte especial, a causa de que su contenido se completa mediante un reenvío a ella; pero goza de autonomía sustancial porque, sirviéndose de ese mecanismo, traza la descripción de una conducta diferente, con contenido de injusto propio y límites precisos (...) La tentativa es un delito distinto del consumado, aunque su tipicidad se estructura sobre la de éste.”*¹⁰²

Sin embargo, tal y como se mencionó anteriormente, hay quienes no están de acuerdo con esta manera de clasificación de la tentativa, porque se dice que no se puede considerar autónoma ni tampoco dependiente; al efecto es de suma importancia destacar lo siguiente: *“No vemos la tentativa ni como un hecho principal y autónomo ni como un delito secundario; pensamos que es uno de los tantos procesos que tienen los hechos volitivos: nacen, se cumplen o se incumplen. Si se ha perseguido una finalidad dolosa y*

¹⁰¹ Pavón Vasconcelos, Francisco (1982). Breve Ensayo sobre la Tentativa. 3ª Edición. México. Editorial Porrúa, S.A. p.p. 30-32.

¹⁰² Cury Urzúa, Enrique (1977). Tentativa y Delito Frustrado: (El Proceso Ejecutivo del Delito). 1ª Edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. p.p. 26-27.

ella se ha obtenido, estamos en el caso de la consumación; de lo contrario, ante una forma intentada. Eso es todo.”¹⁰³

Aún y cuando lo correcto sería contar con un tipo penal que regule la tentativa de cada uno de los delitos de la parte especial, para tener claridad de los presupuestos de cada delito con respecto de ella – importante sobretodo en el caso de delitos de peligro abstracto, en los cuales el momento de consumación se anticipa de modo considerable- lo cierto es que ello sería muy difícil pues la manera de llevar a cabo las acciones u omisiones son variadas como por lo poco práctico que se volvería desde el punto de vista legislativo realizarlo. La justificación para optar por establecer una norma en la parte general del código que se aplique a la tentativa de cada uno de los delitos de la parte especial, viene dada por razones de economía legislativa.¹⁰⁴

TÍTULO IV. CONFIGURACIÓN DE LA TENTATIVA: SUS REQUISITOS Y ELEMENTOS

La figura de la Tentativa implica una contraposición entre la acción desplegada y el resultado propuesto por el agente; de forma tal que se presenta el rompimiento de la cadena causal de los acontecimientos y por ello el sujeto pierde el dominio del hecho fracasando en su intento por alcanzar el resultado que es la consumación del delito. Enrique Cury Urzúa hace referencia a este aspecto al expresar: *“La acción tentada se*

¹⁰³ Padilla Castro, Guillermo (1967). “La Tentativa”. *Revista de Ciencias Jurídicas*. (Nº 10) p 63-82. San José, Costa Rica. p 69.

¹⁰⁴ Castillo González, Francisco (2003). *Tentativa y Desistimiento Voluntario*. 1ª Edición. San José, Costa Rica. Editorial Jurídica Continental. p 25.

*caracteriza por una divergencia entre el proceso causa real y la finalidad que lo orientaba. La manifestación de voluntad es inhábil para dirigir los acontecimientos hacia la meta propuesta, porque el sujeto no empleó los medios adecuados para actuar sobre las series causales y enderezarlas en el sentido deseado, o porque disponiendo de ellos no supo o no pudo operarlos, a causa de que se le opusieron fuerzas naturales que no fue capaz de contrarrestar. El esfuerzo por manejar la causalidad ha fracasado.*¹⁰⁵

a) ELEMENTOS DE LA TENTATIVA

La tentativa consta de dos elementos que se consideran necesarios para su configuración; por un lado el elemento objetivo y por el otro el elemento subjetivo. Dichos elementos no podrían ser considerados de forma independiente, porque se necesitan recíprocamente. El conocido jurista argentino Eugenio Raúl Zaffaroni muestra enfáticamente este aspecto al mencionar: *“La tentativa no puede justificar la punición solo en lo subjetivo, en el dolo, porque si no se toma en cuenta la tipicidad objetiva, no habrá dolo sino solo animus. Es como pretender construir un monumento ecuestre sin caballo (...) El injusto siempre es complejo, y el dolo es un dato más que se le agrega al aspecto objetivo.”*¹⁰⁶ En el mismo sentido canaliza sus reflexiones el estudioso José Carlos González Mateos, que en una cita expresa: *“No se puede castigar por unos actos realizados sin la correspondiente representación subjetiva, del mismo modo que las meras*

¹⁰⁵ Cury Urzúa, Enrique (1977). Tentativa y Delito Frustrado: (El Proceso Ejecutivo del Delito). 1ª Edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. p 22.

¹⁰⁶ Zaffaroni, Eugenio Raúl (2006). Manual de Derecho Penal: Parte General. 2ª Edición. Buenos Aires, Argentina. Editorial Ediar. p 643.

representaciones subjetivas del autor, ajenas a la realidad, no son tampoco punibles, por más que se exterioricen".¹⁰⁷

a. ELEMENTO SUBJETIVO

Dentro del tipo subjetivo se ubica la resolución de cometer el ilícito así como elementos adicionales que requiera el tipo delictivo concreto. El dolo se presenta de esta forma como un elemento indispensable de la tentativa – razón por la cual la misma es improcedente en los delitos culposos- pues si éste no se presenta, castigar el conato sería ilógico; y tiene como consecuencia ineludible el hecho de que si éste falta, las consecuencias posteriores no pueden ser atribuidas al agente en virtud del derecho penal de culpabilidad que se protege en los ordenamientos jurídicos modernos¹⁰⁸. Así lo manifiesta José Carlos González Mateos en la siguiente frase: *"(...)podríamos llegar a situaciones verdaderamente grotescas, pues al conceder relevancia a las fantasías nomológicas individuales habría que castigar a quien, creyéndose un ser superior pretende acabar con la vida de "B" con el solo poder de su mente, ampliando así de una forma desmesurada la punibilidad por tentativa.*"¹⁰⁹

Dentro de este aspecto subjetivo se pueden identificar dos tipos de elementos; uno cognitivo y otro volitivo. El elemento cognitivo de la tentativa implica que: *"(...) el autor*

¹⁰⁷ González Mateos, José Carlos (2001). "La Penalidad de la Tentativa". Revista del Poder Judicial. (Nº 61): p 165-215. Madrid, España. p 194.

¹⁰⁸ Cury Urzúa, Enrique (1977). Tentativa y Delito Frustrado: (El Proceso Ejecutivo del Delito). 1ª Edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. p 132.

¹⁰⁹ González Mateos, José Carlos (2001). "La Penalidad de la Tentativa". Revista del Poder Judicial. (Nº 61): p 165-215. Madrid, España. p 177.

de una tentativa debe representarse las circunstancias fácticas que son necesarias para la realización del tipo injusto total, incluyendo en el caso de que el tipo penal las requiera, las circunstancias fácticas que agravan el hecho (...) para tener el grado de conocimiento requerido por el dolo no se requiere un conocimiento reflexivo ni tampoco la existencia de un plan repensado por el autor. Para esta concretización del dolo basta que el agente se represente un delito concreto al cual se dirige su actividad, que tenga un plan concreto y que se represente las acciones necesarias para cumplirlo, sin que sea necesario que exista una concretización de ellas en todas sus particularidades.”¹¹⁰ Desde el punto de vista volitivo la doctrina mayoritaria considera que la tentativa requiere la misma forma de dolo que el delito consumado, otros consideran que el dolo no es el mismo, y otros niegan la posibilidad de configurar una tentativa con dolo eventual cuando el tipo penal requiera dolo directo para su realización¹¹¹. Mezger es uno de los doctrinarios que consideran que el dolo del conato y el delito consumado son equivalentes, y la razón esbozada para dar base a esa afirmación radica en que si alguien tuviera únicamente dolo de causar una tentativa cabría la impunidad¹¹².

Dentro de los autores que consideran que el dolo del delito consumado difiere del dolo de la tentativa se encuentra Zaffaroni, pues considera que cuando el curso de la acción se interrumpe el delito queda abortado o incompleto y ello conduce a que no pueda

¹¹⁰ Castillo González, Francisco (2003). Tentativa y Desistimiento Voluntario. 1ª Edición. San José, Costa Rica. Editorial Jurídica Continental. p.p. 47-48.

¹¹¹ *Ibidem*, p 48. En el mismo sentido véase: Fernández Moreno, R. y Madrigal Madrigal, J. (1995). El Desistimiento Voluntario de Consumar el Delito: Su Regulación en el Ordenamiento Jurídico Costarricense. Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica. p 130.

¹¹² Frías Caballero, Jorge (1956). El Proceso Ejecutivo del Delito: Ensayo de Dogmática Jurídica sobre el Artículo 42 del Código Penal. 2ª Edición. Buenos Aires, Argentina. Editorial Bibliográfica Argentina. p 187.

concebirse una igualdad entre el dolo de cada figura. Para explicar esta situación utiliza un ejemplo que deja más que clara la idea; a saber: *“No es verdad que la tentativa sea un tipo objetivamente incompleto y subjetivamente completo, porque en ella no se despliega totalmente la causalidad (por lo menos no se produce el resultado típico) y por eso tampoco se desarrolla el dolo que, montado sobre la causalidad, no llega a término, pues ésta se interrumpe; el dolo queda sin cabalgadura (...) la tentativa es un delito incompleto, pero no en el sentido de que le falte un aspecto objetivo únicamente; sino en el de que es un ser que aún no es un ser que llegó a ser completamente, es decir, que se trata de una tipicidad que es diferente tanto objetiva como subjetivamente (...) El dolo que ve el juez al juzgar la tentativa es distinto al del delito que se quería consumir. Se trata del dolo del delito consumado pero en potencia, lo cual da lugar a que sean tan distintos como lo es un niño respecto del adulto que será en el futuro, pese a que ambos son la misma persona.”*¹¹³

Siguiendo la misma línea antes esbozada el jurista chileno Enrique Cury Urzúa establece que no existe total equivalencia entre el dolo del conato y el dolo del delito consumado; y aunque es obvio que la ley no está para castigar al que quiere “intentar” violar o abusar, por ejemplo; lo cierto es que existe una equivalencia conceptual, mas no una identidad funcional entre ambos conceptos¹¹⁴.

¹¹³ Zaffaroni, Eugenio Raúl (2006). Manual de Derecho Penal: Parte General. 2ª Edición. Buenos Aires, Argentina. Editorial Ediar. p.p. 637-650.

¹¹⁴ Cury Urzúa, Enrique (1977). Tentativa y Delito Frustrado: (El Proceso Ejecutivo del Delito). 1ª Edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. p.p. 93-95.

Es importante hacer notar que el tema del dolo, a nivel de la práctica judicial plantea la dificultad de que su determinación es un tanto arbitraria y caprichosa, pues en casos similares los tribunales han optado por soluciones totalmente disímiles que provocan una pérdida de confianza en el sistema y con ello un efecto negativo a nivel social, lo que crea una evidente inseguridad jurídica- consecuencia totalmente nefasta para un sistema de Derecho-¹¹⁵.

Se plantea la interrogante de si es posible la aplicabilidad del dolo eventual en la tentativa; o bien la sola posibilidad de configuración de la misma en presencia de dolo directo. Al respecto autores de la talla de Frías Caballero afirman de modo contundente que en la tentativa solo es posible la existencia de dolo directo y para ello toma como base el que en la regulación normativa de la misma se habla del propósito de cometer un delito determinado¹¹⁶, y ello implica que al hablarse de determinación, se trata de realizar el delito “A” o “B”, pero no cualquier delito¹¹⁷.

El tema del dolo eventual es bastante cuestionado en la doctrina nacional e internacional y los mismos autores ponen de manifiesto los criterios que los diversos juristas vierten en cuanto al mismo. Francisco Sandoval Rodríguez pone de manifiesto diferentes criterios en la siguiente cita: *“Respecto a la especie del dolo que es necesario para constituir los elementos subjetivos del tipo, discrepan los autores, pues para Islas y*

¹¹⁵ Sancinetti, Marcelo A. (1987). “Tentativa y Dolo Eventual: Algo más sobre la Prueba del Dolo y el Mito del Resultado”. Doctrina Penal: Teoría y Práctica en las Ciencias Penales. Año 10 (Nº 40) p 781-796. Oct-Dic. Buenos Aires, Argentina. p.p. 782-783.

¹¹⁶ Frías Caballero, Jorge (1956). El Proceso Ejecutivo del Delito: Ensayo de Dogmática Jurídica sobre el Artículo 42 del Código Penal. 2ª Edición. Buenos Aires, Argentina. Editorial Bibliográfica Argentina. p 188.

¹¹⁷ En el mismo sentido véase: Hassel, Guillermo en www.monografias.com (Consulta: 21 de febrero, 2009).

Ramírez, el dolo (conocer y querer la parte objetiva, no valorativa del concreto tipo penal), de ninguna manera puede ser el eventual, que se excluye por la redacción de la misma de “hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización”, sin embargo, Bacigalupo en su análisis del asunto, opina que si para el tipo concreto basta el dolo eventual (conocer y aceptar la concreción (sic) de la parte objetiva del tipo penal), para la tentativa también será suficiente, coincidiendo con ello González de la Vega.”¹¹⁸

Siguiendo a Josep María Tamarit Sumalla puede hacerse una diferencia entre las tesis afirmativas (que aceptan el dolo eventual en la tentativa), las negativas (que rechazan la posibilidad de su aplicación) y las diferenciadoras (que como regla general admiten su aplicación salvo casos excepcionales). Este jurista ha dicho que dentro de la corriente afirmativa puede situarse la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español, que en ningún momento ha puesto en tela de duda la posibilidad de aplicar la tentativa en un supuesto de dolo eventual, tan es así que ni siquiera motivan sus fallos para explicar su procedencia, sino que se trata de un hecho indiscutido¹¹⁹. Las tesis negativas por su parte se basan principalmente en el rechazo que tuvo la figura del dolo eventual a finales del siglo XIX, así como porque se considera producto de la aplicación de la analogía “in malam partem” que se sabe prohibida en el derecho penal; es por ello que la Corte de Casación Italiana considera incompatible la tentativa con el dolo eventual y establece que

¹¹⁸ Sandoval Rodríguez, Francisco de Jesús (1983). “La Punibilidad en la Tentativa”. *Criminalia*. Año XLIX (Nº 1-12): p 214-223. Ene-Dic. México. p 219. En el mismo sentido véase: Mañalich Raffo, Juan Pablo (2004). “La Tentativa y el Desistimiento en el Derecho Penal. Algunas Consideraciones Conceptuales”. *Revista de Estudios de la Justicia*. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. (Nº 4) en: http://www.derecho.uchile.cl/cej/recej/recej4/archivos/tentativa%20y%20desistimiento%20_JPM_corregido%20_16_.pdf. (Consulta: 20 de marzo, 2009).

¹¹⁹ Cfr. Fernández Moreno, R. y Madrigal Madrigal, J. (1995). *El Desistimiento Voluntario de Consumar el Delito: Su Regulación en el Ordenamiento Jurídico Costarricense*. Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica. p 131.

el acto idóneo debe estar dirigido de forma unívoca al propósito perseguido por el agente, sea este la consumación del delito. Las corrientes diferenciadoras –sostenidas entre otros por Salm, Schmidhäuser y Kölz-Ott- afirman que para que una tentativa se tenga por configurada en razón del dolo eventual es necesario que el actuar del agente genere un resultado conmovedor del derecho; y que en la tentativa se presentan dos componentes, el desvalor de finalidad y el desvalor del peligro, que en caso de faltar se debe excluir la punibilidad de la conducta¹²⁰. Al respecto el mismo autor afirma literalmente: *“(...) la presencia de un desvalor de peligro en los tipos de imperfecta realización constituye una exigencia ineludible derivada del principio de proporcionalidad del sistema, el cual se materializa mediante una concepción dualista del injusto. Tal concepción impide que la punibilidad de un hecho pueda basarse exclusivamente en el desvalor de acción o en el desvalor de resultado, lo que no obsta para que uno de tales componentes pueda aparecer en algún caso debilitado (pero nunca eliminado), con la consiguiente disminución global del injusto que habrá de traducirse en una degradación de la penalidad.”*¹²¹

Dentro de las razones que se esgrimen para considerar impune el dolo eventual se encuentran las siguientes¹²²:

- La punibilidad de la tentativa con dolo eventual es innecesaria e indeseable; puesto que, implica una elevación desmedida del nivel de seguridad jurídica cuando en la realidad previamente no se determinan con exactitud cuáles son los riesgos

¹²⁰ Tamarit Sumalla, Josep María (1992). “La Tentativa con Dolo Eventual”. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Tomo XLV, Fascículo II: p 515-559. May- Ago. Madrid. p.p. 517-531.

¹²¹ *Ibidem*, p 536.

¹²² *Ibidem*, p.p. 548-551.

relevantes para el Derecho. Por lo que si se recurre a él de manera arbitraria implica una violación de las libertades fundamentales de los ciudadanos.

- Es claro que los delitos se presumen dolosos y que para existir un delito culposo, éste debe estar regulado de manera expresa en la legislación, sin embargo, el dolo eventual podría convertirse en un “As” bajo la manga para convertir en típicas conductas que en principio eran irrelevantes.
- La tentativa con dolo eventual no tiene razón de ser, pues los delitos de peligro (abstracto y concreto), han sido creados precisamente para satisfacer la protección de los nuevos riesgos que surgen en la sociedad, y constituyen un adelantamiento de la acción punitiva del Estado frente a conductas que sin llegar al resultado o consumación afectan bienes jurídicos de la comunidad; pero siempre limitados en cuanto al principio de legalidad criminal y el principio de lesividad, por lo que sus límites son más precisos que los que podrían derivarse de la punibilidad por dolo eventual.

Aunado a estas argumentaciones el autor Enrique Cury Urzúa niega la posibilidad de dolo eventual en la tentativa; pues afirma: *“Lo cierto es que si el dolo eventual implica una “posición de la voluntad” como la descrita, su estructura es incompatible con la de la tentativa. Lógicamente no se puede intentar algo que solo se acepta. La tentativa exige, por definición, una actitud positiva, esto es, la persecución del resultado típico como objetivo principal.”*¹²³

¹²³ Cury Urzúa, Enrique (1977). Tentativa y Delito Frustrado: (El Proceso Ejecutivo del Delito). 1ª Edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. p 97.

b. ELEMENTO OBJETIVO

En relación con el tipo objetivo, éste cuenta con dos implicaciones: por un lado, que el sujeto activo realice actos de tentativa, y por el otro que el resultado querido por el agente no llegue a consumarse. El elemento objetivo de la tentativa requiere de dos aspectos, de gran importancia; uno es la univocidad y el otro la idoneidad; pues al no existir éstos, la conducta no podría ser catalogada punible como conato – con las excepciones establecidas en el capítulo dedicado al iter criminis-. En nuestro medio resulta todavía más necesario tener en claro estos conceptos, pues se castigan los actos desplegados con inidoneidad relativa, y ello nos incursiona en otro de los problemas, cual es, cómo determinar cuándo existe la inidoneidad relativa y cuando la absoluta.

Es importante realizar algunas consideraciones sobre la univocidad –denominado por Carrara como la primera característica indispensable de los actos externos¹²⁴-, para procurar dar una idea sobre la misma que haga más clara su determinación en un caso concreto. Una de las preocupaciones más claras en derecho penal es poder determinar con certeza cuándo un acto es unívoco y cuándo no; pues todo depende de los ojos con que se mire. Precisamente lo que más alarma a los estudiosos es que al no determinarse conceptualmente sus alcances, abre el abanico de posibilidades y permite al juez determinar el matiz que le parece correcto, contraviniendo en no pocos casos la seguridad jurídica. El jurista nacional Guillermo Padilla Castro, años atrás ha tratado de hacer ver esta situación y tener en consideración los riesgos que genera; al efecto ha

¹²⁴ Cury Urzúa, Enrique (1977). Tentativa y Delito Frustrado: (El Proceso Ejecutivo del Delito). 1ª Edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. p 44.

manifestado: *“El problema de determinar cuando un acto va dirigido inequívocamente a la realización de un determinado fin, es uno de los más contradictorios y debatidos en el ámbito del Derecho Penal (...) en ningún Código la norma que trata de diferenciar los actos preparatorios de los ejecutivos es clara y precisa, y por lo mismo, parece que su determinación debe dejarse más bien al criterio amplio de los jueces; el punto es de suma importancia porque de su esclarecimiento depende que un hecho sea o no punible ya que el acto preparatorio no lo es sino excepcionalmente (...) en ello estriba precisamente la dificultad en esta relación estrecha entre la exteriorización del acto y la intención de cometerlo. Hay infinidad de actos que aparentemente pueden estar relacionados con el fin delictivo y sin embargo no tienen ese propósito (...) Ella debe ser suficientemente clara y revelar en forma indubitable la voluntad del delincuente dirigida hacia la comisión del acto punible. Solo así se evitan posibles errores.”*¹²⁵ De este modo debe existir una relación clara entre el acto y el hecho delictivo futuro que revele la voluntad directa de cometer el delito. De forma tal que para ser unívoco el acto debe tender en exclusiva a la realización del delito, y por ello no pueden ser considerados como tales los actos que conduzcan tanto a un delito como a una acción totalmente inocente.

Es importante destacar que este criterio fue el “Talón de Aquiles” sobre el cual Carrara formuló toda su teoría para diferenciar actos preparatorios y actos de ejecución; sin embargo, no se ha encontrado exento de críticas y una de ellas es la siguiente: *“No hay actos criminales susceptibles de ser reconocidos por su capacidad intrínseca de conducir*

¹²⁵ Padilla Castro, Guillermo (1967). “La Tentativa”. Revista de Ciencias Jurídicas. (Nº 10) p 63-82. San José, Costa Rica. p.p. 70-71.

al delito por medio de una simple secuencia de la actividad iniciada.”¹²⁶ Y como agravante de lo anterior, comúnmente ciertos actos preparatorios se acercan en demasía a la ejecución y su determinación se hace sumamente difícil. Muñoz Conde ha hecho alusión al problema mencionado y lo hace de la siguiente forma: “(...) expresiones como “directamente por hechos exteriores” evidencia que el plan del autor es decisivo en la medida en que se manifieste al exterior y sus actos estén conexión directa con la ejecución del delito. Por eso, es difícil resolver a priori un problema que depende de la configuración de cada tipo delictivo y de las circunstancias que acompañan a su realización. Esta indeterminación de la fase ejecutiva del delito permite una cierta arbitrariedad en la praxis jurisprudencial, que en los delitos graves (...) tiende a ampliar los actos ejecutivos a costa de los actos preparatorios, para evitar la impunidad de hechos merecedores de pena (...)”¹²⁷

La idoneidad es para Carrara la segunda característica necesaria del acto para que se pueda configurar una tentativa. Consecuentemente en caso de que el sujeto activo haya experimentado una inidoneidad desde el momento en que dio inicio a la ejecución de la acción; su conducta no puede serle imputada como tentativa¹²⁸.

La doctrina en general subraya que en la tentativa el elemento subjetivo se encuentra completo – pues el agente tenía la intención de cometer el delito y alcanzar el

¹²⁶ Frías Caballero, Jorge (1956). El Proceso Ejecutivo del Delito: Ensayo de Dogmática Jurídica sobre el Artículo 42 del Código Penal. 2ª Edición. Buenos Aires, Argentina. Editorial Bibliográfica Argentina. p 103.

¹²⁷ Muñoz Conde, Francisco (1991). Teoría General del Delito. 2ª Edición. Valencia, España. Editorial Tirant lo Blanch. p 167.

¹²⁸ Ezaine Chaves, Amado (1986). Iter criminis: Actos preparatorios, Tentativa, Frustración, Consumación. San José, Costa Rica. p 37.

resultado- sin embargo, el elemento objetivo se muestra incompleto, pues el propósito querido por el sujeto activo no fue alcanzado por causas ajenas a su voluntad. Es por esa razón que se afirma: *“(...)la tentativa supone un tipo objetivo imperfecto en el cual se comienza la ejecución de un delito determinado que no se consuma por circunstancias ajenas a la voluntad del autor y un tipo subjetivo perfecto en el cual el agente conoce y quiere la consumación del delito. La congruencia entre ambos aparece guardada, porque quien quiere lo más quiere lo menos. Quien tiene conciencia y voluntad de consumación la tiene de conato de ese delito.”*¹²⁹

Otros autores, como el caso de Francisco Pavón Vasconcelos hace una diferencia al respecto entre la tentativa propiamente dicha y el delito frustrado al afirmar que en la primera tanto el elemento objetivo como subjetivo se encuentran incompletos; mientras que en el delito frustrado el elemento subjetivo se encuentra completo, pero que no sucede lo mismo con el aspecto objetivo, pues el resultado no se logra por causas independientes a la voluntad del agente.¹³⁰ Esta observación no deja de tener sentido, pues en la tentativa en sentido estricto el agente no ha realizado todos los actos de ejecución necesarios para que el resultado se produzca, por lo que se podría considerar que el dolo no se ha desarrollado a plenitud; mientras que en el caso del delito frustrado ello si ha sucedido y por ello solo falta el advenimiento de la consumación para que se perfeccione el delito, en cuyo caso el dolo del conato va a coincidir con el del delito

¹²⁹ Ledesma, Guillermo A.C. (1982). “¿Abuso deshonesto o Tentativa de Violación?”. *Doctrina Penal: Teoría y Práctica en las Ciencias Penales*. Año 5 (Nº 19) p 541-553. Jul- Set. Buenos Aires, Argentina. p 544. En el mismo sentido véase: Quesada Mora, Juan Gerardo (1991). “El Delito Imposible o Tentativa Inidónea”. *Revista Iustitia*. Año 5 (Nº 55) p 18-20. Jul. San José, Costa Rica. p 18.

¹³⁰ Pavón Vasconcelos, Francisco (1982). *Breve Ensayo sobre la Tentativa*. 3ª Edición. México. Editorial Porrúa, S.A. p 23.

consumado. En razón de lo anterior Struensee ha tratado de conciliar ambas tesis al recalcar que la única diferencia entre la tentativa y el delito frustrado es el menor disvalor del injusto de la primera y por ello solamente constituyen fases diversas del desarrollo de la realización del delito¹³¹.

b) REQUISITOS DE LA TENTATIVA

La doctrina los denomina de manera indistinta como: “requisitos” o “elementos”; lo importante es que se refiere a los presupuestos necesarios para que pueda tenerse por configurada la tentativa. En la resolución número diecisiete de la Sala Tercera de la Corte, datada de las nueve horas cincuenta y cinco minutos del veinte de enero de mil novecientos ochenta y cuatro se estableció la base de los mismos en el siguiente sentido: *“Para que exista tentativa debe darse: primero, un propósito delictivo exteriorizado en actividad material, segundo, una actividad material apta para la realización del tipo proyectado por el sujeto activo; tercero, una actividad material que sea fragmentable; cuarto, la interposición de un obstáculo o impedimento ajeno a la voluntad del agente y quinto, la no consumación del tipo a que tendía el propósito del agente.”*¹³²

¹³¹ Mañalich Raffo, Juan Pablo (2004). “La Tentativa y el Desistimiento en el Derecho Penal. Algunas Consideraciones Conceptuales”. Revista de Estudios de la Justicia. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. (Nº 4) en: http://www.derecho.uchile.cl/cej/recej/recej4/archivos/tentativa%20y%20desistimiento%20_JPM_corregido%20_16_.pdf. (Consulta: 20 de marzo, 2009).

¹³² Fernández Moreno, R. y Madrigal Madrigal, J. (1995). El Desistimiento Voluntario de Consumar el Delito: Su Regulación en el Ordenamiento Jurídico Costarricense. Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica. p 130. En el mismo sentido: Padilla Castro, Guillermo (1967). “La Tentativa”. Revista de Ciencias Jurídicas. (Nº 10) p 63-82. San José, Costa Rica. p 72.

Se exige como parte de la tentativa un principio de ejecución, y por ello es de suma relevancia dar una breve explicación al respecto¹³³. Es lógico que en caso de que el sujeto tome la resolución de cometer un delito e inclusive lleve a cabo actos preparatorios del mismo, su acción será impune¹³⁴ –salvo las excepciones desarrolladas en el capítulo precedente- pues debe poner en marcha la ejecución del delito, y ello tiene su fundamento en el conocido principio: “Nullum Crimen, Nulla Poena sine Lege” esto por cuanto el mismo: *“(...) exige que el límite mínimo del concepto de tentativa delictual, se finque en el principio de ejecución de cualquiera de los delitos a que en cada caso se conecte.”*¹³⁵

Incluso en las numerosas definiciones que se han elaborado sobre la tentativa salta a la luz este aspecto; lo que revela la importancia que ostenta al momento de configuración del tipo. Ejemplo de ello es la definición propuesta por Francisco de Jesús Sandoval Rodríguez que conceptúa la tentativa como: *“(...) la realización de una resolución de cometer un hecho típico, mediante actos que no llegan a la consumación por causas ajenas a la voluntad del agente, pero constituyen al menos un principio de ejecución del plan delictivo propuesto por el autor.”*¹³⁶ (El resaltado es suplido)

¹³³ Solís Muñoz, Alejandro (1967). Jurisprudencia sobre el Desistimiento en la Tentativa. Memoria de Prueba para optar por el grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. p 38.

¹³⁴ Muñoz Rubio, Campo Elias (1974-1975). “Las Formas de Aparición del Delito”. Cuadernos Panameños de Criminología. Vol. 1. (Nº 3 y 4): p 13-47. Nov. Panamá. p 29.

¹³⁵ Ezaine Chaves, Amado (1986). Iter criminis: Actos preparatorios, Tentativa, Frustración, Consumación” San José, Costa Rica. p 17.

¹³⁶ Sandoval Rodríguez, Francisco de Jesús (1983). “La Punibilidad en la Tentativa”. Criminalia. Año XLIX (Nº 1-12): p 214-223. Ene-Dic. México. p 218.

Al exigirse que los actos que constituyen el principio de ejecución sean directos provoca en consecuencia la exclusión de la tentativa en los delitos de omisión, y al requerir la idoneidad de la acción para alcanzar el propósito fijado por el agente dejaría de lado la llamada: tentativa inidónea o delito imposible¹³⁷.

Es claro que el “Comienzo de Ejecución” no puede definirse en abstracto, pues no puede señalarse una regla generalizada aplicable para todos los delitos; es por ello que conceptualizar lo que ello implica debe extraerse de lo regulado en cada uno de los tipos de la parte especial del código penal sustantivo y por consiguiente establecer sus alcances depende de los mismos: *“La actividad que comporta toda tentativa hallase en consecuencia conceptualmente comprendida en el tipo del delito consumado (...) El proceso externo de la tentativa no se halla por tanto fuera, sino dentro del tipo concreto de la parte especial de que se trate en cada caso. Su solución no se ha de buscar al margen sino a partir del tipo especial. Es absurdo, pues recurrir a puntos de vista materiales sin comprender que el único punto de partida, lógicamente correcto es el objetivo formal, es decir el tipo delictivo concreto.”*¹³⁸

Pavón Vasconcelos al referirse al principio de ejecución de un delito ha destacado: *“(...) es el punto de partida de la noción del delito tentado, en su apreciación objetiva, pues únicamente de la previa objetividad del hecho puede intentarse su valoración*

¹³⁷ Solís Muñoz, Alejandro (1967). Jurisprudencia sobre el Desistimiento en la Tentativa. Memoria de Prueba para optar por el grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. p 39.

¹³⁸ Frias Caballero, Jorge (1956). El Proceso Ejecutivo del Delito: Ensayo de Dogmática Jurídica sobre el Artículo 42 del Código Penal. 2ª Edición. Buenos Aires, Argentina. Editorial Bibliográfica Argentina. p.p. 174-175.

*subjetiva para constatar la culpabilidad del autor; la pura intención no expresada en un acto de ejecución jamás podrá integrar una tentativa punible.*¹³⁹

Asimismo se requiere la falta de uno o varios hechos para el complemento de la acción¹⁴⁰. Ahora procederé a brindar un análisis de cada uno de los requisitos a efectos de determinar los alcances e implicaciones de los mismos:

a. Un propósito delictivo exteriorizado en actividad material

Este requisito deviene en necesario por los aspectos esbozados en el capítulo precedente, pues con las excepciones establecidas para las diversas fases del iter criminis; en principio, el pensamiento no es punible, por cuanto, para poder tener por configurada una tentativa no solamente se requiere el dolo o intención de realizar el ilícito; sino también que el mismo se concrete en la realidad material a partir de actos que se propongan realizarlo. Esta es la razón por la cual se excluye la tentativa en los delitos culposos y los preterintencionales; pues ese propósito no se presenta. Campo Elías Muñoz alega la posibilidad de la tentativa únicamente en los delitos dolosos de comisión¹⁴¹. Este requisito es denominado por ciertos autores como: elemento subjetivo¹⁴².

¹³⁹ Pavón Vasconcelos, Francisco (1982). Breve Ensayo sobre la Tentativa. 3ª Edición. México. Editorial Porrúa, S.A. p 147.

¹⁴⁰ Solís Muñoz, Alejandro (1967). Jurisprudencia sobre el Desistimiento en la Tentativa. Memoria de Prueba para optar por el grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. p 38.

¹⁴¹ Muñoz Rubio, Campo Elías (1974-1975). "Las Formas de Aparición del Delito". Cuadernos Panameños de Criminología. Vol. 1. (Nº 3 y 4): p 13-47. Nov. Panamá. p 28.

¹⁴² Salas Beteta, Christian (2007). "El Iter Criminis y los Sujetos Activos del Delito". Revista Internauta de Práctica Jurídica. (Nº 19). Ene-Jun. Lima, Perú. En: http://www.ripj.com/art_jcos/art_jcos/num19/RIPJ_19/EX/19-11.pdf (Consulta: 22 de febrero, 2009).

Ciertos doctrinarios destacan la necesidad de que el propósito se establezca a lo largo de toda la acción; por ejemplo, se señala como exigencia: *“Que el sujeto tenga la sostenida voluntad de ejecutar el hecho punible”*¹⁴³

Es lógica la exigencia de la exteriorización de la actividad, pues sin ella sería un sinsentido otorgar relevancia jurídica a un hecho y con base en ello declarar un comportamiento punible. En ello juega un papel importantísimo el llamado “principio de materialidad de la acción” desarrollado por autores como Ferrajoli; el mismo plantea que: *“(…) los delitos no pueden consistir en actitudes o estados de ánimo interiores, y ni siquiera genéricamente de hechos, sino que deben concretarse en acciones humanas – materiales, físicas o externas, es decir, empíricamente observables- descriptibles exactamente en cuanto tales por la ley penal.”*¹⁴⁴

b. Una actividad material apta para la realización del tipo proyectado por el agente

La forma en que se exteriorice el propósito de cometer el delito, no puede ser cualquiera, sino que debe ser idónea para lograr la consecución del fin propuesto por el sujeto activo. En otras palabras dicha actividad deben poner en peligro el bien jurídico protegido, pues de lo contrario punir conductas que no son aptas para cometer el delito sería un contrasentido, atenta contra el principio de lesividad y amplía de forma desmedida el horizonte de acción de las facultades de punición del Estado. Debe tratarse

¹⁴³ Novoa Moreal, Eduardo (1984). “Reflexiones sobre el Concepto y los Límites de la Tentativa”. Derecho Penal y Criminología. Vol. VII. (Nº 23): p 119-128. May-Ago. Colombia. p 120.

¹⁴⁴ Otero, Juan Manuel (2002). “Los Límites de la Acción Penal del Estado: Tentativas Inidóneas”. Revista de la Escuela Judicial. (Nº 2): p 37-58. Nov. San José, Costa Rica. p 40.

de actos apropiados para alcanzar el resultado, aunque posteriormente el mismo no se produzca. Esta exigencia también es concebida como: “elemento objetivo”¹⁴⁵. Por ello se dice que la tentativa o conato exige: “(...) *la realización de actos eficaces e idóneos, adecuados y conducentes al fin propuesto por el agente.*”¹⁴⁶

En este momento es importante destacar que desde el punto de vista objetivo la acción realizada debe ser capaz de alcanzar el resultado y por ello, carecen de relevancia jurídica situaciones como conjuros, o querer asesinar a un fantasma; pues en esos casos se rompen las leyes de causalidad válidas o se dirige a un objeto no idóneo para realizar la acción; independientemente del grado de ejecución que haya alcanzado el agente¹⁴⁷.

c. Una actividad material que sea fragmentable

Este requisito implica la necesidad de que la actividad pueda dividirse; dado que si en un caso la acción del agente es indivisible, al realizarla ya se considera el delito consumado y por ello el conato no puede configurarse por la propia naturaleza del delito¹⁴⁸. La doctrina ha desarrollado una clasificación de este tipo de ilícitos, a saber: delitos unisubsistentes y plurisubsistentes, siendo los primeros aquellos en que la acción

¹⁴⁵ Salas Beteta, Christian (2007). “El Iter Criminis y los Sujetos Activos del Delito”. Revista Internauta de Práctica Jurídica. (Nº 19). Ene-Jun. Lima, Perú. En:

http://www.ripj.com/art_jcos/art_jcos/num19/RIPJ_19/EX/19-11.pdf (Consulta: 22 de febrero, 2009).

¹⁴⁶ Ezaine Chaves, Amado (1986). Iter criminis: Actos preparatorios, Tentativa, Frustración, Consumación San José, Costa Rica. p 61.

¹⁴⁷ González Mateos, José Carlos (2001). “La Penalidad de la Tentativa”. Revista del Poder Judicial. (Nº 61): p 165-215. Madrid, España. p.p. 179-180.

¹⁴⁸ Novoa Moreal, Eduardo (1984). “Reflexiones sobre el Concepto y los Límites de la Tentativa”. Derecho Penal y Criminología. Vol. VII. (Nº 23): p 119-128. May-Ago. Colombia. p 121.

se concibe indivisible y los segundos aquellos en los cuales la acción permite fraccionamiento y por ello podría quedar inacabada. Campo Elias Muñoz Rubio hace referencia a este aspecto al indicar: *“Tentativa es comienzo de ejecución sin llegar a la consumación. El cumplimiento fragmentario de la conducta típica –de los actos de ejecución- es presupuesto fundamental de los actos de tentativa, y la razón misma de su accesoriedad.”*¹⁴⁹

d. La interposición de un obstáculo o impedimento ajeno a la voluntad del agente

Esta exigencia es sumamente indispensable para establecer claramente la diferencia entre la tentativa y el desistimiento; y es lo referido al aspecto de la voluntariedad. Cuando el agente inicia la ejecución de un delito y no logra su cometido por una circunstancia independiente de su voluntad se está en presencia de una tentativa (acabada o inacabada); mientras que, en caso de que se inicien los actos ejecutivos y el agente tome la decisión de forma voluntaria de no cometer el delito, se está ante la figura del desistimiento –en su modalidad de desistimiento voluntario o arrepentimiento activo-. En el próximo capítulo se delimitará de forma más extensa las implicaciones y alcances de la voluntariedad del desistimiento.

Siguiendo el mismo razonamiento Amado Ezaine muestra las consecuencias de la no presencia de este requisito; a saber: *“Si no mediara obstáculo o impedimento alguno y no*

¹⁴⁹ Muñoz Rubio, Campo Elias (1974-1975). “Las Formas de Aparición del Delito”. Cuadernos Panameños de Criminología. Vol. 1. (Nº 3 y 4): p 13-47. Nov. Panamá. p 29.

se llegara a la consumación, ello quiere decir que el agente desarrollo una actividad inadecuada para el fin propuesto, o que no mantuvo su resolución inicial, hipótesis que como afirma el maestro sanmarquino, constituyen una tentativa inidónea (delito imposible), o una tentativa desistida, respectivamente.”¹⁵⁰

Me parece sumamente importante hacer referencia a una cita bibliográfica que muestra con claridad, cómo debe entenderse el obstáculo para configurar una tentativa. Esto por cuanto de no presentarse el obstáculo y faltando el resultado se daría cabida a una imposibilidad en la realización del delito, que debe ser valorada con puntos de vista diversos. La frase reza de la siguiente manera: *“Si la voluntad del autor no desmaya y si los actos por medio de los cuales él procura dar cabo a su propósito son apropiados para llegar a la plena consumación, ésta habría de tener lugar necesariamente, a menos que intervenga alguna fuerza ajena que desvíe el curso causal elegido por aquel autor o que se convierta en un obstáculo o impedimento que detenga ese curso o que anule la energía que lo impulsa. Por consiguiente, para la existencia de una tentativa será siempre necesario que el fracaso del plan criminal se deba a la interposición de una contrafuerza imprevista, nugatoria de los actos empleados por el autor. De ahí deriva que si el plan del autor se derrumba por si mismo, sin que intervenga tal contrafuerza, significará que los actos que eligió carecen objetivamente de aptitud para la plena realización propuesta, o que su voluntad no se sostuvo indefectiblemente. Y será en esta virtud que no estaremos en presencia de una tentativa. Esto es igual que afirmar que cuando el autor no abandona su propósito y no interviene una interrupción del curso causal generada por un obstáculo*

¹⁵⁰ Ezaine Chaves, Amado (1986). Iter criminis: Actos preparatorios, Tentativa, Frustración, Consumación San José, Costa Rica. p 63.

o impedimento extraños, sino que el curso causal llega a su término sin que se consume el delito, nos hallaremos en un caso de delito imposible.”¹⁵¹

e. La no consumación del tipo a que tendía el propósito del agente

Finalmente, otro de los requisitos indispensables de la figura del conato, es la ausencia de la consumación – también denominado: elemento negativo¹⁵²-; en este acápite es necesario tomar en consideración que la figura de la tentativa se presenta en la fase externa del iter criminis; propiamente en los actos ejecutivos del delito y solo dentro de la misma tiene sentido. De forma tal que el conato debe ubicarse entre los actos preparatorios y la consumación del ilícito. Ello refleja que a nivel de punibilidad lo indispensable no es el disvalor del resultado; sino el disvalor de la acción; de forma tal que aún y cuando en virtud de la conducta desplegada no se alcance el resultado, la acción es relevante jurídicamente y requiere ser reprimida por el sistema punitivo. El autor Frías Caballero resalta esta situación, y lo hace con la siguiente expresión: *“El legislador no ha podido exigir en delito un resultado sino una conducta seguida de un resultado. Lo que ciertamente ocurre es que aquella conducta sin el resultado, no sería punible a título de delito consumado, si no existiese la “causa de extensión de pena” del art. 43, que la hace punible a título de tentativa.”¹⁵³*

¹⁵¹ Novoa Moreal, Eduardo (1984). “Reflexiones sobre el Concepto y los Límites de la Tentativa”. Derecho Penal y Criminología. Vol. VII. (Nº 23): p 119-128. May-Ago. Colombia. p 123.

¹⁵² Salas Beteta, Christian (2007). “El Iter Criminis y los Sujetos Activos del Delito”. Revista Internauta de Práctica Jurídica. (Nº 19). Ene-Jun. Lima, Perú. En: http://www.ripj.com/art_jcos/art_jcos/num19/RIPJ_19/EX/19-11.pdf (Consulta: 22 de febrero, 2009).

¹⁵³ Frías Caballero, Jorge (1956). El Proceso Ejecutivo del Delito: Ensayo de Dogmática Jurídica sobre el Artículo 42 del Código Penal. 2ª Edición. Buenos Aires, Argentina. Editorial Bibliográfica Argentina. p 175.

Se debe tener en consideración la hipótesis de lo que podría suceder en caso de que el agente haya desplegado una actividad con la finalidad de conseguir el resultado propuesto, y que no obstante durante la ejecución de la misma pierda el control sobre ella. Lo que se presenta es una pérdida de la causalidad sobre la acción, donde se debe concluir que el resultado alcanzado no debería imputársele al agente y con ello su actuación debe considerarse en grado de tentativa. Así se ha afirmado a nivel de la doctrina nacional: *“Sin control, el resultado posterior, aún siendo el deseado y planeado originalmente, no podrá ser imputado en forma normativa al sujeto.”*¹⁵⁴

TÍTULO V. TEORÍAS DESARROLLADAS PARA DELIMITAR LA DIFERENCIA ENTRE ACTOS PREPARATORIOS Y ACTOS DE EJECUCIÓN

Un aspecto de gran relevancia lo constituye la posibilidad de delimitar entre la preparación y la ejecución del delito propiamente dicha; pues en principio y con las salvedades establecidas en el primer capítulo de la presente investigación, los actos de ejecución son los que van a revestir importancia desde el punto de vista jurídico penal. De la siguiente cita se desprende lo dicho: *“La calificación de un comportamiento como objetivamente imputable equivale a afirmar el inicio de la ejecución del delito, esto es, el tránsito de la preparación a la tentativa jurídico penal. La diferencia entre uno y otro estadio es cualitativa, pues mientras la fase de preparación designa un ámbito de libertad jurídicamente garantizada (no punible), con la fase de la tentativa se ingresa en el ámbito*

¹⁵⁴ Otero, Juan Manuel (2002). “Los Límites de la Acción Penal del Estado: Tentativas Inidóneas”. Revista de la Escuela Judicial. (Nº 2): p 37-58. Nov. San José, Costa Rica. p 42.

*de lo punible. A partir de este momento ya puede afirmarse el completo quebrantamiento de la vigencia de la norma por parte del autor, esto es, la configuración del injusto típico.*¹⁵⁵

A lo largo de la evolución doctrinaria sobre el tema se han elaborado diversas teorías para esclarecer esta situación, algunas de ellas con argumentos de peso, no obstante, todas han sido objeto de críticas y objeciones fundadas, por lo que, aún y cuando en la actualidad la posición mayoritaria opte por aplicar una de ellas, no podría afirmar que el tema se encuentra resuelto. Entre dichas teorías las hay objetivas; para las cuales: *“(...) el acto contemplado en sí mismo y como acontecimiento causal debe dar cuenta de que pertenece al proceso de ejecución descrito por el tipo*¹⁵⁶ prescindiendo totalmente del propósito del agente y del plan del mismo para la comisión del ilícito. Dentro de este tipo de teorías se puede ubicar la teoría formal objetiva defendida por Beling – que más adelante se analizará-. Del mismo modo existen teorías subjetivas, que ponen su énfasis en elementos psíquicos del acto¹⁵⁷. También se pueden encontrar teorías mixtas, que abogan no solamente por el aspecto formal de que la conducta del agente calce en el tipo penal, sino que exigen complementos materiales para determinarlo¹⁵⁸. En este tema se presentan posiciones escépticas que no hacen sino reflejar que el tema es controvertido y por ello encontrar una solución unívoca se ha vuelto difícil de alcanzar.

¹⁵⁵ Reaño Peschiera, José Leandro (2005). “Sobre los Fundamentos de la Exención de Pena por “Desistimiento Voluntario” de la Tentativa”. Los Desafíos del Derecho Penal en el Siglo XXI: Libro Homenaje al Profesor Dr. Günther Jakobs. p. 341-381. Lima, Perú. ARA Editores. p 367.

¹⁵⁶ Cury Urzúa, Enrique (1977). Tentativa y Delito Frustrado: (El Proceso Ejecutivo del Delito). 1ª Edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. p 31.

¹⁵⁷ Ibidem, p 56.

¹⁵⁸ Ibidem, p 38.

Dentro de los criterios esbozados se puede mencionar a Champcomunal quien establece una diferencia desde el punto de vista cronológico, y por ello la determinación entre actos preparatorios y actos de ejecución va a depender de la lejanía o cercanía existente entre la acción llevada a cabo por el sujeto y el fin perseguido por la misma, siendo los actos preparatorios actos remotos; mientras que los actos de ejecución se presentan como actos próximos a la consumación. Entre algunas de las objeciones elaboradas a esta corriente doctrinal puede mencionarse que determinarlo es difícil en vista de que ciertos actos preparatorios se encuentran muy cercanos temporalmente a la consumación del delito.¹⁵⁹

Kostling pone énfasis en el carácter equívoco o inequívoco de los actos, siendo por ello actos de ejecución o de tentativa si revelan la intención del sujeto de obtener el resultado propuesto, cual es la consumación del delito. Se le critica a esta posición que siempre debe valorarse el aspecto subjetivo del autor del hecho, pues el acto no reviste la capacidad de expresar “per se” una intención¹⁶⁰.

La teoría formal objetiva -también conocida como la teoría del comienzo típico de la ejecución- propuesta por Beling; postula que la tentativa se configura cuando se da inicio a la acción típica y ésta no se produce por causas ajenas a la voluntad del agente o habiendo realizado todo lo necesario para su consecución causas independientes del agente imposibilitan el resultado querido. Para Beling la diferencia entre los actos preparatorios y los actos de ejecución viene dada por el mismo tipo penal pues: “(...)

¹⁵⁹ Pavón Vasconcelos, Francisco (1982). Breve Ensayo sobre la Tentativa. 3ª Edición. México. Editorial Porrúa, S.A. p.p. 48-49.

¹⁶⁰ Ibidem, p 49.

dentro del tipo legal hay un “núcleo” (constituido por el conjunto de actos típicos que realizan el verbo activo principal) y también existe una “zona periférica” más o menos extensa (fuera del núcleo). Para el autor de esta doctrina, todos los actos que están dentro del núcleo son actos de ejecución, y los que están en la zona periférica y fuera del núcleo son actos preparatorios. En consecuencia hay tentativa cuando se penetra en el núcleo del tipo”¹⁶¹. Ello es así pues si se respeta el principio de legalidad y de tipicidad las conductas solamente deberían ser sancionadas si se adecuan al tipo penal¹⁶².

Lo anterior evidencia que esta postura busca la solución a la interrogante de cómo diferenciar actos preparatorios de actos de ejecución en la legislación imperante de forma tal que podría considerarse como una de sus ventajas el fiel respeto al “principio de legalidad”¹⁶³, pues si la conducta no se encuentra subsumida en un tipo penal no se puede concebir la existencia de una acción típica, antijurídica, culpable y punible¹⁶⁴. Valga aclarar que los tipos penales no son solamente aquellos que se describen en la parte especial de los códigos penales o en leyes especiales –que serían los llamados tipos penales

¹⁶¹ Ezaine Chaves, Amado (1986). *Iter criminis: Actos preparatorios, Tentativa, Frustración, Consumación*. San José, Costa Rica. p 53. En el mismo sentido: Frías Caballero, Jorge (1956). *El Proceso Ejecutivo del Delito: Ensayo de Dogmática Jurídica sobre el Artículo 42 del Código Penal*. 2ª Edición. Buenos Aires, Argentina. Editorial Bibliográfica Argentina. p 140. Véase además: Muñoz Rubio, Campo Elias (1974-1975). “Las Formas de Aparición del Delito”. *Cuadernos Panameños de Criminología*. Vol. 1. (Nº 3 y 4): p 13-47. Nov. Panamá. p 26. Consúltese también: Sandoval Rodríguez, Francisco de Jesús (1983). “La Punibilidad en la Tentativa”. *Criminalia*. Año XLIX (Nº 1-12): p 214-223. Ene-Dic. México. p 217.

¹⁶² Cury Urzúa, Enrique (1977). *Tentativa y Delito Frustrado: (El Proceso Ejecutivo del Delito)*. 1ª Edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. p 34.

¹⁶³ Cota Molina, Enrique (2006). “Iter Criminis”. *Estudios Penales y Política Criminal*. 1ª Edición. p. 673-699. México D.F. Editorial Angel Editor. p 691.

¹⁶⁴ Ezaine Chaves, Amado (1986). *Iter criminis: Actos preparatorios, Tentativa, Frustración, Consumación*. San José, Costa Rica. p 48.

independientes-, sino que también vienen representados por ciertas formas de aparición del delito como lo es el conato o tentativa¹⁶⁵.

Sin embargo, dicha teoría ha sido cuestionada, pues vuelve la discusión sobre cómo determinar el comienzo de ejecución de la acción típica, pues qué puede entenderse por: “penetrar el núcleo del tipo”¹⁶⁶ por lo que los límites que postula se vuelven muy imprecisos.¹⁶⁷ Del mismo modo se ha objetado que al enfocarse en el principio de ejecución del núcleo del tipo, limita de forma excesiva la protección de bienes jurídicos que se afecten antes de ese comienzo¹⁶⁸. Se ha mencionado además que en ocasiones el núcleo puede expresar una acción inocente o representar dos tipos de delito distintos¹⁶⁹. En el tema bajo estudio – delito de violación y abuso sexual- es complicado determinar con toda certeza cuándo empieza la acción típica y por ello, tomar como punto de partida este criterio, atentaría contra su naturaleza.

Como réplica a todas las objeciones mencionadas supra, Beling optó por desarrollar la “Teoría de los Complementos de la Acción” para subsanar ciertas imprecisiones, en la cual hace referencia al plan de autor en el caso concreto¹⁷⁰. Y para ello plantea tres hipótesis; la primera es que la acción se complemente por una fuerza

¹⁶⁵ Ezaine Chaves, Amado (1986). Iter criminis: Actos preparatorios, Tentativa, Frustración, Consumación. San José, Costa Rica. p 51.

¹⁶⁶ Zaffaroni, Eugenio Raúl (2006). Manual de Derecho Penal: Parte General. 2ª Edición. Buenos Aires, Argentina. Editorial Ediar. p 647.

¹⁶⁷ Castillo González, Francisco (2003). Tentativa y Desistimiento Voluntario. 1ª Edición. San José, Costa Rica. Editorial Jurídica Continental. p 29.

¹⁶⁸ Cota Molina, Enrique (2006). “Iter Criminis”. Estudios Penales y Política Criminal. 1ª Edición. p. 673-699. México D.F. Editorial Angel Editor. p 691.

¹⁶⁹ Pavón Vasconcelos, Francisco (1982). Breve Ensayo sobre la Tentativa. 3ª Edición. México. Editorial Porrúa, S.A. p 58.

¹⁷⁰ Cury Urzúa, Enrique (1977). Tentativa y Delito Frustrado: (El Proceso Ejecutivo del Delito). 1ª Edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. p 35.

natural, por ejemplo: si activo una bomba, ésta va a estallar cuando acabe el tiempo, de forma tal que esa acción entra dentro de la esfera de ejecución del delito; la segunda es que la acción se complemente por la acción de un tercero inocente que no tenga conocimiento del carácter delictivo del acto, de forma tal que si envío a un niño a entregarle una caja de chocolates envenenados a “x”, ello constituirá un acto de ejecución; y en tercer lugar la acción se puede ver complementada por la acción del propio autor o de un tercero culpable¹⁷¹. Sin embargo, se ha objetado por autores como Frías Caballero que: *“El problema consiste en resolver cuándo estos complementos de la acción dejan de ser preparatorios para penetrar en el ámbito del proceso ejecutivo”*¹⁷².

Del mismo modo, existe una divergencia en este punto entre lo defendido por Beling y lo postulado por Edmundo Mezger; pues si se sigue la tesis del primero, en el supuesto de que “a” le encargue al cocinero depositar el veneno y éste desiste de su acción no podría considerarse la actuación de “a” como un comienzo de ejecución por faltar el complemento de la acción; en cambio si se sigue la segunda postura la intervención de “a” sobre el cocinero, ya implica un principio de ejecución; aunque éste decida voluntariamente no continuar con el delito; de forma tal que la actuación de “a” quedaría en grado de tentativa¹⁷³.

¹⁷¹ Ezaine Chaves, Amado (1986). *Iter criminis: Actos preparatorios, Tentativa, Frustración, Consumación*. San José, Costa Rica. p.p. 54-57. En el mismo sentido véase: Frías Caballero, Jorge (1956). *El Proceso Ejecutivo del Delito: Ensayo de Dogmática Jurídica sobre el Artículo 42 del Código Penal*. 2ª Edición. Buenos Aires, Argentina. Editorial Bibliográfica Argentina. p 140.

¹⁷² Frías Caballero, Jorge (1956). *El Proceso Ejecutivo del Delito: Ensayo de Dogmática Jurídica sobre el Artículo 42 del Código Penal*. 2ª Edición. Buenos Aires, Argentina. Editorial Bibliográfica Argentina. p 141.

¹⁷³ *Ibidem*, p 150.

Manzini por su parte resalta la norma penal, pues ella permite descubrir la noción de acto ejecutivo, pues para él la sola intención del sujeto dirigida a la consecución del delito no basta para poder diferenciar si se trata o no de un acto de ejecución. Por ello, para él, el acto de ejecución es: *“(...) aquel mediante el cual se concreta, total o parcialmente, un elemento material constitutivo del delito, iniciando la violación efectiva del precepto principal.”*¹⁷⁴

La teoría subjetiva propuesta por Von Buri y Eisenmann muestra que lo importante es la existencia de una voluntad dirigida a la comisión de un delito a través de una manifestación en el mundo exterior¹⁷⁵. Por ello la doctrina considera que la situación se vuelve un problema de prueba de difícil determinación por referirse a un aspecto meramente subjetivo –el plan del autor del ilícito–, pues si se considera la acción como un índice de peligrosidad del delincuente, su conducta se tendrá como tentativa aunque no lleve a cabo actos destinados directamente a la realización del delito¹⁷⁶. No obstante, tal afirmación anticipa de una manera desmedida la punibilidad de las conductas, pues en un acto preparatorio existe esa voluntad, sólo que no se ha manifestado de manera fehaciente e indubitable y tendría como consecuencia ineludible la punibilidad de todas las tentativas inidóneas¹⁷⁷; lo anterior se puede constatar en la siguiente cita: *“No es posible que eso se decida “con los ojos del autor”, es decir, basándose en “lo que él se ha*

¹⁷⁴ Pavón Vasconcelos, Francisco (1982). Breve Ensayo sobre la Tentativa. 3ª Edición. México. Editorial Porrúa, S.A. p 59.

¹⁷⁵ Castillo González, Francisco (2003). Tentativa y Desistimiento Voluntario. 1ª Edición. San José, Costa Rica. Editorial Jurídica Continental. p 31.

¹⁷⁶ Solís Muñoz, Alejandro (1967). Jurisprudencia sobre el Desistimiento en la Tentativa. Memoria de Prueba para optar por el grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. p 14. En el mismo sentido: Cota Molina, Enrique (2006). “Iter Criminis”. Estudios Penales y Política Criminal. 1ª Edición. p. 673- 699. México D.F. Editorial Angel Editor. p 692.

¹⁷⁷ Zaffaroni, Eugenio Raúl (2006). Manual de Derecho Penal: Parte General. 2ª Edición. Buenos Aires, Argentina. Editorial Ediar. p 648.

representado como amenaza directa del bien jurídico”, en “lo que él considera como punto inicial de una cadena causal, devanada conforme a su plan”. Esto se traduce irremisiblemente, en una extensión de la tentativa, a costa de la preparación, traspasando la zona libre de pena e infringiendo así el principio nulla poena sine lege”¹⁷⁸. Por lo anterior, es que esta teoría ha recibido fuertes críticas por parte de la doctrina, pues se basa en un derecho penal de autor y por ello propone el establecimiento de un estado de policía. En relación con este tema Francisco Castillo ha externado lo siguiente: “La teoría subjetiva de la tentativa se basa en un derecho penal de autor, en el cual la actitud contraria al derecho del sujeto es lo que define la punibilidad. Ella no es compatible con nuestro derecho penal, que es un derecho penal del (sic) hecho. Ella lesiona el principio de legalidad criminal. Por ello hoy día nadie sostiene esa posición subjetiva extrema.”¹⁷⁹

Dentro de las teorías mixtas se han desarrollado dos criterios, por un lado, la teoría de la univocidad y por el otro la llamada teoría de Frank. Para la Teoría de la Univocidad –propuesta por Carrara- el delito requiere que concurra tanto la fuerza física como la fuerza moral; de forma tal que si en un caso determinado se intenta sancionar solamente la fuerza física o únicamente la fuerza moral se estaría frente a una arbitrariedad no tutelada por el Derecho¹⁸⁰. Esto hace referencia al tipo objetivo y subjetivo de la tentativa analizado líneas atrás. El criterio de la univocidad propuesto por Carmignani y Carrara implica que los actos que sean equívocos van a clasificarse dentro

¹⁷⁸ Cury Urzúa, Enrique (1977). Tentativa y Delito Frustrado: (El Proceso Ejecutivo del Delito). 1ª Edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. p 67.

¹⁷⁹ Castillo González, Francisco (2003). Tentativa y Desistimiento Voluntario. 1ª Edición. San José, Costa Rica. Editorial Jurídica Continental. p 31.

¹⁸⁰ Ezaine Chaves, Amado (1986). Iter criminis: Actos preparatorios, Tentativa, Frustración, Consumación. San José, Costa Rica. p 28.

de los actos preparatorios, mientras que los actos o acciones que se consideren que muestran directamente el propósito delictivo serán considerados unívocos y por ello se tendrá como un acto de ejecución y por ende, si uno de estos actos es interrumpido por circunstancias ajenas a la voluntad del agente, será considerado tentativa y por ello será punible. De forma tal que la barrera entre los actos preparatorios y los actos de ejecución viene establecida por el carácter externo y objetivo del acto¹⁸¹. Por ello se definió los actos preparatorios de la siguiente forma: “(...) aquellos que no pueden referirse unívocamente al delito en cuestión ni los actos insuficientes o inidóneos para el delito, tanto objetiva como subjetivamente.”¹⁸²

Bajo esta postura se distinguen tres tipos de actos: absolutamente equívocos, relativamente equívocos y unívocos; lo anterior implica que: “Los primeros son preparatorios, los segundos pueden o no constituir un principio de ejecución, según las circunstancias, en tanto que los últimos tienen siempre carácter ejecutivo”¹⁸³.

Cabe señalar que se han elaborado dos interpretaciones sobre la univocidad; una subjetiva –también denominada “del dolus ex re”- donde lo importante es que el acto revele la intención de cometer un delito; a la cual se le critica que una acción per se no revela voluntad criminal alguna, sino cuando se conjuga con los antecedentes psíquicos del sujeto pasivo. Y la objetiva que manifiesta que la acción debe contar con la aptitud

¹⁸¹ Frías Caballero, Jorge (1956). El Proceso Ejecutivo del Delito: Ensayo de Dogmática Jurídica sobre el Artículo 42 del Código Penal. 2ª Edición. Buenos Aires, Argentina. Editorial Bibliográfica Argentina. p 97.

¹⁸² Castillo González, Francisco (2003). Tentativa y Desistimiento Voluntario. 1ª Edición. San José, Costa Rica. Editorial Jurídica Continental. p 32.

¹⁸³ Cury Urzúa, Enrique (1977). Tentativa y Delito Frustrado: (El Proceso Ejecutivo del Delito). 1ª Edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. p 45.

necesaria para demostrar el propósito criminal que persigue el agente, tratando de otorgar una base objetiva al llamado plan de autor.¹⁸⁴

Sin embargo, esta concepción también ha sido cuestionada pues en los casos claros es fácil determinar cuándo un acto es unívoco o equívoco; pero en los casos límite –zonas grises- establecerlo con claridad se presenta como un obstáculo pues un acto unívoco podría no ser ejecutivo y por ello el propio Carrara fue reformulando la teoría al exigir además que en caso de un acto de ejecución, el acto salga de la esfera del sujeto activo recayendo directamente en el sujeto pasivo o víctima¹⁸⁵. Asimismo autores como Eduardo Massari han objetado además que al tomar en cuenta únicamente ese criterio, incurre en un desconocimiento de la esencia de la conducta humana, pues no toma ciertos aspectos como el: “(...) *subjetivo, lo mesológico, la ideósfera, lo temporo-espacial, lo instrumental, que tienen particularmente a cada acto*”¹⁸⁶.

Del mismo modo autores como Impallomeni establecen que esta teoría es arbitraria, pues los actos ejecutivos per se no pueden ser considerados como unívocos de forma objetiva, a lo sumo constituirían un criterio de prueba¹⁸⁷. Por su parte juristas de la talla de Sebastián Soler objetan contra el empirismo excesivo de la univocidad, pues su valor estriba en una simple función probatoria y no permite determinar ontológicamente

¹⁸⁴ Castillo González, Francisco (2003). Tentativa y Desistimiento Voluntario. 1ª Edición. San José, Costa Rica. Editorial Jurídica Continental. p.p. 33-34.

¹⁸⁵ *Ibidem*, p 33.

¹⁸⁶ Ezaine Chaves, Amado (1986). Iter criminis: Actos preparatorios, Tentativa, Frustración, Consumación. San José, Costa Rica. p 39.

¹⁸⁷ *Ibidem*, p.p. 41-42. En el mismo sentido: Sandoval Rodríguez, Francisco de Jesús (1983). “La Punibilidad en la Tentativa”. Criminalia. Año XLIX (Nº 1-12): p 214-223. Ene-Dic. México. p 216.

una diferencia entre los actos preparatorios y los actos de ejecución¹⁸⁸. Se ha objetado además que los actos que podrían considerarse como objetivamente unívocos son muy pocos y hasta podría decirse inencontrables¹⁸⁹. Siguiendo con los cuestionamientos efectuados a esta teoría cabe destacar la posición de Frías Caballero, para quien un acto preparatorio podría revestir la categoría de unívoco; por ejemplo: proveerse de ganzúas o de llaves falsas para cometer el delito¹⁹⁰. E inclusive se ha mencionado que si se deja la posibilidad de calificar como ejecutivo un acto cuando el mismo refleje que iba encaminado directamente a la consumación se restringiría en gran medida el ámbito de los mismos y por ello situaciones que lo ameritan no estarían sujetas a una pena¹⁹¹.

Frente a esta teoría se ha concluido lo siguiente: *“Convertida de hecho en criterio rector de soluciones concretas, fáciles en los casos extremos, inalcanzables en los casos dudosos; reduciéndose por último a simple medio de prueba(...) no puede servir para solucionar todos los casos”*¹⁹².

Todas las críticas elaboradas en relación con la teoría analizada, motivaron a Carrara a elaborar la *“Teoría de los Complementos de la Univocidad”*, para lo cual establece una diferencia entre un sujeto activo primario, un sujeto activo secundario, un

¹⁸⁸ Ezaine Chaves, Amado (1986). *Iter criminis: Actos preparatorios, Tentativa, Frustración, Consumación*. San José, Costa Rica. p 42.

¹⁸⁹ Cury Urzúa, Enrique (1977). *Tentativa y Delito Frustrado: (El Proceso Ejecutivo del Delito)*. 1ª Edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. p 50.

¹⁹⁰ Ezaine Chaves, Amado (1986). *Iter criminis: Actos preparatorios, Tentativa, Frustración, Consumación*. San José, Costa Rica. p 42-43. En el mismo sentido véase: Muñoz Rubio, Campo Elías (1974-1975). “Las Formas de Aparición del Delito”. *Cuadernos Panameños de Criminología*. Vol. 1. (Nº 3 y 4): p 13-47. Nov. Panamá. p 25.

¹⁹¹ www.rincondelvago.com (Consulta: 3 de marzo, 2009).

¹⁹² Ezaine Chaves, Amado (1986). *Iter criminis: Actos preparatorios, Tentativa, Frustración, Consumación*. San José, Costa Rica. p 43.

sujeto pasivo del atentado y un sujeto pasivo de la consumación; siendo el primero quien delinque, el segundo representado por los instrumentos utilizados por el autor del ilícito, el tercero constituido por las personas o las cosas sobre las cuales el sujeto activo debe ejercitar ciertas acciones como medio para conseguir su propósito y el cuarto referido a la persona o cosa sobre la cual debe ejecutarse el delito. Y con base en los conceptos anteriormente esbozados elabora una distinción entre actos preparatorios, ejecutivos y consumativos, tal y como reza a continuación: “(...) *son actos consumativos aquellos que recaen sobre el sujeto pasivo de la consumación (el objeto robado, el cuerpo muerto); son actos ejecutivos aquellos que caen sobre el sujeto pasivo del atentado (el domicilio que se violó para robar); son actos preparatorios aquellos que quedan dentro de la esfera del sujeto activo –primario o secundario- (comprar el arma, rondar la casa)*”¹⁹³. Sin embargo, las críticas son frecuentes, ejemplo de ello es que se cuestiona la dificultad de precisar la esfera del sujeto pasivo, por lo cual los problemas no acabaron¹⁹⁴.

La teoría material objetiva – defendida por Frank- establece un criterio poco claro para delimitar actos preparatorios de actos de ejecución; pues la única diferencia que establece entre ellos es que en los últimos existe una conexión necesaria con la acción típica que les permite aparecer como parte de la misma de acuerdo con la opinión natural; sin embargo, cómo se puede definir “conexión necesaria” o bien, “opinión

¹⁹³Ezaine Chaves, Amado (1986). Iter criminis: Actos preparatorios, Tentativa, Frustración, Consumación. San José, Costa Rica. p.p. 44-45. En el mismo sentido véase: Frías Caballero, Jorge (1956). El Proceso Ejecutivo del Delito: Ensayo de Dogmática Jurídica sobre el Artículo 42 del Código Penal. 2ª Edición. Buenos Aires, Argentina. Editorial Bibliográfica Argentina. p 122. Consúltense además: Pavón Vasconcelos, Francisco (1982). Breve Ensayo sobre la Tentativa. 3ª Edición. México. Editorial Porrúa, S.A. p.p. 53-54.

¹⁹⁴ Pavón Vasconcelos, Francisco (1982). Breve Ensayo sobre la Tentativa. 3ª Edición. México. Editorial Porrúa, S.A. p 54.

natural”¹⁹⁵; ¿quién determina esa natural concepción?, ¿quién establece la lógica imperante?; por lo que resultó del todo insuficiente para determinar el momento en que se tiene por configurada una tentativa¹⁹⁶. En vista de lo anterior los defensores de este criterio optaron por establecer que la diferencia entre ambos actos depende del peligro corrido por el bien jurídico de forma tal que: “(...) *se fundamenta en el peligro a que se expone el bien jurídico o en el ataque a éste por la acción ejecutiva, en tanto que los actos preparatorios dejarían invariable su situación pacífica*”¹⁹⁷. No obstante el intento realizado, las críticas a este postulado se han hecho presentes al concebirla como indeterminada e imprecisa, pues se considera que existen actos preparatorios en los cuales sobreviene un peligro para el bien jurídico y por ello los límites de punibilidad podrían ampliarse de manera considerable, pues al tomar en consideración el aspecto externo, actos como apuntar con una arma serían catalogados como un acto de ejecución.¹⁹⁸ No cabe la menor duda de que se trata de términos imprecisos que lejos de dar una luz en el tema difuminan aún más la incertidumbre y por ello son insuficientes para dar una respuesta óptima a los problemas que podrían presentarse en el ámbito de la realidad.

¹⁹⁵ Castillo González, Francisco (2003). Tentativa y Desistimiento Voluntario. 1ª Edición. San José, Costa Rica. Editorial Jurídica Continental. p 35. En el mismo sentido: Zaffaroni, Eugenio Raúl (2006). Manual de Derecho Penal: Parte General. 2ª Edición. Buenos Aires, Argentina. Editorial Ediar. p 647.

¹⁹⁶ Cota Molina, Enrique (2006). “Iter Criminis”. Estudios Penales y Política Criminal. 1ª Edición. p. 673-699. México D.F. Editorial Angel Editor. p 693.

¹⁹⁷ Muñoz Rubio, Campo Elias (1974-1975). “Las Formas de Aparición del Delito”. Cuadernos Panameños de Criminología. Vol. 1. (Nº 3 y 4): p 13-47. Nov. Panamá. p.p. 25-26.

¹⁹⁸ *Ibidem*, p 26. Véase además: Sandoval Rodríguez, Francisco de Jesús (1983). “La Punibilidad en la Tentativa”. Criminalia. Año XLIX (Nº 1-12): p 214-223. Ene-Dic. México. p 217.

La teoría que se aplica en nuestro medio es la llamada: teoría Individual Objetiva sostenida por autores como Welzel, Jescheck y Zaffaroni, también se le conoce como teoría mixta subjetiva – objetiva o teoría final-objetiva. De acuerdo con esta concepción la punibilidad de la tentativa tiene su base en dos factores; a saber: *“(..)por un lado, la acción, que expresa la voluntad contraria a la norma es punible porque ella conmociona la confianza de la comunidad en el orden jurídico y lesiona el sentimiento de seguridad jurídica y de paz social (...); por otro lado, la punibilidad de la tentativa también se fundamenta en la peligrosidad del autor, para lo cual se parte del principio de que, en su voluntad del hecho, reside la violación al bien jurídico tutelado. Por ello para esta teoría no es importante la efectiva puesta en peligro del bien jurídico tutelado sino el desvalor de la acción, que se expresa por medio de la realización del hecho doloso.*¹⁹⁹

Esta teoría establece que un acto de tentativa sería aquél que conduce de modo directo a la realización del tipo sin ningún tipo de interrupción o actos intermedios, pues de existir estos se hablaría de un acto preparatorio mas no de ejecución²⁰⁰. Y para ello es indispensable conocer el plan de autor, pues dependiendo de éste se hará la diferencia entre tentativa y actos preparatorios. Es por ello que Francisco Castillo postula lo siguiente: *“Para saber si hay tentativa o hay actos preparatorios, es necesario ver el plan de autor. Si el autor se había representado asaltar a quien abriera de primero la puerta, estamos frente a una tentativa, pues conforme al plan de autor, entre esa acción y el comienzo de la acción típica, que era la amenaza o la violencia contra quien abriera la*

¹⁹⁹ Castillo González, Francisco (2003). Tentativa y Desistimiento Voluntario. 1ª Edición. San José, Costa Rica. Editorial Jurídica Continental. p.p. 36-37.

²⁰⁰ *Ibidem*, p 39. En el mismo sentido véase: Zaffaroni, Eugenio Raúl (2006). Manual de Derecho Penal: Parte General. 2ª Edición. Buenos Aires, Argentina. Editorial Ediar. p 648.

puerta, no hay pasos intermedios y si esto faltó fue por causas independientes de la voluntad del agente (...) Por el contrario, si el agente no se había representado, conforme a su plan de autor, la aparición de esta persona para asaltarla, sino que pensaba entrar y una vez dentro poner manos arriba a todos, la acción de la apertura de la puerta no es el último acto que le permite pasar de manera inmediata a realizar la acción típica. Lo realizado por A es en este caso un acto preparatorio.”²⁰¹

Al ser esta teoría una mezcla de elementos objetivos y subjetivos; dentro del punto de vista objetivo, no solo se toma en cuenta la proximidad fáctica de la acción de la tentativa con la acción típica, y la relación temporal entre ambas acciones; sino también desde el punto de vista subjetivo se pone de manifiesto el plan de autor²⁰². Por ello, lo más importante es dicho plan, a los efectos de establecer la existencia o no de la tentativa; por cuanto la peligrosidad real para el bien jurídico afectado no influye en su determinación, siendo solamente un aspecto complementario²⁰³. Zaffaroni ya ha recalcado la importancia de esta teoría al mencionar: “(...) tiene la ventaja de introducir un elemento individualizador de la relevancia del peligro, que es un dato subjetivo, pero que no subjetiviza el peligro, porque su naturaleza es susceptible de ser valorada por un tercero en cuanto a la determinación de la proximidad inmediata a la realización típica.”²⁰⁴ Del mismo modo se señala como ventaja que sanciona de forma correcta todas las acciones del agente que causen la tipicidad de la conducta siempre que hayan sido previstos por el

²⁰¹ Castillo González, Francisco (2003). Tentativa y Desistimiento Voluntario. 1ª Edición. San José, Costa Rica. Editorial Jurídica Continental. p.p. 39-40.

²⁰² *Ibidem*, p 40.

²⁰³ *Ibidem*, p.p. 41-42.

²⁰⁴ Zaffaroni, Eugenio Raúl (2006). Manual de Derecho Penal: Parte General. 2ª Edición. Buenos Aires, Argentina. Editorial Ediar. p 649.

mismo en su plan de realización del delito²⁰⁵. Sin embargo, esta postura no es ajena a las críticas puesto que tampoco establece una regla precisa para establecer una delimitación exacta entre actos preparatorios y actos de ejecución.

Tomando en consideración las fortalezas y debilidades de las teorías antes desarrolladas Zaffaroni extrae tres aspectos que servirán para determinar qué implica el comienzo de ejecución del delito, tal y como se muestra en las siguientes líneas: *“En conclusión, puede afirmarse que: (a) el comienzo de ejecución del delito no es estrictamente el comienzo de ejecución de la acción señalada objetivamente por el verbo típico, (b) sino que también abarca los actos que, conforme al plan del autor (el modo de realización concreto de la acción típica escogido por el autor), son inmediatamente anteriores al comienzo de la ejecución de la acción típica e importan objetivamente un peligro para el bien jurídico, bien entendido que (c) un acto parcial será inmediatamente precedente de la realización de la acción típica cuando entre ésta y aquél no haya otro acto parcial en el plan concreto del autor.”*²⁰⁶

Me parece de suma importancia resaltar las situaciones en las cuales se presenta la tentativa, tomando como base para determinarlo el numeral 24 del “Código Penal”; las cuales son las siguientes: *“(1) La acción inmediatamente anterior a la acción típica, temporal y espacialmente, que le permita al autor, según su plan de autor, pasar sin interrupciones y sin dilaciones al comienzo de la acción típica (...) (2) la acción con la*

²⁰⁵ Cota Molina, Enrique (2006). “Iter Criminis”. Estudios Penales y Política Criminal. 1ª Edición. p. 673-699. México D.F. Editorial Angel Editor. p 693.

²⁰⁶ Zaffaroni, Eugenio Raúl (2006). Manual de Derecho Penal: Parte General. 2ª Edición. Buenos Aires, Argentina. Editorial Ediar. p.p. 649-650.

cual el agente realiza el comienzo de la acción o de la omisión típicas, si se trata de delitos de resultado (...) (3) la acción con la cual el agente realiza el comienzo de la acción típica o realiza toda la acción típica, en los delitos de resultado, pero el resultado no se produce por causas independientes de la voluntad del agente, o el resultado no le es objetivamente imputable (imputación objetiva), como en los casos de cursos causales atípicos.”²⁰⁷

Otra postura que se ha elaborado a este respecto, es por ejemplo, la desarrollada por Merkel para quien: *“La acción constitutiva del comienzo de ejecución es aquella que va dirigida a dar forma concreta a la acción principal correspondiente al concepto del delito respectivo o a una parte de ella. Tanto el momento de este comienzo como el de la consumación no pueden fijarse sino en cada especie de delito, en relación a sus elementos constitutivos según la ley”²⁰⁸.*

Von Liszt postula la definición de un acto de ejecución con la finalidad de distinguir entre éste y los actos preparatorios, para ello establece que un acto de ejecución es: *“(...) aquella manifestación de voluntad que, en cada caso particular, constituye la actividad que la ley declara punible. El acto de ejecución se expresa por los términos empleados, comprensivos del resultado, para definir cada uno de los delitos”²⁰⁹.*

²⁰⁷ Castillo González, Francisco (2003). Tentativa y Desistimiento Voluntario. 1ª Edición. San José, Costa Rica. Editorial Jurídica Continental. p 45.

²⁰⁸ Frías Caballero, Jorge (1956). El Proceso Ejecutivo del Delito: Ensayo de Dogmática Jurídica sobre el Artículo 42 del Código Penal. 2ª Edición. Buenos Aires, Argentina. Editorial Bibliográfica Argentina. p.p. 144-145.

²⁰⁹ Ibidem, p 147.

También se han elaborado ciertas variantes de la teoría de la univocidad, por ejemplo, para Rossi: *“El autor de actos ejecutivos puede decirse: quiero cesar. El autor de actos preparatorios: no quiero empezar. En éstos el delito sólo está empezado subjetivamente; en los ejecutivos, en cambio, si el delito está empezado subjetiva y objetivamente, la tentativa existe”*²¹⁰. De esta manera el autor de los actos preparatorios posee mayor margen para cambiar su decisión sin que ello conlleve una consecuencia jurídica nefasta²¹¹.

Otros como Bettioli dan mayor importancia al criterio de la idoneidad para deslindar los actos preparatorios de los de ejecución; para él: *“(..) un acto sólo puede incriminarse como tentativa, cuando sea idóneo, es decir, capaz de producir el resultado querido y se le dirija en modo no equívoco a la comisión del delito. El acto, en consecuencia, debe tener un valor sintomático para revelar la intención de delinquir, excluyendo la duda sobre una exteriorización de la intención respecto a un hecho lícito o jurídicamente indiferente.”*²¹²

Vidal hace referencia a la esencialidad del acto ejecutivo para el delito; por ello afirma: *“(..) el acto de ejecución hace parte del delito, es uno de sus elementos materiales constitutivos. El delito no puede comprenderse sin él. El acto preparatorio, en*

²¹⁰ Frías Caballero, Jorge (1956). El Proceso Ejecutivo del Delito: Ensayo de Dogmática Jurídica sobre el Artículo 42 del Código Penal. 2ª Edición. Buenos Aires, Argentina. Editorial Bibliográfica Argentina. p 153.

²¹¹ *Ibidem*, p 166.

²¹² Pavón Vasconcelos, Francisco (1982). Breve Ensayo sobre la Tentativa. 3ª Edición. México. Editorial Porrúa, S.A. p 73.

*cambio, lo precede, sin hacer parte del mismo. Puede abstraérsele sin modificar ni desnaturalizar el delito que no queda por eso menos íntegro*²¹³.

R. Garraud pone su énfasis en las condiciones que reviste la tentativa para tenerse por configurada válidamente; y considera que: *“(...) según el sistema objetivo, la tentativa debe reunir en su aspecto material estas condiciones: el acto ha de presentar una relación directa e inmediata con la infracción tenida en mira; esa relación debe resultar del acto mismo. Los actos preparatorios no tienen, pues, significación precisa, no manifiestan la intención determinada del autor; los ejecutivos están íntimamente ligados con el delito tenido en mira*²¹⁴.

Frías Caballero hace mención a la problemática existente, al considerar que el criterio diferenciador de los actos preparatorios viene dado por el comienzo de ejecución; pues la ley no ofrece una definición de ello y conduce al manejo de criterios arbitrarios e inseguros; ello se expresa de modo contundente en la siguiente cita: *“Con este razonamiento los teóricos abrían la compuerta de las especulaciones, dándose cada uno por su cuenta a la construcción de fórmulas que al cabo de un tiempo hicieron de una cuestión, de suyo no simple, uno de los más escabrosos problemas del derecho penal. La ley no ha definido el “comienzo de ejecución”, es verdad, pero si ha definido tipos aislados de delitos en la parte especial de los códigos*²¹⁵.

²¹³ Frías Caballero, Jorge (1956). El Proceso Ejecutivo del Delito: Ensayo de Dogmática Jurídica sobre el Artículo 42 del Código Penal. 2ª Edición. Buenos Aires, Argentina. Editorial Bibliográfica Argentina. p 154.

²¹⁴ Ibidem, p 155.

²¹⁵ Ibidem, p 174.

La posición defendida por Vannini se enfoca en determinar como actos de ejecución no solamente la realización de una parte del hecho, sino también la acción precedente que desde el punto de vista lógico es necesaria para la acción típica²¹⁶.

Birkmeyer por su parte desarrolla la “Teoría de la Eficacia Causal” para diferenciar actos preparatorios y actos de ejecución y la misma implica lo siguiente: “(...) *los actos preparatorios tienen el carácter de condición y los ejecutivos de causa. En este orden de ideas, acto ejecutivo sería el coeficiente necesario para la producción del resultado, encontrando su apoyo en la condición (acto preparatorio), dada en un momento anterior.*”²¹⁷ A esta postura se han hecho varias críticas entre las cuales se puede mencionar que no es posible hablar de causa si se desconoce el efecto de la acción desplegada por el sujeto; asimismo se ha objetado que desde el punto de vista naturalista todas las causas son necesarias; e inclusive si se opta por hablar de “causa” ello es incorrecto en virtud de que la tentativa se produce precisamente por el rompimiento de la causalidad y por ello el autor no consigue el resultado propuesto²¹⁸.

Impallomeni ha elaborado la “Teoría de la Causalidad Operante” según la cual lo que distingue uno y otro acto es el “impulso movilizante” de la causalidad. Por ello: “(...) *la causalidad inerte es peculiar en el acto preparatorio; en el ejecutivo tal causalidad se pone en movimiento hacia el fin delictuoso querido*”²¹⁹. Sin embargo, al igual que a la

²¹⁶ Favón Vasconcelos, Francisco (1982). Breve Ensayo sobre la Tentativa. 3ª Edición. México. Editorial Porrúa, S.A. p 63.

²¹⁷ *Ibidem*, p 64.

²¹⁸ *Ibidem*, p.p. 64-65.

²¹⁹ *Ibidem*, p 66.

tesis de Birkmeyer se le puede objetar que al no alcanzarse el resultado propuesto en el caso de la tentativa la distinción deja de ser relevante.

Otros han adoptado una posición escéptica frente al asunto; entre los cuales puede mencionarse a: Del Rosal quien ha considerado que no existe un criterio que pueda aplicarse a cada caso concreto con un resultado satisfactorio para deslindar actos preparatorios y actos de ejecución, pues las variables son muchas y por ello la única salida es dejar su determinación al criterio del juzgador²²⁰. Una solución que podría considerar práctica; más no correcta desde el punto de vista jurídico, pues cuestiones de tanta relevancia no deberían quedar a la deriva de lo que resuelva “a”, “b” o “c” en un caso determinado. Además, se ha dicho que los criterios elaborados para orientar al juzgador en la toma de decisiones no son vinculantes pues están plagados de valoraciones y apreciaciones subjetivas, y los casos en los cuales podrían aplicarse los mismos son aquellos que no generan mayor problema y en los cuales la mayoría de la doctrina está de acuerdo²²¹.

TÍTULO VI. FUNDAMENTO DE LA PENALIDAD DE LA TENTATIVA

Antes de entrar al análisis de fondo resulta de capital importancia determinar qué significa penalidad o punibilidad; pues con conceptos claros se facilita el entendimiento

²²⁰ Muñoz Rubio, Campo Elias (1974-1975). “Las Formas de Aparición del Delito”. Cuadernos Panameños de Criminología. Vol. 1. (Nº 3 y 4): p 13-47. Nov. Panamá. p.p. 27-28.

²²¹ Cury Urzúa, Enrique (1977). Tentativa y Delito Frustrado: (El Proceso Ejecutivo del Delito). 1ª Edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. p 43.

de los razonamientos que se esbozarán posteriormente. Ante ello Francisco Muñoz Conde propone una definición de penalidad o punibilidad relevante para los efectos de la presente investigación tal y como se muestra a continuación: *“La penalidad o punibilidad es, por tanto, una forma de recoger y elaborar una serie de elementos o presupuestos que el legislador, por razones utilitarias (diversas en cada caso), puede exigir para fundamentar o excluir la imposición de una pena y que solo tienen en común que no pertenecen ni a la tipicidad, ni a la antijuridicidad ni a la culpabilidad, y su carácter contingente, es decir solo se exigen en algunos delitos concretos. También en la penalidad existen causas que la fundamentan (las llamadas condiciones objetivas de penalidad) y causas que la excluyen (las llamadas causas de exclusión o anulación de la penalidad o excusas absolutorias).”*²²²

Cabe destacar y tener en consideración en la presente investigación los linderos existentes entre la tentativa y el desistimiento; es por ello que a nivel doctrinario se ha considerado que la penalidad de la tentativa es una penalidad “prima facie” de forma tal que para su consolidación real requiere de una constatación negativa adicional, cual es la circunstancia de que la misma no puede ser revertida por la aplicación de la figura del desistimiento²²³.

²²² Muñoz Conde, Francisco (1991). *Teoría General del Delito*. 2ª Edición. Valencia, España. Editorial Tirant lo Blanch. p.p. 155-156.

²²³ Mañalich Raffo, Juan Pablo (2004). “La Tentativa y el Desistimiento en el Derecho Penal. Algunas Consideraciones Conceptuales”. *Revista de Estudios de la Justicia*. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. (Nº 4) en: http://www.derecho.uchile.cl/cej/recej/recej4/archivos/tentativa%20y%20desistimiento%20_JPM_corregido%20_16_.pdf. (Consulta: 20 de marzo, 2009).

Es sumamente interesante cómo una conducta que no despliega un resultado, tenga una consecuencia atribuible por parte del Ordenamiento Jurídico²²⁴; se ha considerado que la razón de ello es que en la tentativa se presenta tanto la tipicidad subjetiva correspondiente al dolo del sujeto activo como la tipicidad objetiva que conlleva la exteriorización de ese dolo²²⁵. Además se debe tener presente que si bien es cierto el Estado tiene la función de perseguir el delito, también lo es que debe prevenir que este ocurra; por ello detiene y castiga al delincuente que está a punto de cometer el ilícito. Ello por cuanto una sociedad como la actual no es partidaria de un derecho penal de resultados donde se discrimine la tentativa, pues de ser así la seguridad jurídica de que sus derechos no se vean socavados se ve seriamente comprometida²²⁶.

Es claro que al castigar una conducta se debe respetar a cabalidad al “principio del hecho”, de forma tal que únicamente sean punibles las acciones encaminadas directamente a la consumación del delito y para determinarlo debe realizarse un análisis ex ante de los acontecimientos con la finalidad de establecer la relevancia jurídica de la actuación²²⁷.

²²⁴ Salas Beteta, Christian (2007). “El Iter Criminis y los Sujetos Activos del Delito”. Revista Internauta de Práctica Jurídica. (Nº 19). Ene-Jun. Lima, Perú. En: http://www.ripj.com/art_jcos/art_jcos/num19/RIPJ_19/EX/19-11.pdf (Consulta: 22 de febrero, 2009).

²²⁵ Ibid.

²²⁶ Cury Urzúa, Enrique (1977). Tentativa y Delito Frustrado: (El Proceso Ejecutivo del Delito). 1ª Edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. p 143.

²²⁷ Mañalich Raffo, Juan Pablo (2004). “La Tentativa y el Desistimiento en el Derecho Penal. Algunas Consideraciones Conceptuales”. Revista de Estudios de la Justicia. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. (Nº 4) en: http://www.derecho.uchile.cl/cej/recej/recej4/archivos/tentativa%20y%20desistimiento%20_JPM_corregido%20_16_.pdf. (Consulta: 20 de marzo, 2009).

Se debe tener presente que a pesar del “principio del hecho” antes mencionado y siguiendo lo desarrollado en el primer capítulo de la presente investigación; en ocasiones los actos preparatorios son punibles y esa punibilidad no conlleva una violación al sistema; siempre que se consideren de tal forma de manera excepcional.

Estudiosos renombrados de nuestro país como el señor Juan Gerardo Quesada Mora adoptan la posición italiana establecida por Rainieri al afirmar como razones para punir la tentativa, las siguientes: *“(...) la tentativa es punible no sólo porque pone en peligro el bien jurídico tutelado, sino también por el dolo manifestado y los actos realizados, que en su conjunto revelan la capacidad de delinquir del autor, la cual lo hace merecedor de sanción”*²²⁸. En un sentido similar Juan Carlos González Mateos afirma lo siguiente: *“(...) el castigo de la tentativa deberá corresponderse, en todo caso, con aquello que ella misma representa; el inicio del comportamiento considerado peligroso porque a él se asocia la lesión al bien jurídico (...) Considerado el hecho delictivo como una progresión, que habría de desembocar en el resultado, la medida del castigo correspondiente estará en función del nivel de desarrollo alcanzado en el hecho”*²²⁹. Otros como Muñoz Conde ponen énfasis en razones preventivas y político criminales: *“A pesar de que dogmáticamente hay base para sustentar estas diversas opiniones, creo que el fundamento de la punición de todos los actos de ejecución (idóneos o no) del delito tiene que ser, necesariamente unitario y responder a la misma finalidad políticocriminal y*

²²⁸ Quesada Mora, Juan Gerardo (1991). “El Delito Imposible o Tentativa Inidónea”. *Revista Ivstitia*. Año 5 (Nº 55) p 18-20. Jul. San José, Costa Rica. p 18.

²²⁹ González Mateos, José Carlos (2001). “La Penalidad de la Tentativa”. *Revista del Poder Judicial*. (Nº 61): p 165-215. Madrid, España. p.p. 181-182.

*preventiva que preside todo el Derecho penal.*²³⁰ En igual forma es considerado por Rafael Alcácer Guirao al establecer que tanto el fundamento como las limitaciones a la punibilidad de la tentativa deben inferirse de los fines del Derecho penal pues: “(...) *solo cuando hayamos delimitado qué es lo protegido por el derecho penal podremos establecer qué conductas amenazan con lesionar ese objeto de protección, y se hacen, por ello, merecedoras de pena.*”²³¹

Diversos autores –desde el punto de vista doctrinario- han elaborado diversas teorías para explicar este aspecto; entre ellas se pueden mencionar las siguientes:

a) TEORÍAS OBJETIVISTAS

Entre sus seguidores se encuentran: Romagnosi, Feuerbach, Carrara, Franz von Liszt, Sancinetti y Manzini, para los cuales la razón de punibilidad puede provenir de²³²:

- a. El peligro corrido para el bien jurídico protegido por el ordenamiento²³³. El concepto de “peligro” es definido por Alcácer Guirao de la siguiente manera: “(...) *no es un hecho existente ontológicamente, independiente de la observación humana, sino que*

²³⁰ Muñoz Conde, Francisco (1991). Teoría General del Delito. 2ª Edición. Valencia, España. Editorial Tirant lo Blanch. p 164.

²³¹ Alcácer Guirao, Rafael (2002). “La Tentativa y los Fines del Derecho Penal”. XXIV Jornadas Internacionales de Derecho Penal. 1ª Edición. P 7-58. Bogotá, Colombia. Editorial Universidad Externado de Colombia. p 12.

²³² Pavón Vasconcelos, Francisco (1982). Breve Ensayo sobre la Tentativa. 3ª Edición. México. Editorial Porrúa, S.A. p.p. 33-43.

²³³ Cota Molina, Enrique (2006). “Iter Criminis”. Estudios Penales y Política Criminal. 1ª Edición. p. 673-699. México D.F. Editorial Angel Editor. p 689.

*es un hecho social, basado en un juicio intersubjetivo que adscribe cierta cualidad negativamente valorada a determinadas situaciones naturalísticas y que por ello crea una realidad propiamente social, ubicada en un plano distinto de realidad*²³⁴. Feuerbach justifica esta teoría pues: “(...) el castigo de la tentativa sólo podría justificarse en cuanto conllevara una amenaza objetiva para los derechos subjetivos del ciudadano, por lo que acciones carentes de toda peligrosidad deberían quedar fuera de los lindes del derecho punitivo. El núcleo de esta idea responde así, al afán liberal de separar derecho y moral, y limitar la aplicación del *ius puniendi* a aquellas acciones que presenten un daño potencial para los intereses de otros ciudadanos, encarnados en los bienes jurídicos, satisfaciendo el presupuesto ilustrado del *nullum crimen sine iniuria*”²³⁵. Es por ello que en virtud de esta teoría se deja de lado la punibilidad de los actos preparatorios²³⁶. No obstante, este fundamento ha recibido la crítica de que si se acepta en sentido estricto al no tener en cuenta el dolo o intención de cometer el delito llegaría al absurdo de aceptar la existencia de una tentativa culposa²³⁷, lo que sería del todo impropio si se siguen rigurosamente los requisitos para que el conato se tenga por válidamente configurado. Aunado a lo anterior se ha dicho que nunca podría considerarse el daño al bien jurídico como

²³⁴ Mañalich Raffo, Juan Pablo (2004). “La Tentativa y el Desistimiento en el Derecho Penal. Algunas Consideraciones Conceptuales”. Revista de Estudios de la Justicia. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. (Nº 4) en: http://www.derecho.uchile.cl/cej/recej/recej4/archivos/tentativa%20y%20desistimiento%20_JPM_corregido%20_16_.pdf. (Consulta: 20 de marzo, 2009).

²³⁵ Alcácer Guirao, Rafael (2002). “La Tentativa y los Fines del Derecho Penal”. XXIV Jornadas Internacionales de Derecho Penal. 1ª Edición. P 7-58. Bogotá, Colombia. Editorial Universidad Externado de Colombia. p 14.

²³⁶ Salas Beteta, Christian (2007). “El Iter Criminis y los Sujetos Activos del Delito”. Revista Internauta de Práctica Jurídica. (Nº 19). Ene-Jun. Lima, Perú. En: http://www.ripj.com/art_jcos/art_jcos/num19/RIFJ_19/EX/19-11.pdf (Consulta: 22 de febrero, 2009).

²³⁷ Sandoval Rodríguez, Francisco de Jesús (1983). “La Punibilidad en la Tentativa”. Criminalia. Año XLIX (Nº 1-12): p 214-223. Ene-Dic. México. p 214.

fundamento de la imposición de una pena²³⁸. Roxin hace referencia a la puesta en peligro concreta del bien jurídico no obstante, propone lo que se ha conocido como la “teoría unificadora” pues además justifica la punibilidad de la tentativa en la conmoción jurídica que causa la infracción de la norma. Ello por cuanto la puesta en peligro para el bien jurídico sería el fundamento de la punibilidad de la tentativa idónea mientras que la infracción a la norma darían base a la punición de la tentativa inidónea²³⁹. Sancinetti por su parte establece que existe mayor dificultad de justificar la pena de la tentativa cuando esta es inidónea que cuando es acabada pues la primera no genera un peligro externo mientras que la acabada llena a cabalidad todos los requisitos de la tentativa²⁴⁰.

- b. Del quebrantamiento del mandato establecido en la norma jurídica, violentando voluntariamente un precepto penal. José Leandro Reaño Peschiera hace referencia a esta tesis al manifestar que la conducta desplegada por el agente es antijurídica pues con la puesta en ejecución de la misma se expresa el no acatamiento de la norma jurídica²⁴¹. Esta postura ha sido defendida por Jakobs, quien incluso deja de lado la lesión al bien jurídico, tal y como se pone de manifiesto en la siguiente cita: “(..)el

²³⁸ Alcácer Guirao, Rafael (2002). “La Tentativa y los Fines del Derecho Penal”. XXIV Jornadas Internacionales de Derecho Penal. 1ª Edición. P 7-58. Bogotá, Colombia. Editorial Universidad Externado de Colombia. p 18.

²³⁹ Mañalich Raffo, Juan Pablo (2004). “La Tentativa y el Desistimiento en el Derecho Penal. Algunas Consideraciones Conceptuales”. Revista de Estudios de la Justicia. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. (Nº 4) en: http://www.derecho.uchile.cl/cej/recej/recej4/archivos/tentativa%20y%20desistimiento%20_JPM_corregido%20_16_.pdf. (Consulta: 20 de marzo, 2009).

²⁴⁰ Sancinetti, Marcelo A. (2005). “Ilícito Penal sin Desvalor de Resultado”. Los Desafíos del Derecho Penal en el Siglo XXI: Libro Homenaje al Profesor Dr. Günther Jakobs. p. 269-292. Lima, Perú. ARA Editores. p 276.

²⁴¹ Reaño Peschiera, José Leandro (2005). “Sobre los Fundamentos de la Exención de Pena por “Desistimiento Voluntario” de la Tentativa”. Los Desafíos del Derecho Penal en el Siglo XXI: Libro Homenaje al Profesor Dr. Günther Jakobs. p. 341-381. Lima, Perú. ARA Editores. p.p. 365-366.

*ilícito no puede ser definido, incluso en la consumación, como lesión a un bien; ilícito es el quebrantamiento de la norma, el sentido de la conducta peligrosa no permitida (...) Y por ello, lo específicamente contrario a derecho, tanto en la consumación como en la tentativa, reside de modo homogéneo en el quebrantamiento de la norma, que en cada caso es perfecta*²⁴² A esta postura se le ha llamado también: “Teoría de la Expresión” pues lo que fundamenta la punibilidad en este caso es la expresión de la infracción de la norma²⁴³.

No obstante, las objeciones no se han hecho esperar en relación con lo que sucedería si se configura un delito imposible, pues: *“(...) esta concepción se ve radicalmente incapaz de proponer un límite definido de punición con respecto a la tentativa inidónea. Si en la lesión del bien jurídico es plausible afirmar el quebrantamiento de la vigencia de la norma, también lo sería en casos de tentativas inidóneas, peligrosas para el bien jurídico. ¿Pero qué pasa con los casos de inidoneidad? ¿Quebrantaría una tentativa irreal la vigencia de las normas?*”²⁴⁴

Otra de las refutaciones que se hacen a este razonamiento es que imponer una pena implica un doble mensaje; por una parte confirmar la vigencia de la norma violentada, y por otro comunica que la norma fue vulnerada, de forma tal que solo

²⁴² Jakobs cit. p. Otero, Juan Manuel (2002). “Los Límites de la Acción Penal del Estado: Tentativas Inidóneas”. *Revista de la Escuela Judicial*. (Nº 2): p 37-58. Nov. San José, Costa Rica. p 39.

²⁴³ Mañalich Raffo, Juan Pablo (2004). “La Tentativa y el Desistimiento en el Derecho Penal. Algunas Consideraciones Conceptuales”. *Revista de Estudios de la Justicia*. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. (Nº 4) en: http://www.derecho.uchile.cl/cej/recej/recej4/archivos/tentativa%20y%20desistimiento%20_JPM_corregido%20_16_.pdf. (Consulta: 20 de marzo, 2009).

²⁴⁴ Alcácer Guirao, Rafael (2002). “La Tentativa y los Fines del Derecho Penal”. *XXIV Jornadas Internacionales de Derecho Penal*. 1ª Edición. P 7-58. Bogotá, Colombia. Editorial Universidad Externado de Colombia. p 21.

motivará a los respetuosos del derecho y no a aquellos delincuentes potenciales que no reconocen su legitimidad²⁴⁵.

Autores como Alcácer Guirao marcan una diferencia entre el fundamento y el presupuesto de la sanción, pues conllevan diversas implicaciones, por ello considera que el peligro y la lesión a bienes jurídicos tutelados por el ordenamiento constituyen el presupuesto necesario para poder aplicar la sanción; mientras que el fundamento del castigo a imponer viene dado por el quebrantamiento de la vigencia de la norma²⁴⁶.

Este mismo autor también establece una diferencia entre el “merecimiento” de la pena y la “necesidad” de ella; en mi criterio la primera se refiere a la situación concreta mientras que la segunda hace referencia a la generalidad de los casos. La cita que se presenta a continuación muestra esa discrepancia: *“El merecimiento de pena atiende a una racionalidad valorativa, con él pretende dirimirse la cuestión de qué conductas presentan la calidad necesaria para poder ser desvaloradas en virtud de la pauta ideal de actuación que prescribe la norma de conducta, valoración que se efectúa a tenor de la incidencia de la acción sobre los intereses que el derecho penal considera valiosos y, por ello, está llamado a proteger: los bienes jurídicos. En cambio, la decisión sobre la necesidad de pena atiende a una racionalidad puramente instrumental, basada en la satisfacción de fines. Con ello entonces, lo que se dilucida*

²⁴⁵ Alcácer Guirao, Rafael (2002). “La Tentativa y los Fines del Derecho Penal”. XXIV Jornadas Internacionales de Derecho Penal. 1ª Edición. P 7-58. Bogotá, Colombia. Editorial Universidad Externado de Colombia. p 36.

²⁴⁶ *Ibidem*, p 41.

*es qué conductas es necesario castigar para satisfacer los fines del derecho penal, a través de la pena.*²⁴⁷

Desde este punto de vista la pena atribuible a la tentativa debe ser menor a la del delito consumado pues el injusto que implica es menor que la lesión al no haberse producido el resultado lesivo.²⁴⁸ Se dice que cuando se opta por aplicar una pena diversa de acuerdo con el grado de ejecución alcanzado se pone un límite al derecho de sancionar por parte del Estado siguiendo con ello una posición más liberal, menos autoritaria y acorde con los presupuestos básicos que se requieren para concebir un Estado Social y Democrático de Derecho²⁴⁹. Esta postura exige el comienzo de ejecución del delito para que la actividad desarrollada por el agente sea sancionable²⁵⁰.

Una consecuencia ineludible de la teoría objetiva es la siguiente: *“Esta concepción excluye del ámbito de punibilidad toda conducta que no implique un plan racional y*

²⁴⁷ Alcácer Guirao, Rafael (2002). “La Tentativa y los Fines del Derecho Penal”. XXIV Jornadas Internacionales de Derecho Penal. 1ª Edición. P 7-58. Bogotá, Colombia. Editorial Universidad Externado de Colombia. p.p. 42-43.

²⁴⁸ Fernández Moreno, R. y Madrigal Madrigal, J. (1995). El Desistimiento Voluntario de Consumar el Delito: Su Regulación en el Ordenamiento Jurídico Costarricense. Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica. p 129. En el mismo sentido: Ledesma, Guillermo A.C. (1982). “¿Abuso deshonesto o Tentativa de Violación?”. Doctrina Penal: Teoría y Práctica en las Ciencias Penales. Año 5 (Nº 19) p 541-553. Jul- Set. Buenos Aires, Argentina. p 546. Véase además: Ezaine Chaves, Amado (1986). Iter criminis: Actos preparatorios, Tentativa, Frustración, Consumación” San José, Costa Rica. p.p. 71-72. En el mismo sentido: Zaffaroni, Eugenio Raúl (2006). Manual de Derecho Penal: Parte General. 2ª Edición. Buenos Aires, Argentina. Editorial Ediar. p.p. 639-640. Asimismo: Cury Urzúa, Enrique (1977). Tentativa y Delito Frustrado: (El Proceso Ejecutivo del Delito). 1ª Edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. p 198.

²⁴⁹ Mir Puig, Carlos (1993). “Sobre la Naturaleza Jurídica de la Tentativa y del Delito Frustrado. Concepto Objetivo del Delito Frustrado”. Revista del Poder Judicial. (Nº 30): p 75-87. Jun. Madrid, España. p 82.

²⁵⁰ Muñoz Rubio, Campo Elias (1974-1975). “Las Formas de Aparición del Delito”. Cuadernos Panameños de Criminología. Vol. 1. (Nº 3 y 4): p 13-47. Nov. Panamá. p 30. Véase además: Nombedeu, César Manuel (2000). “La Tentativa en el Derecho Penal Argentino”. Junio. La Plata, Argentina. En: www.justiniano.com/index2.htm (Consulta: 25 de febrero, 2009).

probable de ser llevado a cabo por parte del autor. Quien creyendo envenenar, coloca sal en la sopa de su vecino, no podrá ser castigado. Sin embargo, si la sal se encontraba dentro de un frasco etiquetado con una calavera, el veneno era blanco y cualquier observador medio hubiera creído que la sal realmente colocada se trataba de veneno, la punibilidad del intento parece que debería ser confirmada según la teoría, a pesar de que el bien jurídico no haya siquiera sufrido peligro.”²⁵¹

b) TEORÍAS SUBJETIVISTAS

Esta postura enfoca la punibilidad del conato en la peligrosidad del sujeto activo partiendo no de un derecho penal de acto sino más bien de un derecho penal de autor; por lo que la sola expresión de voluntad criminal es suficiente para incriminar la conducta, por lo que se otorga una preocupante identidad entre acto preparatorio y acto de ejecución o entre conato y delito consumado; pues todos gozan de la misma intención delictiva, de modo que si se sigue esta postura se llegaría a una casi equivalencia entre la pena del delito consumado y el tentado²⁵². Esta teoría *“(...) se resuelve a castigar la voluntad rebelde al ordenamiento, cualesquiera sean la forma en que se exterioriza y el*

²⁵¹ Otero, Juan Manuel (2002). “Los Límites de la Acción Penal del Estado: Tentativas Inidóneas”. Revista de la Escuela Judicial. (Nº 2): p 37-58. Nov. San José, Costa Rica. p 44.

²⁵² Ezaine Chaves, Amado (1986). Iter criminis: Actos preparatorios, Tentativa, Frustración, Consumación San José, Costa Rica. p.p. 73-75. En el mismo sentido: Zaffaroni, Eugenio Raúl (2006). Manual de Derecho Penal: Parte General. 2ª Edición. Buenos Aires, Argentina. Editorial Ediar. p 640. Asimismo véase: Muñoz Rubio, Campo Elias (1974-1975). “Las Formas de Aparición del Delito”. Cuadernos Panameños de Criminología. Vol. 1. (Nº 3 y 4): p 13-47. Nov. Panamá. p 31. Del mismo modo se puede consultar: Nombedeu, César Manuel (2000). “La Tentativa en el Derecho Penal Argentino”. Junio. La Plata, Argentina. En: www.justiniano.com/index2.htm (Consulta: 25 de febrero, 2009). Consúltese también: Salas Beteta, Christian (2007). “El Iter Criminis y los Sujetos Activos del Delito”. Revista Internauta de Práctica Jurídica. (Nº 19). Ene-Jun. Lima, Perú. En: http://www.ripj.com/art_jcos/art_jcos/num19/RIPJ_19/EX/19-11.pdf (Consulta: 22 de febrero, 2009).

resultado alcanzado. Punible es el querer, no la ejecución; de este modo, lo punible primariamente es la tentativa, no la consumación.”²⁵³

En otras palabras, se atiende más a la voluntad criminal que a la objetivación de la misma²⁵⁴. En este punto es importante destacar que autores como Zielinski reconocen la identidad antes mencionada; sin embargo, sí marcan una diferencia entre lo que respecta a la tentativa acabada e inacabada haciendo énfasis en que en la primera el ilícito de acción se ha completado mientras que en la segunda el desvalor de acción no se ha realizado en su totalidad.²⁵⁵

Asimismo cabe destacar que con la adopción de esta postura se eliminan las diferencias existentes entre la tentativa idónea e inidónea (delito imposible) a los efectos de la punibilidad y con ello se amplía el campo de acción del derecho penal, pues se considera que toda tentativa es inidónea y por ello la clasificación mencionada se vuelve irrelevante²⁵⁶. De forma tal que el fundamento es la resolución del sujeto activo de

²⁵³ Cury Urzúa, Enrique (1977). Tentativa y Delito Frustrado: (El Proceso Ejecutivo del Delito). 1ª Edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. p 159.

²⁵⁴ Mir Puig, Carlos (1993). “Sobre la Naturaleza Jurídica de la Tentativa y del Delito Frustrado. Concepto Objetivo del Delito Frustrado”. Revista del Poder Judicial. (Nº 30): p 75-87. Jun. Madrid, España. p 82. En el mismo sentido: Cota Molina, Enrique (2006). “Iter Criminis”. Estudios Penales y Política Criminal. 1ª Edición. p. 673- 699. México D.F. Editorial Angel Editor. p 689.

²⁵⁵ Mañalich Raffo, Juan Pablo (2004). “La Tentativa y el Desistimiento en el Derecho Penal. Algunas Consideraciones Conceptuales”. Revista de Estudios de la Justicia. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. (Nº 4) en: http://www.derecho.uchile.cl/cej/recej/recej4/archivos/tentativa%20y%20desistimiento%20_JPM_corregido%20_16_.pdf. (Consulta: 20 de marzo, 2009).

²⁵⁶ Otero, Juan Manuel (2002). “Los Límites de la Acción Penal del Estado: Tentativas Inidóneas”. Revista de la Escuela Judicial. (Nº 2): p 37-58. Nov. San José, Costa Rica. p 43. En el mismo sentido: Cury Urzúa, Enrique (1977). Tentativa y Delito Frustrado: (El Proceso Ejecutivo del Delito). 1ª Edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. p 159. Véase además: González Mateos, José Carlos (2001). “La Penalidad de la Tentativa”. Revista del Poder Judicial. (Nº 61): p 165-215. Madrid, España. p 186. Consúltense también: Hassel, Guillermo en www.monografias.com (Consulta: 21 de febrero, 2009).

cometer un ilícito, razón por la cual el tipo subjetivo se encuentra completo²⁵⁷. Dentro de esta corriente se encuentran Ferri y Garófalo; asimismo se presentan varias tendencias de la postura; a saber:

a. Tesis de Adolfo Prins

Para Prins un sujeto que cometa una tentativa tiene la misma intención criminal de cometer un delito consumado; por lo cual no debería existir una razón para tratar ambos supuestos de modo distinto; siendo la punibilidad la única forma de defenderse de los abusos de los delincuentes. Esta postura tiene el gran inconveniente de dejar al arbitrio de los jueces el análisis de las circunstancias del caso concreto²⁵⁸, existiendo con ello la posibilidad de resolver casos violentando derechos y generando un alto grado de inseguridad jurídica.

b. Tesis Correccionalista

Postula que la tentativa solamente debe sancionarse de una forma más benévola en caso de que la culpa del sujeto activo sea menor.

²⁵⁷ Frías Caballero, Jorge (1956). El Proceso Ejecutivo del Delito: Ensayo de Dogmática Jurídica sobre el Artículo 42 del Código Penal. 2ª Edición. Buenos Aires, Argentina. Editorial Bibliográfica Argentina. p 148.

²⁵⁸ Sandoval Rodríguez, Francisco de Jesús (1983). "La Punibilidad en la Tentativa". Criminalia. Año XLIX (Nº 1-12): p 214-223. Ene-Dic. México. p 215.

c. Escuela Positivista

Mantiene que el fundamento de la punición de la tentativa radica en la peligrosidad del agente. A esta posición también se le conoce como: “criterio normativo”²⁵⁹ y ha recibido varias críticas tal y como se refleja en la siguiente cita: *“El error de esta tesis, a nuestro juicio, radica en hacer de la exteriorización de la voluntad un síntoma de la peligrosidad del delincuente, y no, como debe ser, el fundamento de su culpabilidad.”*²⁶⁰

c) TEORÍA DE LA IMPRESIÓN

Esta teoría pone el énfasis de la punibilidad del conato en la conmoción provocada en la sociedad por la actuación desarrollada contraria al orden normativo y afecte el sentimiento de seguridad jurídica que tenga la comunidad²⁶¹. Podemos incluir dentro de esta postura a Mario Pagano, Antolisei y Civoli. Esta tesis es criticada pues se dice que con su adopción se estaría creando un bien jurídico público estatal, cual es la seguridad jurídica, convirtiéndose en un ilícito independiente consistente no en la tentativa de un delito, sino en un delito de tentativa²⁶²; además se dice que la alarma social no es

²⁵⁹ Sandoval Rodríguez, Francisco de Jesús (1983). “La Punibilidad en la Tentativa”. *Criminalia*. Año XLIX (Nº 1-12): p 214-223. Ene-Dic. México. p 214.

²⁶⁰ Pavón Vasconcelos, Francisco (1982). *Breve Ensayo sobre la Tentativa*. 3ª Edición. México. Editorial Porrúa, S.A. p 41.

²⁶¹ Salas Beteta, Christian (2007). “El Iter Criminis y los Sujetos Activos del Delito”. *Revista Internauta de Práctica Jurídica*. (Nº 19). Ene-Jun. Lima, Perú. En: http://www.ripj.com/art_jcos/art_jcos/num19/RIPJ_19/EX/19-11.pdf (Consulta: 22 de febrero, 2009).

²⁶² Zaffaroni, Eugenio Raúl (2006). *Manual de Derecho Penal: Parte General*. 2ª Edición. Buenos Aires, Argentina. Editorial Ediar. p.p. 640-641. En el mismo sentido véase: Sandoval Rodríguez, Francisco de Jesús

exclusiva de la figura de la tentativa²⁶³. Por otro lado también se le objeta cuál sería el criterio adoptado por la sociedad como válido para determinar si con la conducta se afecta a la comunidad pues existen sociedades poco racionales y ello derivaría en consecuencias nefastas; por ello se afirma: *“La existencia de una sociedad “no ilustrada” produce tensión necesariamente sobre el fundamento de la teoría y provoca que sus defensores tengan que afirmar que el Derecho no tiene que adaptarse necesariamente a cualquier convicción o sentimiento vigente en la sociedad.”*²⁶⁴

De acuerdo con Zaffaroni existen tres conclusiones a las cuales se puede arribar después de un análisis pormenorizado de la tentativa; a saber: *“A) la penalidad de la tentativa es atenuada siempre con relación a la del delito consumado; B) la penalidad de la tentativa se expresa legalmente en una escala que va desde un mínimo hasta un máximo; C) la escala penal de la tentativa tiene como base la escala penal conminada en abstracto para el delito consumado”*²⁶⁵

Otros como Francisco Pavón Vasconcelos establecen los criterios doctrinarios que se han desarrollado para establecer la penalidad que se debe atribuir a la tentativa; a saber²⁶⁶:

(1983). “La Punibilidad en la Tentativa”. Criminalia. Año XLIX (Nº 1-12): p 214-223. Ene-Dic. México. p 215.

²⁶³ Pavón Vasconcelos, Francisco (1982). Breve Ensayo sobre la Tentativa. 3ª Edición. México. Editorial Porrúa, S.A. p 42.

²⁶⁴ Otero, Juan Manuel (2002). “Los Límites de la Acción Penal del Estado: Tentativas Inidóneas”. Revista de la Escuela Judicial. (Nº 2): p 37-58. Nov. San José, Costa Rica. p 44.

²⁶⁵ Zaffaroni, Eugenio Raúl (1982). “Pena de la Tentativa e Interpretación Restrictiva”. Doctrina Penal: Teoría y Práctica en las Ciencias Penales. Año V. (Nº 17-20): p 163-167. Buenos Aires, Argentina. p 166.

²⁶⁶ Pavón Vasconcelos, Francisco (1982). Breve Ensayo sobre la Tentativa. 3ª Edición. México. Editorial Porrúa, S.A. p.p. 97-98.

- ✓ Al conato debe imponerse una pena inferior a la correspondiente al delito consumado (tesis seguida por Beccaria) pues es importante a nivel de política criminal motivar al delincuente a apartarse de la ejecución de acciones que finalmente lo lleven a consumir el propósito delictivo.
- ✓ La penalidad de la tentativa debe ser equivalente a la del delito consumado (postura adoptada por el ya mencionado Adolfo Prins, y por Puglia) justificado en que la no consumación del mismo se debió a causas ajenas a la voluntad del sujeto y por ello no es procedente que reciba un trato más favorable.
- ✓ La penalidad del delito tentado debe ser establecida en virtud de la peligrosidad revelada por el agente; retornando con ello a un Derecho Penal de Autor – tesis defendida entre otros por Garofalo-.

TÍTULO VII. TENTATIVA ACABADA VERSUS TENTATIVA INACABADA

a) DIFERENCIAS ENTRE LA TENTATIVA ACABADA E INACABADA Y SU RELEVANCIA EN LA FIGURA DEL DESISTIMIENTO

En doctrina se plantea una diferenciación entre la llamada tentativa inacabada (o tentativa en sentido estricto; también denominada por Francisco Pavón Vasconcelos como tentativa inconclusa) y la tentativa acabada (asimismo denominada delito frustrado o tentativa concluida); pues aún y cuando en ambas no se genera el resultado por causas

ajenas a la voluntad del agente²⁶⁷ y se ubican en la fase ejecutiva del delito constituyendo delitos imperfectos, suponen grados distintos de ejecución dentro de la misma, en la primera la imperfección está ligada a la acción propiamente dicha, mientras que en la segunda esa imperfección se presenta básicamente en el resultado²⁶⁸. Se ha mencionado que la tentativa acabada implica la inacabada pues la primera al inicio de la ejecución fue inacabada; sin embargo la relación inversa no se presenta pues no todo comienzo termina en delito porque depende del azar²⁶⁹. Una de las diferencias que destaca la doctrina es que tanto la tentativa acabada como inacabada suponen la trasgresión de diversas prohibiciones²⁷⁰. Asimismo se ha mencionado que la tentativa inacabada solo requiere para su configuración la constatación del “dolo de causar”; en tanto que la acabada además de éste implica la concreción plena del atentado concurriendo el nexo causal y el objeto del ataque²⁷¹.

La tentativa inacabada se presenta cuando: *“no se ha realizado toda la actividad necesaria para que sobrevenga el resultado dañoso, y este no se produce por causas ajenas a la voluntad del agente”*²⁷². Es por ello que se considera que hasta cierto punto la conducta desplegada debería de revestir menor reprochabilidad que el delito frustrado –

²⁶⁷ Pavón Vasconcelos, Francisco (1982). Breve Ensayo sobre la Tentativa. 3ª Edición. México. Editorial Porrúa, S.A. p 24.

²⁶⁸ Muñoz Rubio, Campo Elias (1974-1975). “Las Formas de Aparición del Delito”. Cuadernos Panameños de Criminología. Vol. 1. (Nº 3 y 4): p 13-47. Nov. Panamá. p.p. 34-35.

²⁶⁹ González Mateos, José Carlos (2001). “La Penalidad de la Tentativa”. Revista del Poder Judicial. (Nº 61): p 165-215. Madrid, España. p 173.

²⁷⁰ *Ibidem*, p 169.

²⁷¹ *Ibidem*, p.p. 184-185.

²⁷² Castillo González, Francisco (2003). Tentativa y Desistimiento Voluntario. 1ª Edición. San José, Costa Rica. Editorial Jurídica Continental. p 126.

en el cual la ejecución es completa²⁷³;- pues en éste se realizan todas las acciones indispensables para que el resultado se produzca y sin embargo, ello no sucede por causas independientes a la voluntad del sujeto, pues éste pierde el dominio del hecho²⁷⁴. Este razonamiento se justifica en razón de que en la tentativa acabada genera una mayor situación de peligro para el bien jurídico que la inacabada pues para su efectiva realización únicamente requiere de acontecimientos que se encuentran más allá de la acción²⁷⁵.

Siguiendo la misma línea de análisis y en estricta aplicación del “principio de proporcionalidad” a la tentativa acabada debería asignársele una pena mayor que a la inacabada²⁷⁶; tomando en consideración que al mismo tiempo para la primera la sanción a imponer debe ser menor a la otorgada para el delito consumado²⁷⁷. Es claro que la menor penalidad para la tentativa inacabada proviene del menor disvalor de la acción; mientras que en el caso de la tentativa acabada el disvalor de la acción coincide con el del

²⁷³ Ezaine Chaves, Amado (1986). Iter criminis: Actos preparatorios, Tentativa, Frustración, Consumación” San José, Costa Rica. p 81.

²⁷⁴ Fernández Moreno, R. y Madrigal Madrigal, J. (1995). El Desistimiento Voluntario de Consumar el Delito: Su Regulación en el Ordenamiento Jurídico Costarricense. Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica. p 143. Véase además: Solís Muñoz, Alejandro (1967). Jurisprudencia sobre el Desistimiento en la Tentativa. Memoria de Frueba para optar por el grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. p 37. Asimismo se puede consultar: Muñoz Rubio, Campo Elias (1974-1975). “Las Formas de Aparición del Delito”. Cuadernos Panameños de Criminología. Vol. 1. (Nº 3 y 4): p 13-47. Nov. Panamá. p 34. Puede consultarse también: Muñoz Conde, Francisco (1991). Teoría General del Delito. 2ª Edición. Valencia, España. Editorial Tirant lo Blanch. p 168. Del mismo modo aparece en: González Mateos, José Carlos (2001). “La Penalidad de la Tentativa”. Revista del Poder Judicial. (Nº 61): p 165-215. Madrid, España. p.p. 167-168.

²⁷⁵ Ezaine Chaves, Amado (1986). Iter criminis: Actos preparatorios, Tentativa, Frustración, Consumación” San José, Costa Rica. p 77.

²⁷⁶ Fernández Moreno, R. y Madrigal Madrigal, J. (1995). El Desistimiento Voluntario de Consumar el Delito: Su Regulación en el Ordenamiento Jurídico Costarricense. Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica. p .p.144-145. En el mismo sentido: González Mateos, José Carlos (2001). “La Penalidad de la Tentativa”. Revista del Poder Judicial. (Nº 61): p 165-215. Madrid, España. p 195.

²⁷⁷ Ezaine Chaves, Amado (1986). Iter criminis: Actos preparatorios, Tentativa, Frustración, Consumación” San José, Costa Rica. p 82.

delito consumado, por lo que si se busca justificar su menor penalidad la razón esgrimida para ello debe buscarse fuera del injusto²⁷⁸.

Cabe destacar que este criterio no es unánime, pues hay quienes consideran que al delito frustrado debería imponerse la misma penalidad que la establecida para el delito consumado; la cita que se presenta a continuación es fiel reflejo de esta situación: *“(...) la tentativa inacabada es mencionada regularmente como caso de una atenuación obligatoria, la tentativa acabada, en cambio, es sustraída, como tendencia, de la atenuación, porque el autor habría hecho aquí todo lo que, según su representación, era necesario para la producción del resultado delictivo, por ende se habría cargado ya con un quantum de culpabilidad, que en vista además de las múltiples causalidades de la falta de producción del resultado, se corresponde ampliamente al del hecho consumado, y que por ello, exigiría la equiparación con él en el marco penal”*²⁷⁹.

Se podría cuestionar cómo marcar el límite entre una tentativa y otra; para lo cual resulta relevante lo esgrimido en la siguiente cita: *“En un plano ideal, la tentativa inacabada empieza cuando el riesgo creado ya tiene el significado de lesión de la vigencia de la norma (es objetivamente imputable) pero aún es dominado completamente por el autor, y termina cuando el sujeto tiene la posibilidad segura de revocarlo; mientras que la tentativa acabada comienza precisamente con la pérdida de dicha posibilidad y termina cuando el comportamiento alcanza el significado de máxima lesión de expectativas*

²⁷⁸ González Mateos, José Carlos (2001). “La Penalidad de la Tentativa”. Revista del Poder Judicial. (Nº 61): p 165-215. Madrid, España. p 205.

²⁷⁹ Frisch, Wolfgang (1994). “La Atenuación del Marco Penal en la Tentativa”. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Tomo: XLVII, Fascículo II: p 159-192 May-Ago. Madrid, España. p.p. 171-172.

*penalmente aseguradas, pudiendo este momento coincidir con el acaecimiento del resultado en sentido naturalista*²⁸⁰.

La posición dominante afirma que en la tentativa acabada el tipo subjetivo – entendiéndose el dolo– se encuentra completo, pues es el mismo requerido para la consumación del delito; mientras que ello no sucede de la misma forma en el caso de la tentativa inacabada; esto por cuanto: *“Si según sus representaciones aún faltan algunos eslabones por interponer en el camino hacia el resultado, faltará también el «dolo del hecho íntegro», de donde se deriva la conclusión de que, en la fase de «tentativa inacabada», el tipo subjetivo aún no se ha completado íntegramente. Por tanto la «tentativa inacabada» se caracteriza porque su tipo subjetivo es un fragmento que se queda rezagado en relación con la actuación psíquica concurrente en la finalización de la tentativa*²⁸¹.

Otros por su parte consideran que ambas figuras constituyen el mismo dolo, de forma tal que: *“(…) en ambas hipótesis la voluntad del autor era la misma y que la anticipación o retardo de la interrupción obedece a circunstancias causales; al paso que por otra parte, aún la diferencia objetiva entre ambas situaciones es puramente formal,*

²⁸⁰ Reaño Peschiera, José Leandro (2005). “Sobre los Fundamentos de la Exención de Pena por “Desistimiento Voluntario” de la Tentativa”. Los Desafíos del Derecho Penal en el Siglo XXI: Libro Homenaje al Profesor Dr. Günther Jakobs. p. 341-381. Lima, Perú. ARA Editores. p 371.

²⁸¹ González Mateos, José Carlos (2001). “La Penalidad de la Tentativa”. Revista del Poder Judicial. (Nº 61): p 165-215. Madrid, España. p 177.

*pues la mayor o menor proximidad del peligro no significa que sean susceptibles de valoraciones distintas o modificaciones paralelas a la gravedad del riesgo*²⁸².

Es importante de previo aclarar un asunto de suma trascendencia, pues la distinción entre tentativa acabada e inacabada ejerce toda su utilidad en los delitos de resultado, es decir; aquellos que exigen la producción de un estado de cosas distinto como consecuencia de la conducta desplegada por el agente; pues en el caso de los delitos formales o de mera actividad la realización de todos los actos necesarios para alcanzar el resultado – que en principio constituye la definición de la tentativa acabada- implicaría la consumación del mismo²⁸³. Es por ello que es factible hablar de tentativa inacabada tanto en los delitos de resultado como en los de mera actividad –que no sean unisubsistentes-; mientras que la opinión dominante es que no se presenta la misma situación en el caso de la tentativa acabada, la cual solo es posible en los delitos de resultado²⁸⁴. En la presente investigación, el caso del delito de violación claramente se ubica en los delitos de resultado; no obstante con relación con el abuso sexual debe efectuarse ciertas precisiones que se desarrollarán más adelante, pues para unos constituye un delito de resultado, mientras que otros opinan que el mismo se configura como un delito de mera actividad de donde se sigue que la tentativa acabada es impensable.

²⁸² Cury Urzúa, Enrique (1977). Tentativa y Delito Frustrado: (El Proceso Ejecutivo del Delito). 1ª Edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. p 79.

²⁸³ Mañalich Raffo, Juan Pablo (2004). “La Tentativa y el Desistimiento en el Derecho Penal. Algunas Consideraciones Conceptuales”. Revista de Estudios de la Justicia. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. (Nº 4) en: http://www.derecho.uchile.cl/cej/recej/recej4/archivos/tentativa%20y%20desistimiento%20_JPM_corregido%20_16_.pdf. (Consulta: 20 de marzo, 2009).

²⁸⁴ Cury Urzúa, Enrique (1977). Tentativa y Delito Frustrado: (El Proceso Ejecutivo del Delito). 1ª Edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. p.p. 139-140.

Se dice que el concepto de delito frustrado fue creado por Romagnosi y el antecedente histórico más cercano al mismo lo constituye el llamado “Conato Praetergresso” o “Conato Perfecto” que requiere que el agente realice todos los actos que cree necesarios para alcanzar el resultado. No obstante, para Romagnosi no basta con que el sujeto activo crea los actos como necesarios sino que además dichos actos sean por naturaleza (causalmente) objetivamente necesarios para alcanzar la finalidad perseguida²⁸⁵.

Es importante destacar que se ha planteado una distinción entre el criterio objetivo y subjetivo²⁸⁶ para determinar si se trata de una tentativa inacabada o un delito frustrado; para el criterio objetivo hay delito frustrado cuando se llevan a cabo todos los actos necesarios para la consumación del ilícito tomando en cuenta para ello las leyes naturales que rigen las relaciones de cosas²⁸⁷; lo anterior al margen de las consideraciones del plan de autor; y, existe tentativa inacabada cuando la hipótesis es la contraria; el criterio subjetivo por su parte considera que se está en presencia de un delito frustrado cuando se ponen en ejecución todos los actos necesarios para alcanzar el resultado propuesto de acuerdo con la representación del autor, y al conocimiento que tenga el mismo al momento de llevar a cabo la acción –semejante así al conato praetergresso antes mencionado- mientras que el supuesto contrario provocaría el surgimiento de una

²⁸⁵ Mir Puig, Carlos (1993). “Sobre la Naturaleza Jurídica de la Tentativa y del Delito Frustrado. Concepto Objetivo del Delito Frustrado”. *Revista del Poder Judicial*. (Nº 30): p 75-87. Jun. Madrid, España. p 83.

²⁸⁶ Reaño Peschiera, José Leandro (2005). “Sobre los Fundamentos de la Exención de Pena por “Desistimiento Voluntario” de la Tentativa”. *Los Desafíos del Derecho Penal en el Siglo XXI: Libro Homenaje al Profesor Dr. Günther Jakobs*. p. 341-381. Lima, Perú. ARA Editores. p 372.

²⁸⁷ Cury Urzúa, Enrique (1977). *Tentativa y Delito Frustrado: (El Proceso Ejecutivo del Delito)*. 1ª Edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. p 80.

tentativa inacabada²⁸⁸. A esta postura se ha objetado que podría contrariar el principio de tipicidad pues los actos deben encuadrar en el tipo penal que en muchos casos no coincide con el plan de autor²⁸⁹. Muñoz Conde es partidario de conjugar ambos factores –objetivo y subjetivo– pues ineludiblemente el plan de autor es necesario para saber si ha concluido la fase de ejecución del delito²⁹⁰.

Dentro del criterio subjetivo se puede ubicar a autores como Roxin²⁹¹ y Francisco Castillo; para quienes, la condición de acabada e inacabada viene dada por la representación del hecho que tenga el autor²⁹²; por ello aún y cuando un observador objetivo considere que no se han realizado todas las acciones indispensables para alcanzar el resultado dañoso y la catalogue como tentativa inacabada, si el autor consideró que ya había desplegado todas las acciones necesarias para conseguir su finalidad, la tentativa se tendrá como acabada y por ello solo un comportamiento activo del mismo le concedería la impunidad. Y viceversa, si para el observador imparcial se encuentra objetivamente acabada, pero para el autor no es así, la tentativa se tendrá como

²⁸⁸ Llobet Rodríguez, Javier (1989). “El Desistimiento Voluntario”. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Año 1 (Nº 1) p 49-56. Dic. San José, Costa Rica. p.p. 51-52. En el mismo sentido: Mir Puig, Carlos (1993). “Sobre la Naturaleza Jurídica de la Tentativa y del Delito Frustrado. Concepto Objetivo del Delito Frustrado”. Revista del Poder Judicial. (Nº 30): p 75-87. Jun. Madrid, España. p 84. Véase además: Cury Urzúa, Enrique (1977). Tentativa y Delito Frustrado: (El Proceso Ejecutivo del Delito). 1ª Edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. p 83.

²⁸⁹ Mir Puig, Carlos (1993). “Sobre la Naturaleza Jurídica de la Tentativa y del Delito Frustrado. Concepto Objetivo del Delito Frustrado”. Revista del Poder Judicial. (Nº 30): p 75-87. Jun. Madrid, España. p 87.

²⁹⁰ Muñoz Conde, Francisco (1991). Teoría General del Delito. 2ª Edición. Valencia, España. Editorial Tirant lo Blanch. p 168.

²⁹¹ Mañalich Raffo, Juan Pablo (2004). “La Tentativa y el Desistimiento en el Derecho Penal. Algunas Consideraciones Conceptuales”. Revista de Estudios de la Justicia. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. (Nº 4) en: http://www.derecho.uchile.cl/cej/recej/recej4/archivos/tentativa%20y%20desistimiento%20_JPM_corregido%20_16_.pdf. (Consulta: 20 de marzo, 2009).

²⁹² Castillo González, Francisco (2003). Tentativa y Desistimiento Voluntario. 1ª Edición. San José, Costa Rica. Editorial Jurídica Continental. p 144.

inacabada²⁹³. Esto puede conducir a afirmar que lo que se representa el autor será determinante a la hora de atribuir responsabilidades; pues si el agente consideró que no realizó todos los actos necesarios para alcanzar el resultado y aún así éste se genera, el mismo no podría serle imputado²⁹⁴. La misma posición se refleja en Zaffaroni, para quien siempre se debe apelar al plan de autor pues de lo contrario sería imposible establecer cuando la ejecución se encuentra completa y por ello si los actos son todos los necesarios para producir la consumación²⁹⁵.

La clasificación entre la tentativa acabada e inacabada reviste gran trascendencia; no obstante ha sido criticada, pues se dice que puede conducir a yerros, ello resulta manifiesto en las siguientes líneas: “ (...) *la distinción tentativa inacabada /tentativa acabada puede inducir a error, por cuanto que camufla el abismo que, en realidad, media entre una (intentar el injusto) y otra (realizar el injusto): la tentativa inacabada, si se sigue la terminología criticada, vendría a ser ciertamente, la tentativa de la tentativa, esto es intentar una tentativa, lo que genuinamente constituirá TENTATIVA.*”²⁹⁶

No obstante lo anterior, la distinción propuesta es de vital importancia para efectos de la aplicación de figuras como el desistimiento; dado que en caso de encontrarse ante una tentativa inacabada, y el sujeto activo decida no continuar con la realización del

²⁹³ Muñoz Conde, Francisco (1972). El Desistimiento Voluntario de Consumar el Delito. 1ª Edición. Barcelona, España. Editorial Bosch. p 104.

²⁹⁴ Cury Urzúa, Enrique (1977). Tentativa y Delito Frustrado: (El Proceso Ejecutivo del Delito). 1ª Edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. p 84.

²⁹⁵ Zaffaroni, Eugenio Raúl (2006). Manual de Derecho Penal: Parte General. 2ª Edición. Buenos Aires, Argentina. Editorial Ediar. p 662.

²⁹⁶ González Mateos, José Carlos (2001). “La Penalidad de la Tentativa”. Revista del Poder Judicial. (Nº 61): p 165-215. Madrid, España. p 174.

ilícito lo único que requiere es “dejar de” ejecutarlo para quedar impune, lo que metafóricamente podría representarse como “frenar o detenerse”²⁹⁷. En cambio si se configura una tentativa acabada, donde lo único que falta es que sobrevenga el resultado, no basta con que el sujeto deje de actuar sino que el mismo debe desplegar un comportamiento positivo para evitar que sobrevenga el resultado, situación que se podría asimilar a “poner marcha atrás”²⁹⁸ y se aplicaría la figura del arrepentimiento activo²⁹⁹. Por ello para Mezger en la tentativa inacabada solo se requiere la espontaneidad y la renuncia a la ejecución de la acción; mientras que en el caso de la tentativa acabada se requiere impedir el resultado por la propia actividad del agente.³⁰⁰

Zaffaroni explica lo anterior de forma bastante clara en la siguiente frase: *“En la tentativa inacabada es imprescindible que el desistimiento que interrumpe la acción ejecutiva impida la consumación del delito, o que solo se consume por una desviación esencial del curso causal respecto de lo imaginado por el autor, de naturaleza tal que impida atribuirle el resultado. Debe quedar claro que no hay abandono cuando el autor ha perdido sus alternativas de conducta (...) El caso varía completamente cuando se trata de una tentativa acabada, en que ya se ha realizado todo y la consumación depende de la*

²⁹⁷ Llobet Rodríguez, Javier (1989). “El Desistimiento Voluntario”. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Año 1 (Nº 1) p 49-56. Dic. San José, Costa Rica. p 52.

²⁹⁸ *Ibid.*

²⁹⁹ Ezaine Chaves, Amado (1986). Iter criminis: Actos preparatorios, Tentativa, Frustración, Consumación San José, Costa Rica. p 81. En el mismo sentido: Muñoz Rubio, Campo Elias (1974-1975). “Las Formas de Aparición del Delito”. Cuadernos Panameños de Criminología. Vol. 1. (Nº 3 y 4): p 13-47. Nov. Panamá. p 36. Véase además: Ministerio Público. (2004). Teoría del Delito: Desistimiento Voluntario, Tentativa Acabada e Inacabada, Deslinde. En: http://ministeriopublico.poder-judicial.go.cr/publicaciones/boletines_jurisp/2004/JUR11-2004.pdf (Consulta: 19 de febrero, 2009). Consúltese además: Salas Beteta, Christian (2007). “El Iter Criminis y los Sujetos Activos del Delito”. Revista Internauta de Práctica Jurídica. (Nº 19). Ene-Jun. Lima, Perú. En: http://www.ripj.com/art_jcos/art_jcos/num19/RIPJ_19/EX/19-11.pdf (Consulta: 22 de febrero, 2009).

³⁰⁰ Pavón Vasconcelos, Francisco (1982). Breve Ensayo sobre la Tentativa. 3ª Edición. México. Editorial Porrúa, S.A. p 106.

*no intervención futura de parte del autor. En tal caso se requiere que el desistimiento se manifieste en la forma de una actividad, porque solo se puede revocar mediante acciones de evitación, como si lo que resta para la consumación estuviese gobernado por una estructura típica omisiva*³⁰¹.

Francisco Castillo hace referencia a tres votos de la Sala Tercera (resoluciones número: 249 del año 1995, 648 del año 1995, 43 del año 1992) donde se explica este supuesto de la forma siguiente: *“(...) si éste en forma libre y espontánea decidiera no realizar el hecho, no es suficiente para lograr la impunidad la simple cesación o abandono de la actividad como en el caso del desistimiento, sino que se requiere una acción eficiente para evitar el resultado (...) y con ello no se produce la tentativa pero se origina el arrepentimiento activo.*³⁰²

Se dice que en el caso de la tentativa acabada, para que sea procedente el arrepentimiento eficaz es necesario que la decisión de evitar la consumación del delito se tome antes de que el hecho pueda ser descubierto por alguien que evite la consumación o denuncie el hecho³⁰³. Asimismo se considera que tanto en el desistimiento voluntario como en el arrepentimiento activo es necesario que se presente en el sujeto una clara voluntad de no querer que se consume el hecho y la actitud que éste despliegue debe ser

³⁰¹ Zaffaroni, Eugenio Raúl (2006). Manual de Derecho Penal: Parte General. 2ª Edición. Buenos Aires, Argentina. Editorial Ediar. p.p. 662-663.

³⁰² Castillo González, Francisco (2003). Tentativa y Desistimiento Voluntario. 1ª Edición. San José, Costa Rica. Editorial Jurídica Continental. p.p. 126-127.

³⁰³ Llobet Rodríguez, Javier (1989). “El Desistimiento Voluntario”. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Año 1 (Nº 1) p 49-56. Dic. San José, Costa Rica. p 51.

idónea para lograr la evitación; en el próximo capítulo se analizarán estos requisitos con mayor detenimiento³⁰⁴.

Otros, como Jakobs consideran que solo existe la posibilidad de que opere un desistimiento cuando el autor gobierna en forma total el hecho y por esa razón el desistimiento no puede configurarse en el caso de la tentativa acabada. Marcelo Sancinetti, expone la posición del autor mencionado al manifestar: *“(...) si como dice Jakobs, sólo hay posibilidad de desistir mientras el autor gobierne todos los riesgos de la consumación, es decir, durante la tentativa inacabada, y después de eso sólo habrá, en el mejor de los casos, un comportamiento posterior al hecho a computar en la medición de la pena, será porque “el hecho” jurídico-penal es la tentativa acabada.”*³⁰⁵

b) LA TENTATIVA ACABADA: PROPIA E IMPROPIA

La tentativa acabada o delito frustrado también se ha denominado por los doctrinarios como: “Tentativa Concluida”³⁰⁶, “Tentativa Fracasada”³⁰⁷, o bien “Délit Manqué” (delito manco). Algunos autores, entre los que destaca Maggiore postulan que en el delito frustrado no se llevan a cabo todos los actos necesarios para producir el

³⁰⁴ Llobet Rodríguez, Javier (1989). “El Desistimiento Voluntario”. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Año 1 (Nº 1) p 49-56. Dic. San José, Costa Rica. p 55.

³⁰⁵ Sancinetti, Marcelo A. (2005). “Ilícito Penal sin Desvalor de Resultado”. Los Desafíos del Derecho Penal en el Siglo XXI: Libro Homenaje al Profesor Dr. Günther Jakobs. p. 269-292. Lima, Perú. ARA Editores. p 281.

³⁰⁶ Ezaine Chaves, Amado (1986). Iter criminis: Actos preparatorios, Tentativa, Frustración, Consumación San José, Costa Rica. p 77.

³⁰⁷ Muñoz Conde, Francisco (1972). El Desistimiento Voluntario de Consumar el Delito. 1ª Edición. Barcelona, España. Editorial Bosch. p 103.

resultado, pues si ello se hiciera se alcanzaría el mismo, por lo que realmente el agente no ha hecho todo lo que podía³⁰⁸. Otros juristas muestran descontento por llamar a esta figura delito frustrado, pues: *“(...) lo que se frustra no es el delito, ni la tentativa, sino el fin que se persiguió. Incluso me atrevo a llamarla frustración del fin de la tentativa, por cuanto la misma siempre existirá, aunque se frustre el fin”*³⁰⁹.

A pesar de lo anterior se han destacado en doctrina tres elementos integrantes del delito frustrado; a saber: *“1. Que el agente ejecute todos los actos necesarios para la consumación del delito. Se trata en este caso de una ejecución completa, a diferencia del delito tentado que es una ejecución incompleta. 2. Que a pesar de ello el delito no se consume; y 3. Que la no producción del delito sea independiente de la voluntad del sujeto activo”*³¹⁰.

Asimismo se deben tener claro que por tentativa fracasada o delito frustrado se debe entender tanto³¹¹:

- La tentativa inidónea o delito imposible desde el instante en que el sujeto activo descubra la inidoneidad.
- La tentativa en la cual surgen acontecimientos que imposibilitan tanto la consumación como el desistimiento.

³⁰⁸ Muñoz Rubio, Campo Elias (1974-1975). “Las Formas de Aparición del Delito”. *Cuadernos Panameños de Criminología*. Vol. 1. (Nº 3 y 4): p 13-47. Nov. Panamá. p 35.

³⁰⁹ Quesada Mora, Juan Gerardo (1991). “El Delito Imposible o Tentativa Inidónea”. *Revista Ivstitia*. Año 5 (Nº 55) p 18-20. Jul. San José, Costa Rica. p 19.

³¹⁰ Muñoz Rubio, Campo Elias (1974-1975). “Las Formas de Aparición del Delito”. *Cuadernos Panameños de Criminología*. Vol. 1. (Nº 3 y 4): p 13-47. Nov. Panamá. p 36.

³¹¹ Pozuelo Pérez, Laura (2003). *El Desistimiento en la Tentativa y la Conducta Postdelictiva*. 1ª Edición. Valencia, España. Editorial Tirant to Blanch. p 161.

El delito frustrado tiene un matiz importante en los casos de participación criminal, pues para determinar su configuración se requiere que todos los sujetos que intervienen en la comisión del hecho delictivo hayan realizado todo lo necesario para alcanzar el resultado en virtud del plan conjunto. Distinto así de la hipótesis de la autoría mediata, en la cual basta con que el autor mediato considere que ya ejecutó todos los actos indispensables para que el instrumento alcance la finalidad perseguida³¹².

La tentativa fracasada se ha clasificado por la doctrina en propia e impropia, siendo la primera aquella en la cual el sujeto no puede servirse de otro medio para lograr el resultado, mientras que la segunda sí admite esa posibilidad³¹³. Por ello en el caso de la tentativa fracasada propia, el problema del desistimiento no se plantea, ya que es claro que el sujeto no cuenta con el control de los acontecimientos y por ello el no continuar con la realización del ilícito no obedece a una actitud voluntaria de su parte, sino a circunstancias ajenas que le impiden la consumación, lo anterior se constata plenamente con vista de la siguiente cita: *“La conciencia en la no posibilidad de alcanzar la consumación motiva al delincuente para desistir de su plan criminal, pero este Desistimiento, que preferimos llamar abandono del crimen, no tiene el efecto de producir la impunidad.”*³¹⁴

³¹² Cury Urzúa, Enrique (1977). Tentativa y Delito Frustrado: (El Proceso Ejecutivo del Delito). 1ª Edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. p 85.

³¹³ Muñoz Conde, Francisco (1991). Teoría General del Delito. 2ª Edición. Valencia, España. Editorial Tirant lo Blanch. p 171. Véase además: Muñoz Conde, Francisco (1972). El Desistimiento Voluntario de Consumar el Delito. 1ª Edición. Barcelona, España. Editorial Bosch. p.p. 103-107.

³¹⁴ Fernández Moreno, R. y Madrigal Madrigal, J. (1995). El Desistimiento Voluntario de Consumar el Delito: Su Regulación en el Ordenamiento Jurídico Costarricense. Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica. p 180.

Como contrapartida de lo anterior, en el caso de la tentativa fracasada impropia, el sujeto ve impedida momentáneamente su acción, pero se encuentra consciente de que si se vale de otros medios para lograr su cometido, podría alcanzar el fin propuesto; es por ello que se puede considerar posible la configuración del desistimiento en este supuesto³¹⁵. Así ha sido analizado el tema por Muñoz Conde al indicar: *“Especiales problemas plantea la definitividad del desistimiento en la tentativa fracasada impropia. No así en la tentativa fracasada propia, porque aquí falta ya el presupuesto mínimo de todo desistimiento: la posibilidad de seguir actuando.”*³¹⁶

No obstante, en la tentativa fracasada impropia se debe tener sumo cuidado a la hora de evaluar los verdaderos motivos que llevaron al sujeto a detener la ejecución del injusto; esto por cuanto: *“(...) el elemento decisivo del Desistimiento es la voluntariedad. En este sentido, es preciso comprobar no solo el requisito mínimo supra citado –sea la posibilidad del agente de seguir actuando-, sino también realizar una valoración del proceso de motivación del sujeto que lo condujo al Desistimiento.”*³¹⁷

Por otra parte en relación con la tentativa acabada impropia se han elaborado varias interpretaciones, pues sería ilógico calificar un comportamiento como un desistimiento voluntario cuando en realidad dejó de realizar el hecho porque fracasó en su primer intento; por ejemplo: si intenta abrir una puerta, pero la gonzúa se rompe y por

³¹⁵ Muñoz Conde, Francisco (1972). El Desistimiento Voluntario de Consumar el Delito. 1ª Edición. Barcelona, España. Editorial Bosch. p 104.

³¹⁶ *Ibidem*, p 119.

³¹⁷ Fernández Moreno, R. y Madrigal Madrigal, J. (1995). El Desistimiento Voluntario de Consumar el Delito: Su Regulación en el Ordenamiento Jurídico Costarricense. Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica. p 182.

ello decide ingresar por el balcón. Para dar solución al tema se han elaborado varias teorías; la alemana plantea un criterio subjetivo de forma tal que si el agente considera que solo requería de un acto o medio para alcanzar su finalidad y fracasa en su intento debe tenerse como acabada la tentativa, mientras que si considera que para obtener el fin requería varios actos o medios se estaría en presencia de una tentativa inacabada y es perfectamente posible un desistimiento; dicha postura ha sido criticada pues protege al delincuente peligroso y calculador. Una segunda posición establece que existen tantos actos de tentativa como actos de ejecución se requieran para cometer el delito, por lo que solo del acto ejecutivo fracasado se excluye la posibilidad de desistir, no de aquellos que no se hayan cometido; a esta postura se ha objetado que efectúa una atomización del proceso ejecutivo del delito inaceptable tanto desde el punto de vista político-criminal como dogmático. Otra tesis plantea que solamente la intención concretada por el autor puede servir de base para determinar los supuestos a aplicar; de forma tal que lo importante es lo querido por el agente – no el cómo- y lo que efectivamente llevó a cabo, pues no debe ser punto de valoración lo que el mismo pensaba hacer. Y la última postura pone énfasis en que todo el proceso ejecutivo del delito debe considerarse como una unidad natural de acción a la cual se le puede aplicar el instituto del desistimiento³¹⁸.

Para el magistrado José Manuel Arroyo Gutiérrez la tentativa acabada o delito frustrado no es procedente en el caso del delito de violación y sus propias palabras no dejan ninguna duda: *“No creo que sea posible, no me lo puedo imaginar porque hay o no*

³¹⁸ Muñoz Conde, Francisco (1972). El Desistimiento Voluntario de Consumar el Delito. 1ª Edición. Barcelona, España. Editorial Bosch. p.p. 107-111.

*hay penetración.*³¹⁹ La misma opinión merece el tema para el magistrado Carlos Chinchilla Sandí, quien al consultarle manifestó: *“No he visto un fallo, qué difícil es determinar una tentativa acabada en un delito de este tipo.”*³²⁰

TÍTULO VIII. TENTATIVA IDÓNEA VERSUS TENTATIVA INIDÓNEA

a) GENERALIDADES

El delito imposible o también denominado tentativa inidónea, insuficiente, o “no peligrosa”³²¹ se presenta cuando el sujeto activo posee conocimientos erróneos de los elementos necesarios para la realización de la acción que conllevan a la imposibilidad de realización del delito³²². La acción puede ser por tanto idónea o inidónea; es idónea cuando: *“(…) teniéndose en cuenta las circunstancias que en aquél momento podían ser conocidas por el agente, se presentaba como adecuada respecto a los resultados a que se dirigía; en los demás casos será inidónea, excluirá la tentativa, dando origen al delito imposible.”*³²³ Se ha señalado en la doctrina que la única semejanza con que cuentan ambos tipos de tentativa es que en ambas se revela la peligrosidad del agente, pues no se

³¹⁹Arroyo Gutiérrez, José Manuel (2009). Tentativa y Desistimiento en los Delitos Sexuales. Entrevista: Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. 3 de junio.

³²⁰Chinchilla Sandí, Carlos (2009). La Tentativa y el Desistimiento en los Delitos Sexuales. Entrevista: Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. 3 de junio.

³²¹Considerada de esa manera por Marcelo A. Sancinetti.

³²²Véase: Favón Vasconcelos, Francisco (1982). Breve Ensayo sobre la Tentativa. 3ª Edición. México. Editorial Porrúa, S.A. p 127.

³²³Solís Muñoz, Alejandro (1967). Jurisprudencia sobre el Desistimiento en la Tentativa. Memoria de Prueba para optar por el grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. p 18.

consigue el resultado propuesto en virtud de circunstancias ajenas a él³²⁴. Es por ello que autores como Guillermo Padilla consideran que a la tentativa inidónea debía aplicarse una medida de seguridad, pues aún y cuando la acción del sujeto no era capaz de producir el resultado se reveló que era un individuo peligroso³²⁵.

Francisco Dall'Anese Ruiz manifiesta que una de las semejanzas que se pueden establecer entre la tentativa propiamente dicha y el delito imposible lo es que, el segundo también se presenta como una figura accesoria a cada uno de los tipos penales de la parte especial del código sustantivo;³²⁶ sin embargo, cabe destacar una de sus particularidades, pues se presenta como una mera actividad regulada por el ordenamiento jurídico que no puede alcanzar la consumación del delito³²⁷.

Es por ello que se puede marcar una diferencia entre el delito frustrado o tentativa acabada y el delito imposible; puesto que aunque en ambos el resultado no se produce y por ello no alcanzan el grado de consumación, no obstante, en el primer supuesto la finalidad perseguida por el agente era posible e idónea desde el punto de vista objetivo, solo que una causa independiente al mismo no permitió que se consiguiera ex post facto; mientras que en el segundo supuesto desde el comienzo de la ejecución el resultado es

³²⁴ Padilla Castro, Guillermo (1967). "La Tentativa". Revista de Ciencias Jurídicas. (Nº 10) p 63-82. San José, Costa Rica. p 76.

³²⁵ *Ibidem*, p 77.

³²⁶ Dall'Anese Ruiz, Francisco (1991). El Delito Imposible. 1ª Edición. San José, Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. p 9.

³²⁷ *Ibidem*, p 12.

imposible de conseguirse, pues el agente ha incurrido en un error ex ante³²⁸. Por ello Dall'Anese afirma que otra de las diferencias destacables entre la tentativa y el delito imposible es que en la primera hay un comienzo de ejecución del delito cuando la misma es inacabada; o bien una ejecución de un ilícito cuando se trata de una tentativa acabada; mientras que en el caso de la tentativa inidónea este comienzo de ejecución no se presenta, pues lo imposible no se puede empezar a ejecutar³²⁹. Por lo anterior resulta contradictorio afirmar como fundamento de punibilidad de la tentativa inidónea el inicio de la fase ejecutiva del delito³³⁰, pues en realidad ello no sucede.

Cabe destacar aquí que ciertos autores consideran no debería hablarse de delito imposible, pues lo que hace dicha expresión es mostrar una contradicción insalvable; ejemplo de ello es la siguiente cita: *“La concepción de delito imposible, es en realidad una contradicción, en razón de que una conducta dolosa que carece de aptitud para llegar a realizar el tipo objetivo, no puede ser calificada como delito, pues a lo mucho podría ser una especie de tentativa. Es un contrasentido porque el delito nunca se ha dado, ni se llegará a dar, por la misma imposibilidad existente. Esto me recuerda cuando el profesor don Rodolfo E. Piza Escalante, nos decía que en Derecho Administrativo, no es correcto hablar del acto inexistente, sino de la inexistencia del acto, porque el acto nunca se ha dado. Entonces, si en el delito imposible no se ha dado el delito (no hay consumación) lo conveniente será hablar de una imposibilidad del delito, que vendría a ser una especie de*

³²⁸ Ezaine Chaves, Amado (1986). Iter criminis: Actos preparatorios, Tentativa, Frustración, Consumación San José, Costa Rica. p 96. Véase además: Pavón Vasconcelos, Francisco (1982). Breve Ensayo sobre la Tentativa. 3ª Edición. México. Editorial Porrúa, S.A. p 91.

³²⁹ Dall'Anese Ruiz, Francisco (1991). El Delito Imposible. 1ª Edición. San José, Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. p 16.

³³⁰ Muñoz Conde, Francisco (1991). Teoría General del Delito. 2ª Edición. Valencia, España. Editorial Tirant lo Blanch. p 169.

*tentativa inidónea*³³¹. De este modo se plantea la inquietud para que la misma sea valorada una vez desarrollado el tema.

Otros hilan más delgado afirmando que no es correcto equiparar la noción de “delito imposible” y “tentativa inidónea” –entre ellos Enrique Cury U.-; pues consideran que las implicaciones de ambas son distintas; a saber: *“La tentativa inidónea se reconoce mediante un juicio ex ante (prognosis póstuma), que se pronuncia sobre la idoneidad de los actos considerando todas las circunstancias conocidas por el sujeto en el momento de obrar. En cambio la existencia de un delito imposible se establece acudiendo a un juicio ex post facto, relativo a la capacidad lesiva de la acción en su conjunto. Lógicamente, entonces, las características de un delito imposible, solo pueden presentarse cuando éste se encuentra consumado: el delito tentado imposible es inimaginable; puesto que si la acción permanece incompleta, no se puede enjuiciar la “lesividad” de su conjunto.”*³³²

Se habla en general de dos tipos de imposibilidad; la de hecho y la de derecho; la de derecho, es lo que se conoce en doctrina como delito putativo que tal y como se verá en el párrafo siguiente también constituye un error; no obstante ésta no será objeto de estudio en la presente investigación. Por su parte la de hecho, es la que se analizará en el presente acápite y que se refiere a la inidoneidad de los medios, el objeto o el sujeto³³³.

³³¹ Quesada Mora, Juan Gerardo (1991). “El Delito Imposible o Tentativa Inidónea”. *Revista Iustitia*. Año 5 (Nº 55) p 18-20. Jul. San José, Costa Rica. p 20.

³³² Cury Urzúa, Enrique (1977). *Tentativa y Delito Frustrado: (El Proceso Ejecutivo del Delito)*. 1ª Edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. p 150.

³³³ Ezaine Chaves, Amado (1986). *Iter criminis: Actos preparatorios, Tentativa, Frustración, Consumación* San José, Costa Rica. p.p. 97-98. En el mismo sentido: Muñoz Rubio, Campo Elias (1974-1975). “Las Formas de Aparición del Delito”. *Cuadernos Panameños de Criminología*. Vol. 1. (Nº 3 y 4): p 13-47. Nov. Panamá. p 40.

El tipo penal se compone de elementos descriptivos y normativos. Los elementos descriptivos son aquellos cuya definición deviene de la experiencia común o de cuestiones definidas a priori, y por ello dejan poco margen al juez para su interpretación. Los elementos normativos son los que requieren valoración e interpretación por parte del juzgador y por ello asignarle su contenido depende en mucho de la discrecionalidad de los jueces.

El dolo de la tentativa requiere el conocimiento de ambos tipos de elementos; aun y cuando en el caso de los elementos normativos no es preciso que se represente la situación jurídica, pues basta con que tenga por representada la situación fáctica.³³⁴ Esta diferenciación tiene particular importancia en materia de errores por las consecuencias jurídicas que genera; a saber: *“(...) el error del autor sobre la parte descriptiva de tales elementos es error de tipo; mientras que el error del sujeto sobre la parte valorativa de tales elementos es error de prohibición. Un error al revés sobre la parte descriptiva genera una tentativa inidónea, mientras que un error al revés sobre la parte valorativa genera un delito putativo o ilusorio.(...) Podemos distinguir entonces, un error sobre el mandato de la norma(Gesamtwertung= error de prohibición (subsunción) – (su contrario es el delito putativo)) y un error sobre los elementos particulares del tipo, que debe abarcar el dolo (Einzelwertung= error de tipo – (su contrario es la tentativa y la tentativa inidónea)).”³³⁵*

³³⁴ Véase: Castillo González, Francisco (2003). Tentativa y Desistimiento Voluntario. 1ª Edición. San José, Costa Rica. Editorial Jurídica Continental. p.p. 86-89.

³³⁵ Ibidem, p.p. 93-95. En el mismo sentido: Cury Urzúa, Enrique (1977). Tentativa y Delito Frustrado: (El Proceso Ejecutivo del Delito). 1ª Edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. p 148.

Con la finalidad de tener una idea un poco más clara del delito putativo –también llamado ilusorio o imaginario- se puede mencionar que el mismo se presenta cuando el sujeto cree haber cometido un ilícito mas ello no es así, pues solo existe en la mentalidad del agente; por ello a pesar de lo mencionado en el párrafo anterior se considera que no debe valorarse como delito lo que no lo es; aunado a que solo la ley puede fundamentar la punibilidad de una conducta – y no el sujeto- en estricta observancia del principio “nullum crimen sine lege”³³⁶.

Por su parte, el delito imposible como error de tipo al revés se presenta porque el agente cree erróneamente que los medios, el objeto, o la actividad desplegada son idóneos para lograr la finalidad propuesta, y por ello cree que su conducta se enmarca dentro de un tipo penal³³⁷. Francisco Dall’Anese menciona como ejemplo del delito imposible lo que en doctrina se conoce como “delito experimental” y para ello cita un extracto de una resolución de la Sala Tercera que expresa que cuando se presentan compras controladas, únicamente en la mente del comprador, el delito es posible, pues el vendedor no actúa con la finalidad de llevar a cabo el ilícito³³⁸.

Dentro de las diferencias que se señalan entre el delito putativo y el delito imposible puede mencionarse la siguiente: *“El delito putativo se caracteriza porque el autor no delinque a causa de que lo que ha querido hacer no es típico. En estos casos –*

³³⁶ Muñoz Rubio, Campo Elias (1974-1975). “Las Formas de Aparición del Delito”. Cuadernos Panameños de Criminología. Vol. 1. (Nº 3 y 4): p 13-47. Nov. Panamá. p.p. 45-47. En el mismo sentido: Hassel, Guillermo en www.monografias.com (Consulta: 21 de febrero, 2009).

³³⁷ Dall’Anese Ruiz, Francisco (1991). El Delito Imposible. 1ª Edición. San José, Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. p 19.

³³⁸ *Ibidem*, p.p. 32-33.

refiriéndose al delito imposible - *en cambio, lo que quiere realizar es típico, pero no puede completarlo porque valoró mal la situación, y eso le impidió percatarse de que era imposible hacerlo; por lo tanto se trata de tentativas inidóneas.*” (Lo escrito entre guiones es suplido).³³⁹

En doctrina se reconocen tres requisitos que se deben cumplir para considerar la acción llevada a cabo por el agente como un delito imposible; a saber³⁴⁰:

- La finalidad delictiva del sujeto activo, la cual es la misma que en la tentativa pura y simple, pues es claro que el sujeto quería cometer el ilícito.
- La inidoneidad de la acción para lograr la consumación del delito que pretendía el autor; y ésta puede ser de los medios, el objeto o el sujeto.
- La creencia del agente sobre la idoneidad de su comportamiento; lo cual es sumamente importante pues si el agente considera que su comportamiento será inidóneo para alcanzar la acción perseguida no queda más que admitir que la conducta es penalmente irrelevante y por ello escapa del radio de acción del derecho penal. Por lo anterior su penalidad se fundamenta en criterios de peligrosidad del agente.

³³⁹ Cury Urzúa, Enrique (1977). Tentativa y Delito Frustrado: (El Proceso Ejecutivo del Delito). 1ª Edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. p 149.

³⁴⁰ Muñoz Rubio, Campo Elias (1974-1975). “Las Formas de Aparición del Delito”. Cuadernos Panameños de Criminología. Vol. 1. (Nº 3 y 4): p 13-47. Nov. Panamá. p.p. 39-42.

b) MODALIDADES DE INIDONEIDAD

Tal y como se indicó anteriormente la imposibilidad de hecho puede presentarse en el sujeto, en el objeto y en los medios³⁴¹. Algunos autores no se encuentran conformes con llamarle inidoneidad de medios, objeto o sujeto sino que consideran que a fin de cuentas lo que se torna inidóneo es la acción, por lo que debería hablarse de la idoneidad de la acción³⁴²; no obstante lo anterior, se procederá al análisis de cada enfoque de inidoneidad.

a. La Inidoneidad del Sujeto

Se presenta por ejemplo, cuando un sujeto considera que reviste la investidura de un funcionario público, y al recibir una propina cree haber cometido un delito, lo que evidentemente no es así pues no tiene esa condición; o que la persona crea tener la condición de juez y por ello considera que ha cometido el delito de prevaricato, cuando lo cierto es que no reviste ese carácter³⁴³. Al respecto, Francisco Castillo realiza la siguiente afirmación: *“Quien se equivoca sobre esa calidad definida en la ley y cree que no existe, cuando en realidad existe, comete un error de tipo, que excluye el dolo. Quien, por el*

³⁴¹ www.rincondelvago.com (Consulta: 3 de marzo, 2009).

³⁴² Fernández Moreno, R. y Madrigal Madrigal, J. (1995). El Desistimiento Voluntario de Consumar el Delito: Su Regulación en el Ordenamiento Jurídico Costarricense. Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica. p 137.

³⁴³ Otero, Juan Manuel (2002). “Los Límites de la Acción Penal del Estado: Tentativas Inidóneas”. Revista de la Escuela Judicial. (Nº 2): p 37-58. Nov. San José, Costa Rica. p 48. En el mismo sentido: Hassel, Guillermo en www.monografias.com (Consulta: 21 de febrero, 2009).

contrario, asume que esa calidad existe, cuando en realidad no existe, realiza un error de tipo al revés; es decir, realiza una tentativa inidónea.”³⁴⁴

b. La Inidoneidad del Objeto

Se presenta cuando el objeto sobre el que recae la acción no es idóneo para alcanzar el resultado propuesto; por ejemplo: cuando se dispara sobre un muerto, cuando se hurta una cosa mueble propia, cuando se realizan los actos necesarios para provocar un aborto, pero la mujer no se encuentra en estado de embarazo; se estaría dentro de supuestos de imposibilidad absoluta; mientras que la imposibilidad relativa se constata por ejemplo, cuando se pensaba que existía un tesoro enterrado en un cofre y al sacarlo encuentran el cofre vacío. Al respecto Francisco Castillo considera que en cuanto a su punibilidad: *“Corresponde al Juez en el caso concreto, determinar si el bien jurídico corrió el peligro abstracto a que se refiere el artículo 24 Cód. Pen., al castigar como tentativa el delito relativamente imposible, o si no lo corrió, caso en el cual debe declarar la exención de pena.”³⁴⁵*

Existe una discusión con respecto a las implicaciones de presentarse una inidoneidad en el objeto, pues de faltar el mismo habría que cuestionarse el perfeccionamiento de la tipicidad de la conducta desplegada. Para ello se debe tomar en consideración que el juicio de tipicidad se presenta cuando la acción llevada a cabo por el

³⁴⁴ Castillo González, Francisco (2003). Tentativa y Desistimiento Voluntario. 1ª Edición. San José, Costa Rica. Editorial Jurídica Continental. p 114.

³⁴⁵ *Ibidem*, p 117.

agente encaja perfectamente en el tipo descrito en el código penal sustantivo; lo cual analizado detenidamente permite concluir que al faltar el objeto difícilmente este juicio arrojaría un resultado positivo; este razonamiento es avalado por autores como Zaffaroni, tal y como se muestra a continuación: *“Estos supuestos en los cuales el objeto sobre el que recae la acción no permitiría por sus condiciones la consumación y aquellos en que el objeto de la acción falta totalmente son considerados por Zaffaroni como casos en los cuales existe ausencia de tipicidad.”*³⁴⁶

Es por esto que se dice que es erróneo considerar como tentativa inidónea los casos en los cuales se presente la inidoneidad del objeto, ya que al faltar un elemento del tipo no hay conducta típica y consecuentemente no puede haber delito imposible de algo que de por sí no es delito³⁴⁷.

c. La Inidoneidad de los Medios Empleados

Sería el caso del ejemplo de envenenar a una persona con sustancias inofensivas. El análisis acerca de la idoneidad o inidoneidad de los medios para conseguir el resultado debe realizarse desde el punto de vista de un tercero imparcial que determine la racionalidad del plan de autor para conseguir el mismo, ubicándose en el mismo punto

³⁴⁶ Otero, Juan Manuel (2002). “Los Límites de la Acción Penal del Estado: Tentativas Inidóneas”. Revista de la Escuela Judicial. (Nº 2): p 37-58. Nov. San José, Costa Rica. p 47.

³⁴⁷ Muñoz Rubio, Campo Elias (1974-1975). “Las Formas de Aparición del Delito”. Cuadernos Panameños de Criminología. Vol. 1. (Nº 3 y 4): p 13-47. Nov. Panamá. p 41.

que el último³⁴⁸. Cabe destacar que en este punto se debe tener presente que si el tipo penal exige la presencia de ciertos medios y el agente utiliza otros, lo que procedería sería afirmar que la conducta es atípica y no catalogarla equivocadamente como tentativa inidónea³⁴⁹.

Para algunos autores, solamente puede considerarse punible el supuesto de la inidoneidad de los medios, pues en caso de inidoneidad del sujeto o del objeto son casos de falta de tipicidad que por ello deben resultar impunes³⁵⁰. Lo anterior se presenta claramente en la siguiente cita: *“(...) solo puede hablarse de tentativa cuando lo único que falte del tipo objetivo sea el resultado típico. Cuando además del resultado típico, ya desde el inicio de la acción faltan otros elementos del tipo, no habrá tentativa sino carencia de tipo (...) los restantes supuestos analizados, inidoneidad en el autor y en el objeto, son casos que deben quedar enmarcados en los supuestos de ausencia de tipo y los considera como supuestos en los que, al haber ausencia de tipicidad, deben ser considerados como meros delitos imaginarios.”*³⁵¹ El mismo razonamiento se deduce de la siguiente frase: *“El delito imposible es inejecución cuando se le refiere al medio, o atipicidad cuando recae sobre la inexistencia total del objeto”*³⁵².

³⁴⁸ Otero, Juan Manuel (2002). “Los Límites de la Acción Penal del Estado: Tentativas Inidóneas”. Revista de la Escuela Judicial. (Nº 2): p 37-58. Nov. San José, Costa Rica. p 48.

³⁴⁹ Muñoz Rubio, Campo Elias (1974-1975). “Las Formas de Aparición del Delito”. Cuadernos Panameños de Criminología. Vol. 1. (Nº 3 y 4): p 13-47. Nov. Panamá. p 41.

³⁵⁰ González Mateos, José Carlos (2001). “La Penalidad de la Tentativa”. Revista del Poder Judicial. (Nº 61): p 165-215. Madrid, España. p 210.

³⁵¹ Otero, Juan Manuel (2002). “Los Límites de la Acción Penal del Estado: Tentativas Inidóneas”. Revista de la Escuela Judicial. (Nº 2): p 37-58. Nov. San José, Costa Rica. p 49.

³⁵² Pavón Vasconcelos, Francisco (1982). Breve Ensayo sobre la Tentativa. 3ª Edición. México. Editorial Porrúa, S.A. p 140.

Otros autores por su parte realizan críticas en cuanto a ese razonamiento, pues consideran que no se debe confundir la tipicidad con la idoneidad; entre ellos se puede mencionar a Enrique Cury Urzúa quien enfáticamente establece: *“Quienes confunden los problemas relativos a la tipicidad con los de idoneidad de la tentativa, suelen afirmar que esto es imposible, porque no se puede iniciar la ejecución de un hecho que, de acuerdo con las leyes causales, no ha de llegar a consumarse. Esta afirmación es la consecuencia de suponer que el hombre está habilitado para prever en forma matemáticamente exacta el desarrollo de los procesos causales.”*³⁵³ Otro de los detractores postula: *“(…) en todo caso, atipicidad habría en toda tentativa, al faltar siempre la consumación y además, porque efectivamente existe en la tentativa inidónea, la realización de una resolución de cometer un hecho típico, aún cuando falten alguno o algunos de sus elementos objetivos, que impidan a esos actos, llegar a la consumación por causas ajenas a la voluntad del agente (…)”*³⁵⁴

c) CONCEPCIONES ELABORADAS SOBRE EL DELITO IMPOSIBLE

Son tres las concepciones desde las cuales se puede analizar el delito imposible; a saber: la objetiva, la subjetiva y la mixta.

³⁵³ Cury Urzúa, Enrique (1977). *Tentativa y Delito Frustrado: (El Proceso Ejecutivo del Delito)*. 1ª Edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. p 175.

³⁵⁴ Sandoval Rodríguez, Francisco de Jesús (1983). “La Punibilidad en la Tentativa”. *Criminalia*. Año XLIX (Nº 1-12): p 214-223. Ene-Dic. México. p 220.

a. La Concepción Objetiva

Esta concepción—defendida en principio por Carrara y posteriormente con un nuevo enfoque por Von Liszt y Von Hippel³⁵⁵— plantea que solo puede comenzarse lo que sea posible llevar a cabo y por consiguiente la tentativa de acciones inidóneas no puede ser considerada punible pues no pone en peligro el interés jurídico protegido por el ordenamiento³⁵⁶, en otras palabras objetivamente no existe delito, pues no hay correspondencia entre la acción desplegada por el sujeto activo y el tipo penal de la parte especial del código penal sustantivo, y en consecuencia el juicio de tipicidad es inexistente³⁵⁷. De este modo en el caso de la imposibilidad absoluta la conducta debe ser considerada impune, mientras que en el caso de una imposibilidad relativa al existir un riesgo de lesión al bien jurídico si debe aplicarse una sanción³⁵⁸.

Una línea de interpretación sería afirmar que como el resultado no se produce por faltar la causalidad necesaria no se puede configurar una tentativa y por ello la acción desplegada por el agente sería impune; lo cual genera dos problemas; el primero es que por definición la tentativa se presenta cuando el resultado no se produce por causas ajenas a la voluntad del agente y por ello la ausencia de resultado sería una prueba

³⁵⁵ Dall'Anese Ruiz, Francisco (1991). El Delito Imposible. 1ª Edición. San José, Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. p.p. 23-24.

³⁵⁶ Ezaine Chaves, Amado (1986). Iter criminis: Actos preparatorios, Tentativa, Frustración, Consumación” San José, Costa Rica. p 100. En el mismo sentido: Sandro, Jorge Alberto (1984). “Garantías Constitucionales, Dolo y Tentativa Inidónea”. Doctrina Penal: Teoría y Práctica en las Ciencias Penales. Año V. (Nº 27): p 481-494. Jul-Set. Buenos Aires, Argentina. p 486.

³⁵⁷ Solís Muñoz, Alejandro (1967). Jurisprudencia sobre el Desistimiento en la Tentativa. Memoria de Prueba para optar por el grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. p.p. 20-21. En el mismo sentido véase: Pavón Vasconcelos, Francisco (1982). Breve Ensayo sobre la Tentativa. 3ª Edición. México. Editorial Porrúa, S.A. p 136.

³⁵⁸ Muñoz Rubio, Campo Elias (1974-1975). “Las Formas de Aparición del Delito”. Cuadernos Panameños de Criminología. Vol. 1. (Nº 3 y 4): p 13-47. Nov. Panamá. p 43.

indubitable de la inidoneidad de los actos realizados por el sujeto activo, y como consecuencia nunca se podría concebir una tentativa punible. Y por otro lado, deja de lado la existencia de delitos de mera actividad donde por definición el resultado no acaece y es posible la existencia del conato.

Una segunda línea de interpretación se presenta mediante la aplicación del denominado: “método de la prognosis póstuma o posterior” según el cual se debe determinar a partir del conocimiento del hombre medio, si potencialmente la acción del agente es capaz de causar el resultado o de favorecer su realización³⁵⁹. Para Von Liszt y Von Hippel si habiendo realizado un análisis ex ante facto dicho examen refleja la imposibilidad de alcanzar la consumación, la conducta llevada a cabo no debe ser sancionada³⁶⁰.

En este punto es importante destacar una cita doctrinaria que muestra la postura de Serrano- Piedecabras, la cual resulta acertada y es que: *“Toda tentativa desde una perspectiva ex ante debe ser idónea respecto a la creación de una concreta puesta en peligro establecida ex post; por eso toda tentativa inidónea es impune salvo que por sí misma sea subsumible en algún tipo de peligro abstracto”*. En la concreción de esta tesis, Serrano-Piedecabras afirma que la punibilidad de la tentativa debe satisfacer dos juicios sucesivos: el primero, un juicio de “peligrosidad” ex ante y el segundo, un juicio de “peligro” ex post. La función del juicio de peligrosidad (ex ante) sería la de excluir la

³⁵⁹ Tamarit Sumalla, Josep María (1992). “La Tentativa con Dolo Eventual”. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Tomo XLV, Fascículo II: p 515-559. May- Ago. Madrid. p.p. 538-539.

³⁶⁰ Dall’Anese Ruiz, Francisco (1991). El Delito Imposible. 1ª Edición. San José, Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. p 24.

*punibilidad de las tentativas irreales o supersticiosas. La función del juicio de peligro (ex post) sería la de excluir la punibilidad de las tentativas inidóneas.*³⁶¹

b. La Concepción Subjetiva

Esta postura –defendida por Von Buri y Garófalo³⁶²– establece que en el caso del delito imposible aunque no se genere el resultado, la conducta desplegada no deja de ser reprochable, siendo la manifestación de voluntad suficiente para la imposición del castigo³⁶³. En otras palabras, al presentarse de forma completa el tipo subjetivo en la tentativa inidónea, no importa si los medios, el objeto o el sujeto son inidóneos pues en toda tentativa el tipo subjetivo se caracteriza por su imperfección³⁶⁴. Esto quiere decir -tal y como lo indica Dall’Anese- que analizada la tentativa en sentido estricto y el delito imposible desde un punto de vista “ex ante facto” no se muestra ninguna diferencia, pues el dolo es el mismo y en ambos casos el agente considera idóneos sus actos, los medios empleados y el objeto sobre el cual recae la acción³⁶⁵.

³⁶¹ Serrano Piedecabras cit. p. Mañalich Raffo, Juan Pablo (2004). “La Tentativa y el Desistimiento en el Derecho Penal. Algunas Consideraciones Conceptuales”. *Revista de Estudios de la Justicia*. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. (Nº 4) en: http://www.derecho.uchile.cl/cej/recej/recej4/archivos/tentativa%20y%20desistimiento%20_JPM_corregido%20_16_.pdf. (Consulta: 20 de marzo, 2009).

³⁶² Dall’Anese Ruiz, Francisco (1991). *El Delito Imposible*. 1ª Edición. San José, Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. p 22.

³⁶³ Ezaine Chaves, Amado (1986). *Iter criminis: Actos preparatorios, Tentativa, Frustración, Consumación*” San José, Costa Rica. p 101. En el mismo sentido véase: Muñoz Rubio, Campo Elias (1974-1975). “Las Formas de Aparición del Delito”. *Cuadernos Panameños de Criminología*. Vol. 1. (Nº 3 y 4): p 13-47. Nov. Panamá. p 43. Véase además: Cury Urzúa, Enrique (1977). *Tentativa y Delito Frustrado: (El Proceso Ejecutivo del Delito)*. 1ª Edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. p 159.

³⁶⁴ Pavón Vasconcelos, Francisco (1982). *Breve Ensayo sobre la Tentativa*. 3ª Edición. México. Editorial Porrúa, S.A. p 135.

³⁶⁵ Dall’Anese Ruiz, Francisco (1991). *El Delito Imposible*. 1ª Edición. San José, Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. p.p. 13-14.

c. La Concepción Mixta

Podría decirse que esta posición es la que se sigue en nuestro medio marcando una diferencia radical entre la imposibilidad absoluta o radical y la imposibilidad relativa, la primera genera la impunidad; en cambio la segunda es punible en virtud de las circunstancias; en la doctrina se presenta un ejemplo clásico; a saber: envenenar a una persona con azúcar, en principio es imposible de modo absoluto, mas en caso de que el sujeto pasivo sea una persona diabética, posiblemente el agente consiga su cometido, por lo que la conducta sería punible.³⁶⁶ Por ello no basta únicamente con la manifestación de la voluntad tendiente al ilícito ni solo con la puesta en peligro del bien jurídico, sino que deben concurrir ambos aspectos³⁶⁷.

Una definición de ambos tipos de imposibilidad podría ser la siguiente: *“La absoluta tiene lugar cuando los medios adoptados o el objeto sobre el cual aquellos actuaban, hacen imposible por ley natural, la realización del resultado propuesto, como en el caso tantas veces citado del envenenamiento con sustancias inofensivas. La relativa se verifica cuando los medios o el objeto tenían por sí mismos una idoneidad general para que el resultado se hubiese producido, pero no tenían, debido a las circunstancias particulares, la virtud suficiente para producirlo en el caso concreto.”*³⁶⁸ Ejemplo de esta última hipótesis sería cuando el objeto no se encuentra en el lugar que creía el sujeto

³⁶⁶ Castillo González, Francisco (2003). Tentativa y Desistimiento Voluntario. 1ª Edición. San José, Costa Rica. Editorial Jurídica Continental. p.p. 100-110.

³⁶⁷ Muñoz Rubio, Campo Elias (1974-1975). “Las Formas de Aparición del Delito”. Cuadernos Panameños de Criminología. Vol. 1. (Nº 3 y 4): p 13-47. Nov. Panamá. p.p. 43-44.

³⁶⁸ Jiménez de Asúa cit.p. Pavón Vasconcelos, Francisco (1982). Breve Ensayo sobre la Tentativa. 3ª Edición. México. Editorial Porrúa, S.A. p.p. 130-131.

activo; o cuando los medios utilizados por éste son impotentes para producir el resultado por un uso incorrecto de los mismos³⁶⁹.

La distinción mencionada entre la imposibilidad relativa y la absoluta ha sido fuertemente criticada, pues se dice que si un hecho por si mismo no va a alcanzar el resultado no debería ser abarcado por el poder represivo del Derecho. Francisco Castillo hace alusión a este aspecto al expresar la siguiente frase: “(...) *el derecho solamente prohíbe al ser humano aquellos resultados que son posibles; no aquellos que, por más inmoralidad interna que revelen y por más que se esfuerce el hombre, nunca podría realizar ni violar el orden jurídico porque la imposibilidad de realizarlos reside en la naturaleza misma de las cosas o del derecho (...) la imposibilidad existe o no existe, pero no puede ser absoluta o relativa*”.³⁷⁰

Además en ciertos casos es difícil determinar cuándo se está en presencia de una imposibilidad absoluta y cuándo frente a una relativa –incluso se ha llegado a afirmar que la inidoneidad absoluta es indemostrable empíricamente³⁷¹-, puesto que se presentan casos engañosos que hacen dudar; por ejemplo, establecer que si disparo un arma, pero mi plan era darle en la cabeza a la víctima para matarlo, y sin embargo, el impacto se presentó cerca de su cuerpo pero no lo hirió; se estaría ante una imposibilidad absoluta de

³⁶⁹ Padilla Castro, Guillermo (1967). “La Tentativa”. Revista de Ciencias Jurídicas. (Nº 10) p 63-82. San José, Costa Rica. p 75.

³⁷⁰ Castillo González, Francisco (2003). Tentativa y Desistimiento Voluntario. 1ª Edición. San José, Costa Rica. Editorial Jurídica Continental. p 110. En el mismo sentido: Cury Urzúa, Enrique (1977). Tentativa y Delito Frustrado: (El Proceso Ejecutivo del Delito). 1ª Edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. p.p. 157-159.

³⁷¹ Cury Urzúa, Enrique (1977). Tentativa y Delito Frustrado: (El Proceso Ejecutivo del Delito). 1ª Edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. p 157.

alcanzar el resultado; pero ello no sería justo y por consiguiente es necesario retrotraerse al momento en que se apuntaba con el arma, pues existe una evidente afectación al bien jurídico tutelado³⁷².

Francisco Dall'Anese Ruiz afirma que la imposibilidad absoluta es impune mientras que la relativa es punible; y por ello destaca que la imposibilidad relativa es la tentativa en sentido estricto, y la absoluta es la que debe concebirse como un delito imposible³⁷³. La impunidad vendría justificada pues no hay necesidad de imponer una sanción en virtud de los fines preventivos del Derecho Penal³⁷⁴. Para Zaffaroni penar un delito imposible deviene en inconstitucional por contravenir el principio de legalidad así como el de lesividad, este razonamiento se extrae de la siguiente cita: *“(...)cualquier interpretación que admita que la tentativa puede abarcar una carencia de tipo por ausencia de un requerimiento sistemático significará subsumir como tentativa un hecho que no es comienzo de ejecución, lo que resultaría inconstitucional tanto por violar el principio de legalidad (la tentativa es el comienzo de ejecución de un delito y no de lo que no puede serlo) como el de lesividad (esa construcción abarcaría conductas que no ponen en peligro ningún bien jurídico)”*³⁷⁵.

³⁷² Novoa Moreal, Eduardo (1984). “Reflexiones sobre el Concepto y los Límites de la Tentativa”. Derecho Penal y Criminología. Vol. VII. (Nº 23): p 119-128. May-Ago. Colombia. p.p. 127-128.

³⁷³ Dall'Anese Ruiz, Francisco (1991). El Delito Imposible. 1ª Edición. San José, Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. p 23.

³⁷⁴ Fernández Moreno, R. y Madrigal Madrigal, J. (1995). El Desistimiento Voluntario de Consumar el Delito: Su Regulación en el Ordenamiento Jurídico Costarricense. Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica. p.p. 139-140.

³⁷⁵ Zaffaroni, Eugenio Raúl (2006). Manual de Derecho Penal: Parte General. 2ª Edición. Buenos Aires, Argentina. Editorial Ediar. p 656.

Otros en cambio consideran que siempre hay que tener en cuenta que no es posible hablar de una imposibilidad absoluta; sino que la misma es relativa, dado que en circunstancias diversas un mismo medio podría resultar idóneo e inidóneo –tal es el caso del azúcar mencionado anteriormente-³⁷⁶. Por ello se define la idoneidad como: “(...) un juicio de valoración hecho por el juzgador acerca de la potencialidad causal de la acción entera para producir un acto”,³⁷⁷ y dicho juicio debe ser considerado ex ante, pues analizadas ex post todas las tentativas son inidóneas, pues no fueron capaces de alcanzar el resultado propuesto por el agente³⁷⁸. Así lo han propuesto varios autores; y la cita que se presenta a continuación es prueba irrefutable de ello: *“Para determinar la idoneidad del comportamiento del autor en orden a un resultado propuesto, pero no verificado en la realidad, debe acudirse al método de la prognosis posterior o póstuma, juzgando ex ante la congruencia entre el plan concreto del autor, el comportamiento objetivo exteriorizado al inicio de la ejecución y la situación abstracta descrita en el tipo legal. Si el análisis indica la coincidencia de esos términos, ha existido (ex ante), la posibilidad de realización del tipo en las condiciones previstas y objetivadas según el programa. La conducta fue eficaz y creó peligro concreto para el bien jurídico, al introducir un riesgo cierto como dato real del tipo al momento de la acción.”*³⁷⁹

³⁷⁶ Fernández Moreno, R. y Madrigal Madrigal, J. (1995). El Desistimiento Voluntario de Consumar el Delito: Su Regulación en el Ordenamiento Jurídico Costarricense. Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica. p 136.

³⁷⁷ Ibid.

³⁷⁸ Otero, Juan Manuel (2002). “Los Límites de la Acción Penal del Estado: Tentativas Inidóneas”. Revista de la Escuela Judicial. (Nº 2): p 37-58. Nov. San José, Costa Rica. p 48.

³⁷⁹ Sandro, Jorge Alberto (1984). “Garantías Constitucionales, Dolo y Tentativa Inidónea”. Doctrina Penal: Teoría y Práctica en las Ciencias Penales. Año V. (Nº 27): p 481-494. Jul-Set. Buenos Aires, Argentina. p.p. 487-488.

Algunos autores entre los que se ubica Beling, plantean la denominada: “Teoría del Defecto del Tipo”, según la cual los casos de imposibilidad absoluta deben ser tratados como supuestos de ausencia de tipo, razón por la cual una conducta desplegada en ese sentido no puede considerarse consumación ni tentativa, de forma que si se consideraran punibles sería totalmente un contrasentido del ordenamiento jurídico³⁸⁰.

A pesar de las posiciones encontradas en cuanto a este aspecto, generalmente se concibe que la idoneidad e inidoneidad debe ser analizada en cada caso concreto pues, generalizar no permite arribar a una calificación certera de cada una de las situaciones. Francisco Pavón Vasconcelos analiza el tema y afirma: *“La idoneidad del acto no debe juzgarse en forma abstracta, de modo que el criterio de solución se busque en la capacidad genérica de un determinado precedente causal para determinar un resultado lesivo específico, sino debe ser examinada en concreto, en el conjunto de todas las condiciones y circunstancias en las cuales la acción se ha exteriorizado.”*³⁸¹ Es por ello que a pesar de los intentos de ciertos penalistas con vistas a obtener soluciones previas, en realidad la determinación de ello depende del cúmulo de circunstancias que envuelve cada caso, pues se estaría en presencia de una *“(...) mera intención delictuosa que se ha exteriorizado en forma irrealizable”*³⁸²

³⁸⁰ Pavón Vasconcelos, Francisco (1982). Breve Ensayo sobre la Tentativa. 3ª Edición. México. Editorial Porrúa, S.A. p 132-133. En el mismo sentido: Cury Urzúa, Enrique (1977). Tentativa y Delito Frustrado: (El Proceso Ejecutivo del Delito). 1ª Edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. p 165.

³⁸¹ Pavón Vasconcelos, Francisco (1982). Breve Ensayo sobre la Tentativa. 3ª Edición. México. Editorial Porrúa, S.A. p.p. 72-73.

³⁸² Novoa Moreal, Eduardo (1984). “Reflexiones sobre el Concepto y los Límites de la Tentativa”. Derecho Penal y Criminología. Vol. VII. (Nº 23): p 119-128. May-Ago. Colombia. p.p. 125-126.

d) PUNIBILIDAD DE LA TENTATIVA INIDÓNEA

Aunado a los razonamientos esbozados en líneas precedentes sobre la procedencia de la punibilidad de la tentativa inidónea algunos estudiosos afirman que el peligro para el bien jurídico no es el único referente de la lesividad; de forma tal que también debe concebirse el ilícito como el quebrantamiento de la vigencia de la norma; pues solo desde esa perspectiva puede incluirse la tentativa inidónea y afirmarse su punibilidad³⁸³. Asimismo se menciona que el sujeto activo previó y exteriorizó un comportamiento adecuado en los actos preparatorios del delito, pero luego comienza una ejecución inidónea; por lo que se asemeja el delito imposible con los delitos de peligro abstracto, pues, aunque no haya un riesgo para el bien jurídico lo ideal es que se eviten conductas que puedan terminar en una tentativa idónea o un delito consumado³⁸⁴.

También se afirma que con el despliegue de este tipo de conductas se revela la peligrosidad del individuo y su incapacidad para controlar su comportamiento, por lo que las acciones llevadas a cabo deben ser tomadas como una presunción de peligrosidad del sujeto³⁸⁵. Del mismo modo otra de las argumentaciones tendientes al castigo de la tentativa inidónea es la siguiente: *“Un derecho penal que sanciona a los ignorantes es injusto; pero un derecho penal que sólo reacciona contra los diestros, es inseguro. Por*

³⁸³ Alcácer Guirao, Rafael (2002). “La Tentativa y los Fines del Derecho Penal”. XXIV Jornadas Internacionales de Derecho Penal. 1ª Edición. P 7-58. Bogotá, Colombia. Editorial Universidad Externado de Colombia. p 10.

³⁸⁴ Sandro, Jorge Alberto (1984). “Garantías Constitucionales, Dolo y Tentativa Inidónea”. Doctrina Penal: Teoría y Práctica en las Ciencias Penales. Año V. (Nº 27): p 481-494. Jul-Set. Buenos Aires, Argentina. p.p. 490-491.

³⁸⁵ Cury Urzúa, Enrique (1977). Tentativa y Delito Frustrado: (El Proceso Ejecutivo del Delito). 1ª Edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. p 163.

*esto, el marco de lo punible debe ser nítido e invariable, mas quienes penetran en el campo que designa, han de ser castigados aunque lo hagan con torpeza.*³⁸⁶

Los detractores de estas argumentaciones consideran que las tentativas inidóneas no deberían ser sancionadas, pues el rol que tiene el Derecho Penal no es el castigo de las malas intenciones sino el de servir como mecanismo de control del poder; y con la punibilidad del delito imposible se están sobrepasando los límites de la acción penal del Estado; pues frente a un sujeto incapaz de llevar a cabo acciones idóneas tendientes a la producción de un resultado, no queda más alternativa que afirmar la falta de dolo y consecuentemente la improcedencia de la imposición de un castigo³⁸⁷. Por ello se realizan críticas a las posturas que defienden la punibilidad de este tipo de conductas; ejemplo de ello es la siguiente cita doctrinaria: *“Zaffaroni (...) considera que es válido invocar el poder penal frente a este tipo de conductas debido a que la acción ha provocado “una perturbación” y a que “nadie está obligado a soportar conductas que tiendan a lesionar sus bienes jurídicos, por mucho que sean burdamente inidóneos los medios aplicados para ello. Ante este argumento surge el interrogante: ¿cuál sería el fundamento que tendría la punición de la tentativa en los casos en los cuales el afectado ni se ha enterado de la acción llevada a cabo?”*³⁸⁸.

³⁸⁶ Cury Urzúa, Enrique (1977). *Tentativa y Delito Frustrado: (El Proceso Ejecutivo del Delito)*. 1ª Edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. p 185.

³⁸⁷ Otero, Juan Manuel (2002). “Los Límites de la Acción Penal del Estado: Tentativas Inidóneas”. *Revista de la Escuela Judicial*. (Nº 2): p 37-58. Nov. San José, Costa Rica. p.p. 37-43.

³⁸⁸ Ibidem, p 47. Confróntese con: Hassel, Guillermo en www.monografias.com (Consulta: 21 de febrero, 2009).

Del mismo modo se debe tomar en consideración que las tendencias modernas conducen a despenalizar este tipo de acciones, pues la función del derecho no es imponer una moral sino sancionar conductas lesivas a bienes jurídicos tutelados por sus normas; es por ello que se considera que penar actuaciones de por sí inidóneas sería optar por un fundamentalismo que no tiene ni pies ni cabeza en el mundo moderno, puesto que: *“Una tentativa inidónea no es una afectación a un interés de un individuo de carne y hueso sino que se transforma en una desobediencia a una norma etizante, una desobediencia del individuo al contrato social por el cual él mismo admitió su propia punición, una ruptura del “pacto social básico”, un ataque a la comunidad toda en definitiva (...) Un Derecho Penal de infracción, que no respeta el principio de lesividad, que no exige el daño para reaccionar, se transforma en un Derecho Penal máximo, en un fundamentalismo”*³⁸⁹.

Por ello lo correcto sería seguir la postura de Roxin, que va dirigida a afirmar que la misión del Derecho Penal es la protección de bienes jurídicos y no preservar una moral establecida, por ello se deben despenalizar aquellos comportamientos que pudiendo ser inmorales no perjudican a nadie. Aunado a ello se debe tener presente que el Derecho es solamente uno de los mecanismos de control social, que al ser el que más afecta al individuo -por las medidas que puede ejercer sobre él- debería considerarse como la “ultima ratio” y por ello recurrir al mismo solo en caso necesario por su carácter de subsidiariedad³⁹⁰.

³⁸⁹ Otero, Juan Manuel (2002). “Los Límites de la Acción Penal del Estado: Tentativas Inidóneas”. *Revista de la Escuela Judicial*. (Nº 2): p 37-58. Nov. San José, Costa Rica. p.p. 51-52. En el mismo sentido véase: Cury Urzúa, Enrique (1977). *Tentativa y Delito Frustrado: (El Proceso Ejecutivo del Delito)*. 1ª Edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. p 161.

³⁹⁰ Otero, Juan Manuel (2002). “Los Límites de la Acción Penal del Estado: Tentativas Inidóneas”. *Revista de la Escuela Judicial*. (Nº 2): p 37-58. Nov. San José, Costa Rica. p.p. 53-54.

Se podría cuestionar si es posible un desistimiento cuando se presenta un delito imposible; para lo cual se debe tener en cuenta, tal y como se desarrollará más adelante, que el desistimiento implica la posibilidad de continuación del delito, pues si este ya no es posible lo que se configura es una tentativa; por lo que sería sumamente difícil pensar en un desistimiento cuando la consumación del delito es de por sí imposible. Sin embargo, se considera que el efecto de la tentativa inidónea debería ser igual al del desistimiento -la impunidad-, pues es tendencia actual ir despenalizando este tipo de actos y se evitaría una extensión injusta de una forma imperfecta de ejecución³⁹¹.

No obstante lo anterior, en doctrina se ha dicho que sí es posible la configuración de un desistimiento siempre que exista un esfuerzo serio por parte del sujeto y éste no tenga conocimiento de la inidoneidad: *“La jurisprudencia alemana antigua negaba el desistimiento de la tentativa no peligrosa, porque, en ésta, el autor no podía impedir el resultado. La teoría y la jurisprudencia posterior crearon la noción del “esfuerzo serio”, según la cual el autor podía desistir, mientras no se percatara de la inidoneidad, en tanto hiciera un esfuerzo serio por evitar la consumación.”*³⁹²

³⁹¹ Fernández Moreno, R. y Madrigal Madrigal, J. (1995). El Desistimiento Voluntario de Consumar el Delito: Su Regulación en el Ordenamiento Jurídico Costarricense. Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica. p.p. 195-196.

³⁹² Sancinetti, Marcelo A. (2005). “Ilícito Penal sin Desvalor de Resultado”. Los Desafíos del Derecho Penal en el Siglo XXI: Libro Homenaje al Profesor Dr. Günther Jakobs. p. 269-292. Lima, Perú. ARA Editores. p 281.

TÍTULO IX. LA TENTATIVA EN LOS DIVERSOS TIPOS DE DELITOS

La figura de la tentativa tiene diversos alcances en virtud del tipo de delito que se trate, por lo que su aplicación no puede generalizarse, pues depende de la naturaleza del ilícito. La mayor parte de las particularidades de esta figura radica en el tipo de delito, a continuación se presentan los más destacados que se basan sobretodo en la obra del jurista nacional Francisco Castillo, denominada: “Tentativa y Desistimiento Voluntario”; a saber:

a) DELITOS CULPOSOS

Es improcedente la tentativa, pues tal y como se mencionó anteriormente la misma requiere como uno de los requisitos indispensables para su configuración el dolo, que evidentemente no se presenta en el caso del delito culposo, es por ello que sin dolo no hay delito y por ende tampoco tentativa³⁹³. En el delito culposo, se expresa una falta al deber de cuidado –la falta de previsión del efecto producido por la acción imprudente o negligente del sujeto³⁹⁴-y la conducta que se reprocha es el haber alcanzado un resultado contrario al querido; en cambio en el delito doloso, el agente condiciona su actuar con la finalidad de alcanzar el resultado lesivo.

³⁹³ Padilla Castro, Guillermo (1967). “La Tentativa”. Revista de Ciencias Jurídicas. (Nº 10) p 63-82. San José, Costa Rica. p 80. En el mismo sentido véase: Pavón Vasconcelos, Francisco (1982). Breve Ensayo sobre la Tentativa. 3ª Edición. México. Editorial Porrúa, S.A. p.p.163-164.

³⁹⁴ Solís Muñoz, Alejandro (1967). Jurisprudencia sobre el Desistimiento en la Tentativa. Memoria de Prueba para optar por el grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. p 24.

El delito culposo debe alcanzar el resultado para ser punible, pues solamente el desvalor de acción no es suficiente. Con razón Francisco Castillo afirma: *“Una tentativa culposa es una imposibilidad lógica y jurídica (...) Incluso en la culpa consciente no es posible la tentativa, porque en la relación entre la acción y el resultado, a raíz de la no aceptación de éste por el autor, no existe una voluntad dirigida a la consumación.”*³⁹⁵

Enrique Cury Urzúa ha manifestado: *“La tentativa es una conducta desaprobada a causa del fin que perseguía y no obtuvo porque su ejecución era defectuosa. El delito culposo es una conducta desaprobada a causa de que no obtuvo el fin perseguido sino otro, porque se la ejecutó en forma defectuosa.”*³⁹⁶

b) DELITOS DE OMISIÓN

a. Delitos de omisión propia: se dice que en el caso de delitos propios es inconcebible la tentativa, pues si el sujeto activo no realiza la acción a la cual se encuentra obligado existe consumación del delito respectivo.

b. Delitos de omisión impropia (también llamados: de comisión por omisión): si se acepta la procedencia de la misma. Para ello es importante tomar en consideración lo que al respecto plantea Francisco Pavón Vasconcelos: *“Normalmente el delito de comisión por omisión acepta la tentativa por cuanto puede establecerse una separación temporal entre*

³⁹⁵ Castillo González, Francisco (2003). Tentativa y Desistimiento Voluntario. 1ª Edición. San José, Costa Rica. Editorial Jurídica Continental. p.p. 78-79.

³⁹⁶ Cury Urzúa, Enrique (1977). Tentativa y Delito Frustrado: (El Proceso Ejecutivo del Delito). 1ª Edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. p 100.

*la omisión y el resultado, máxime cuando, para llegar a éste, requiérese la repetición del acto omisivo. No sucede, en cambio, el fenómeno de la tentativa, cuando por la estructura del tipo, existe contemporaneidad entre la omisión y la producción del evento*³⁹⁷.

Ante ello viene a nuestra mente, cuál es la forma adecuada de determinar el momento en que se genera la tentativa, para ilustrar este aspecto cabe destacar la siguiente cita: *“Para determinar ese momento es necesario, conforme a la representación del autor, establecer cuando él debe intervenir para impedir el resultado, pues es en este momento en el cual, conforme a su representación, el bien jurídico corre peligro o, sin la intervención salvadora, la situación del bien jurídico puede desmejorarse. Para la existencia de la tentativa basta que el autor abandone la fuente de peligro y deje la víctima librada a su suerte. Por ejemplo, realiza una tentativa de homicidio de comisión por omisión quien, después de golpear a la víctima, la deja tirada en la línea del tren, de la cual es rescatada por un tercero, antes de que lo arrolle el tren.*”³⁹⁸

La misma distinción entre delitos propios e impropios de omisión ha sido planteada por otros autores, sin embargo, cabe destacar que el criterio no es unánime y por ello se podrán encontrar diversas posturas al respecto³⁹⁹.

³⁹⁷ Favón Vasconcelos, Francisco (1982). Breve Ensayo sobre la Tentativa. 3ª Edición. México. Editorial Porrúa, S.A. p.p. 160-161.

³⁹⁸ Castillo González, Francisco (2003). Tentativa y Desistimiento Voluntario. 1ª Edición. San José, Costa Rica. Editorial Jurídica Continental. p 68.

³⁹⁹ Cury Urzúa, Enrique (1977). Tentativa y Delito Frustrado: (El Proceso Ejecutivo del Delito). 1ª Edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. p 189.

c) DELITOS DE MERA ACTIVIDAD O FORMALES

Son aquél tipo de delitos que no requiere un resultado para tenerse por consumados – por cuanto se prescinde de los efectos naturales que produce la acción del sujeto⁴⁰⁰-, lo que podría generar una duda sobre la posibilidad de configuración de la tentativa dado que pensar en una fragmentación de ellos es un tanto difícil, sin embargo, se considera que ésta es posible siempre que se trate de una acción que se desarrolla en el tiempo; un ejemplo de esta situación es la siguiente: *“Puede ocurrir en un testimonio, que la declaración del testigo se extienda por varias sesiones. Si el testigo mintió en una de ellas, ha realizado el delito de tentativa de falso testimonio, mientras el Juez no decida dar por terminada su declaración, caso en el cual, si no aclara la mentira, consuma el delito.”*⁴⁰¹

Para Zaffaroni es perfectamente posible la tentativa en este tipo de delitos⁴⁰² Del mismo modo lo afirma Frías Caballero para quien es absurdo negar la posibilidad en los delitos de mera actividad justificándose para ello solamente con el argumento de que se trata de delitos formales; por consiguiente, establece la diferencia existente entre los delitos materiales y los formales tal y como reza a continuación: *“Los primeros son susceptibles de tentativa no porque estén constituidos por la lesión real y efectiva de un bien jurídico sino porque para ello es menester hacer cierto camino... los formales, aunque estén constituidos por un peligro actual y un daño potencial para el bien jurídico,*

⁴⁰⁰ Solís Muñoz, Alejandro (1967). Jurisprudencia sobre el Desistimiento en la Tentativa. Memoria de Prueba para optar por el grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. p 82.

⁴⁰¹ Castillo González, Francisco (2003). Tentativa y Desistimiento Voluntario. 1ª Edición. San José, Costa Rica. Editorial Jurídica Continental. p 70.

⁴⁰² Zaffaroni, Eugenio Raúl (2006). Manual de Derecho Penal: Parte General. 2ª Edición. Buenos Aires, Argentina. Editorial Ediar. p 652.

*admiten o no tentativa según que entre la intención y el peligro y daño, haya o no que recorrer cierto camino...*⁴⁰³

d) EN CASOS DE ACTIO LIBERA IN CAUSA

Existen dos teorías; una llamada “de la excepción” que considera que la tentativa va a configurarse al momento de iniciar los actos de ejecución y solo la culpabilidad se retrotrae al momento en que el sujeto se colocó en estado de incapacidad. En cambio otra teoría propone que la tentativa comienza cuando el sujeto se pone voluntariamente en estado de incapacidad. Esta última ha sido cuestionada, pues en caso de que por ejemplo “A” se ponga en estado de incapacidad ingiriendo gran cantidad de bebidas alcohólicas y luego se dirija a matar a “B”; y sea interceptado por policías que habían recibido la noticia, para la primera teoría no existe tentativa, pues no se da inicio a los actos de ejecución, mientras que para la segunda ésta ya se tuvo por configurada y por ello es punible.⁴⁰⁴

⁴⁰³ Frías Caballero, Jorge (1956). El Proceso Ejecutivo del Delito: Ensayo de Dogmática Jurídica sobre el Artículo 42 del Código Penal. 2ª Edición. Buenos Aires, Argentina. Editorial Bibliográfica Argentina. p.p. 199-200. En el mismo sentido: Pavón Vasconcelos, Francisco (1982). Breve Ensayo sobre la Tentativa. 3ª Edición. México. Editorial Porrúa, S.A. p.p. 168-169.

⁴⁰⁴ Castillo González, Francisco (2003). Tentativa y Desistimiento Voluntario. 1ª Edición. San José, Costa Rica. Editorial Jurídica Continental. p.p. 75-76.

e) EN CASOS DE OMISSIO LIBERA IN CAUSA

El agente se coloca en estado de incapacidad para no verse obligado a actuar; por ejemplo: si un semáforo se controlara manualmente, y “A” debe vigilarlo durante cuatro horas, éste se toma una pastilla para dormir una hora antes de laborar, por lo que a media jornada se queda dormido, y en ese momento llega el supervisor y controla la situación. Aquí la doctrina mayoritaria ha considerado que la tentativa se tiene por configurada desde el momento en que “A” se pone voluntariamente en estado de incapacidad.⁴⁰⁵

f) FALTAS Y CONTRAVENCIONES

No es punible la tentativa; pues se trataría hasta cierto punto de una tentativa de una tentativa – además tal y como se verá posteriormente, en nuestro derecho existe disposición legal expresa en ese sentido-.

g) DELITOS DE PELIGRO

La configuración de la tentativa en este tipo de delitos ha sido harto discutida; algunos doctrinarios como Rocco niegan esa posibilidad, pues no existe un daño en la consumación. Sin embargo, se ha dicho que la solución no es tan sencilla, de forma tal

⁴⁰⁵ Castillo González, Francisco (2003). Tentativa y Desistimiento Voluntario. 1ª Edición. San José, Costa Rica. Editorial Jurídica Continental. p 76.

que la tentativa sería posible cuando los actos (que no integren la conducta peligrosa) sean en su esencia típicamente idóneos para la realización del delito⁴⁰⁶.

h) DELITOS PRETERINTENCIONALES

Su estructura implica un delito base doloso y un resultado culposo, por lo que por las razones esbozadas para el delito culposo la aplicación de la tentativa resulta improcedente, pues en este la intención requerida en el conato no se presenta⁴⁰⁷. Así se constata de la siguiente afirmación de Pavón Vasconcelos: *“El mismo Manzini rechaza la tentativa en los delitos preterintencionales, argumentando que si el evento más grave no ha sido querido por el agente, resulta inconciliable una tentativa de lo que no sólo no ocurrió, sino que ni siquiera se quiso”*⁴⁰⁸. Se ha considerado que cuando la ley no sanciona expresamente un delito preterintencional se opta tanto por la doctrina como por la jurisprudencia por considerar que lo procedente es un concurso ideal entre el delito doloso tentado y el delito culposo⁴⁰⁹. Ello no obsta para encontrar posiciones que admiten la procedencia del conato en caso de que el agente prevea el resultado más grave consecuencia de los actos que ha logrado realizar⁴¹⁰.

⁴⁰⁶ Pavón Vasconcelos, Francisco (1982). Breve Ensayo sobre la Tentativa. 3ª Edición. México. Editorial Porrúa, S.A. p 163.

⁴⁰⁷ Solís Muñoz, Alejandro (1967). Jurisprudencia sobre el Desistimiento en la Tentativa. Memoria de Prueba para optar por el grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. p 24.

⁴⁰⁸ Pavón Vasconcelos, Francisco (1982). Breve Ensayo sobre la Tentativa. 3ª Edición. México. Editorial Porrúa, S.A. p.p. 164-165.

⁴⁰⁹ Cury Urzúa, Enrique (1977). Tentativa y Delito Frustrado: (El Proceso Ejecutivo del Delito). 1ª Edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. p 103.

⁴¹⁰ *Ibidem*, p 104.

i) DELITOS CALIFICADOS POR EL RESULTADO

Consisten en la realización de un delito base y producto de éste sobreviene un resultado más grave. Francisco Castillo menciona como ejemplo el caso del delito de violación con resultado de muerte de la víctima. En este tipo de delitos se pueden presentar varias opciones⁴¹¹:

- a. La existencia de la tentativa por el delito calificado, en el tanto y en el cuanto no sea aplicable un delito doloso consumado más grave; en caso de que el agente quiera el resultado o acepte el mismo si llega a producirse.
- b. Si el agente actúa dolosamente en cuanto al delito base y de forma culposa en relación con la calificante, pueden presentarse a su vez varias situaciones:
 - i. Que el delito base se mantenga en estado de tentativa, pero el resultado calificante se encuentre unido a la acción, por lo que en relación con todo el delito se considere la existencia del conato.
 - ii. Que la tentativa del delito base no permita imputar el resultado más grave al agente, que se produce a consecuencia del delito base.

⁴¹¹ Castillo González, Francisco (2003). Tentativa y Desistimiento Voluntario. 1ª Edición. San José, Costa Rica. Editorial Jurídica Continental. p.p. 80-81.

Asimismo es importante marcar una distinción en cuanto a este tipo de delitos en caso de que la conducta calificante sea anterior al tipo básico o posterior a él; pues en caso de que sea anterior, la tentativa o el comienzo de ejecución van a entenderse desde el momento en que ocurre la conducta calificante; por ejemplo, en el caso de que el sujeto comience a ejercer fuerza sobre la puerta para entrar al lugar a robar. Mientras que si la calificante se presenta con posterioridad al comienzo de ejecución del tipo base, la tentativa de robo va a entenderse concebida en el momento en que se inicie la conducta calificada⁴¹².

j) DELITOS UNISUBSISTENTES

Son aquellos que se perfeccionan con un solo acto y no admiten fraccionamiento, por lo cual no es posible la tentativa. Francisco Castillo pone como ejemplo el caso de las injurias verbales⁴¹³. Contrario así a los delitos plurisubsistentes en los cuales si es factible un fraccionamiento y por ello es posible la configuración del conato⁴¹⁴.

⁴¹² Zaffaroni, Eugenio Raúl (2006). Manual de Derecho Penal: Parte General. 2ª Edición. Buenos Aires, Argentina. Editorial Ediar. p.p. 651-652.

⁴¹³ Véase además: Frías Caballero, Jorge (1956). El Proceso Ejecutivo del Delito: Ensayo de Dogmática Jurídica sobre el Artículo 42 del Código Penal. 2ª Edición. Buenos Aires, Argentina. Editorial Bibliográfica Argentina. p.p. 200-201. En el mismo sentido: Pavón Vasconcelos, Francisco (1982). Breve Ensayo sobre la Tentativa. 3ª Edición. México. Editorial Porrúa, S.A. p 161.

⁴¹⁴ Pavón Vasconcelos, Francisco (1982). Breve Ensayo sobre la Tentativa. 3ª Edición. México. Editorial Porrúa, S.A. p 162.

k) DELITO PERMANENTE

Se admite el comienzo de ejecución, no obstante, no se considera concebible la frustración porque la acción o la omisión inician la consumación⁴¹⁵.

l) DELITO CONTINUADO

En este la acción del sujeto inicia la consumación; pues *“Existiendo en ellos pluralidad de acciones, pero unidad de propósito e identidad de lesión jurídica, cada una de ellas integra un delito perfecto si pudiera considerársela aisladamente. Por esa razón puede hablarse de tentativa inacabada o de “comienzo de ejecución”, pero no de tentativa acabada o frustración”*⁴¹⁶

m) DELITOS DE ÍMPETU

Se ha considerado que en general no admite la tentativa pues la pasión que invade al sujeto se lo impide; sin embargo, ello ha sido confrontado y objetado alegando que la pasión y el ímpetu no excluyen el conato⁴¹⁷.

⁴¹⁵ Pavón Vasconcelos, Francisco (1982). Breve Ensayo sobre la Tentativa. 3ª Edición. México. Editorial Porrúa, S.A. p 169.

⁴¹⁶ Ibidem, p 170.

⁴¹⁷ Ibidem, p.p. 169-170.

n) DELITOS DE ATENTADO

Se niega la posibilidad de configuración de un conato en este tipo de ilícitos –llamados también de consumación anticipada o pura tentativa- pues en caso de aceptar la configuración de la tentativa en ellos se tendría que concebir la posibilidad de que se presente una tentativa de tentativa⁴¹⁸, que no sería otra cosa que actos preparatorios.

o) DELITOS HABITUALES

Se ha considerado que en general no admiten la tentativa, ello pues este tipo de ilícitos se constituyen de varios actos que juzgados de forma individual no resultan delictuosos; y por ello: *“Resulta inadmisibile la tentativa en estos delitos en razón de su peculiar estructura, pues siendo lícito cada acto, considerado en forma aislada, sólo su conjunto adquiere carácter delictuoso, no pudiéndose tentar todos los actos sino exclusivamente uno de ellos, lo cual resultaría irrelevante”*⁴¹⁹. Sin embargo, para Zaffaroni ello solo es correcto en caso de que se entienda que dichos tipos delictivos demandan una pluralidad de acciones; pues si se considera la habitualidad como un elemento subjetivo distinto del dolo el delito podría ser tentado siempre que la acción del sujeto se acompañe de la intención de repetición habitual del ilícito⁴²⁰.

⁴¹⁸ Ezaine Chaves, Amado (1986). *Iter criminis: Actos preparatorios, Tentativa, Frustración, Consumación* San José, Costa Rica. p 69.

⁴¹⁹ Pavón Vasconcelos, Francisco (1982). *Breve Ensayo sobre la Tentativa*. 3ª Edición. México. Editorial Porrúa, S.A. p 167.

⁴²⁰ Zaffaroni, Eugenio Raúl (2006). *Manual de Derecho Penal: Parte General*. 2ª Edición. Buenos Aires, Argentina. Editorial Ediar. p 652.

Existe cierta discusión sobre la posibilidad de la existencia del conato en los delitos de peligro, pues implicaría un peligro de un peligro, lo que anticipa la intervención punitiva considerablemente; del mismo modo se cuestiona la procedencia de la tentativa –en sentido estricto- en el delito imposible, pues por definición en la misma la consecución del resultado debe ser probable, situación que no se presenta en el delito imposible⁴²¹.

p) LA TENTATIVA EN LOS CASOS DE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

Del mismo modo se presentan diferencias en cuanto a la autoría y la participación, tal y como se analiza en seguida:

- a. La Tentativa y su Aplicación en la Autoría Mediata, en cuyo caso se han desarrollado tres líneas para su interpretación:
 - i. La puesta en movimiento del instrumento: donde desde el momento en que actúa el autor mediato sobre el instrumento ya existiría una tentativa acabada, si el resultado no se produce por causas ajenas a él.
 - ii. El inicio de la tentativa en virtud de la calidad del instrumento: esta postura hace depender el momento de la tentativa en el dolo que tenga el autor del hecho, pues si éste actúa de buena fe, sería como un títere, por lo que la tentativa empieza con

⁴²¹ Ezaine Chaves, Amado (1986). Iter criminis: Actos preparatorios, Tentativa, Frustración, Consumación” San José, Costa Rica. p 71.

la acción del autor mediato sobre el instrumento⁴²². Mientras que si actúa dolosamente, la tentativa del autor mediato comienza con la acción del instrumento. Sin embargo, Francisco Castillo manifiesta que esta tesis es contradictoria pues el autor del hecho es el autor mediato y no el instrumento.

- iii. La tentativa como violación al bien jurídico, en virtud de la representación del autor mediato; esta postura plantea que para la configuración de la tentativa se requiere de tres aspectos; a saber: que el autor mediato ejerza su efecto sobre el instrumento, así como que entregue al mismo el dominio del hecho, y que para el autor mediato según su representación del hecho se ponga en peligro el bien jurídico.

A pesar de las tesis mencionadas para Francisco Castillo lo determinante es que: *“En la autoría mediata existe tentativa cuando el mediador del hecho (instrumento) se pone a realizar el tipo penal (...) Para tales efectos, no hay diferencia si el instrumento es doloso o no. De modo entonces que lo que caracteriza la tentativa en el caso de la autoría mediata es la pérdida del dominio del hecho por el autor mediato si el hecho no se realiza.”*⁴²³

⁴²² En el mismo sentido: Zaffaroni, Eugenio Raúl (2006). Manual de Derecho Penal: Parte General. 2ª Edición. Buenos Aires, Argentina. Editorial Ediar. p 652.

⁴²³ Castillo González, Francisco (2003). Tentativa y Desistimiento Voluntario. 1ª Edición. San José, Costa Rica. Editorial Jurídica Continental. p.p. 73-74.

b. La Tentativa y la Coautoría

Castillo muestra que en la doctrina se presentan dos tesis como intento para dar respuesta a la interrogante de qué sucede en caso de que existan varios coautores. La solución conjunta establece que al existir un plan de autor común, no es necesario que todos comiencen la acción típica para considerarse procedente la tentativa, sino que basta con que uno de ellos comience con la ejecución del tipo penal. Al respecto es importante tomar en consideración la siguiente cita: *“No requiere esa realización conjunta, habiendo aportes individuales de los coautores que manifiesten el plan común, que cada uno de ellos realice objetivamente el hecho.”*⁴²⁴ Por otra parte, la solución individual que plantea la doctrina establece que necesariamente se requiere la realización del hecho de manera conjunta con el autor, lo cual a simple vista genera grandes problemas pues dejaría impune al organizador del delito, y por ello a mi parecer se protegería siempre a los que se encuentran en la cúpula de la sociedad que desde su oficina, casa o cualquier lugar da las órdenes y paga para la realización del hecho.

SECCIÓN II. REGULACIÓN DE LA TENTATIVA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COSTARRICENSE

Probablemente la regulación de la tentativa en la mayoría de los ordenamientos jurídicos no se salvaría de críticas precisamente por la dificultad de delimitar los actos

⁴²⁴ Castillo González, Francisco (2003). Tentativa y Desistimiento Voluntario. 1ª Edición. San José, Costa Rica. Editorial Jurídica Continental. p 75.

preparatorios de la ejecución propiamente dicha. Sin embargo, en nuestro Código Penal la regulación es escueta y ello ha obligado a otorgar una interpretación desde el punto de vista jurisprudencial; lo que por sí mismo no quiere decir que sea incorrecto, no obstante, deja amplio margen de interpretación que podría poner en entredicho el Estado de Derecho que prolijamos. Lo anterior se desprende de la siguiente afirmación: *“(...) la regulación contenida en nuestro Código Penal es desastrosa; ella es incompleta y, en algunos aspectos contradictoria. Esta situación de indefinición de nuestros textos legales sobre la tentativa y cuestiones conexas ha obligado a la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia ha realizar interpretaciones audaces, muchas veces pretorianas, y a crear derecho en este campo.”*⁴²⁵

La normativa que regula el instituto de la tentativa e instituciones afines a ella es muy escueta, y podría limitarse a tres artículos que tienen la función de solucionar numerosos problemas que en ocasiones ponen en tela de juicio la seguridad jurídica y el pretendido Estado de Derecho instaurado en nuestro país; ellos son los numerales: 24, 71, y 73 del “Código Penal” vigente.

El numeral 24 del “Código Penal” regula el instituto de la tentativa y al efecto establece: *“Hay tentativa cuando se inicia la ejecución de un delito, por actos directamente encaminados a su consumación y ésta no se produce por causas*

⁴²⁵Castillo González, Francisco (2003). *Tentativa y Desistimiento Voluntario*. 1ª Edición. San José, Costa Rica. Editorial Jurídica Continental. p 11.

independientes del agente. No se aplicará la pena correspondiente a la tentativa cuando fuere absolutamente imposible la consumación del delito.”⁴²⁶

Dicho numeral establecía además que en caso de un delito absolutamente imposible no se impondría una pena, sino una medida de seguridad, lo cual fue declarado inconstitucional por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, tal y como se verá más adelante. Cabe destacar que para nuestro ordenamiento jurídico ambos tipos de imposibilidad constituyen delito, solamente que en el caso de la imposibilidad absoluta se excluye la pena.

TÍTULO I. CONFIGURACIÓN: REQUISITOS Y ELEMENTOS DE LA TENTATIVA A LA LUZ DEL ARTÍCULO 24 DEL CÓDIGO PENAL

Se dice que la tentativa consta de requisitos necesarios para su configuración; tanto desde el punto de vista objetivo como subjetivo. Subjetivamente es necesario verificar la existencia del dolo, es decir, la intención de cometer el delito; y objetivamente se requiere como mínimo, el inicio de actos de ejecución del delito en la modalidad activa u omisiva; y que el resultado querido por el agente no se produzca por causas ajenas a la voluntad del agente. Francisco Castillo detalla aún más dichos requisitos al considerar: *“Subjetivamente se necesita la resolución de cometer el delito. Objetivamente se necesita (1) que la resolución de cometer el delito se manifieste mediante una acción u omisión,*

⁴²⁶ Código Penal (2006). 17ª Edición. San José, Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. Artículo: 24.

*que sea directamente encaminada a la consumación, (2) que ésta no se produzca por causas independientes de la voluntad del agente, y (3) que la consumación no sea absolutamente imposible, de donde sigue que nuestro derecho penal castiga como tentativa los casos en los que la consumación es relativamente imposible.*⁴²⁷

TÍTULO II. LA TENTATIVA INIDÓNEA ¿ABSOLUTA O RELATIVA?

La regulación actual únicamente posibilita punir la tentativa relativamente inidónea, pues la legislación de otrora castigaba los casos de imposibilidad absoluta con la imposición de una medida de seguridad; situación que fue declarada inconstitucional por parte de la “Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia” en virtud de la resolución número: 1588 de las dieciséis horas con veintisiete minutos del diez de marzo de mil novecientos noventa y ocho; que determinó que la imposibilidad absoluta no es punible en nuestro ordenamiento jurídico. Dentro de las argumentaciones de mayor relevancia esgrimidas en el fallo para llegar a la conclusión mencionada se encuentran las siguientes:

- La pena debe necesariamente estar limitada, entre otras circunstancias, por el grado de culpa con que actuó el sujeto activo y en tal razón cualquier principio que pretenda desconocer ese límite deviene en inconstitucional.

⁴²⁷Castillo González, Francisco (2003). Tentativa y Desistimiento Voluntario. 1ª Edición. San José, Costa Rica. Editorial Jurídica Continental. p 24.

■ Si bien es cierto, a lo largo de la historia las medidas de seguridad han estado destinadas, no al tratamiento del delincuente como retribución de acuerdo con la gravedad y culpabilidad de su acción, sino a la peligrosidad social que represente –que es el caso de las tentativas inidóneas-; la imposición de ellas en la actualidad es a todas luces impropio de un sistema penal que pretende ser respetuoso de las garantías y derechos básicos de las personas.

■ Para poder declarar una conducta como delito, no basta con que la misma infrinja una norma ética, moral o divina, sino que es necesario, ante todo, la prueba de su carácter lesivo de valores o intereses fundamentales para la sociedad, de forma tal que en estricto apego al principio de ofensividad –o lesividad- no se debe proteger ni más ni menos que eso.

TÍTULO III. PUNIBILIDAD

Otro numeral atinente a este tema es el artículo 71 del “Código Penal” que establece el modo de fijación de la pena; relevante, pues es claro que desde el conocimiento común sería ilógico imponer la misma pena a la tentativa que al delito consumado, precisamente por la falta del resultado que tendría la primera. El numeral mencionado reza lo siguiente:

“El juez, en sentencia motivada, fijará la duración de la pena que debe imponerse de acuerdo con los límites señalados para cada delito, atendiendo a la gravedad del hecho y a la personalidad del partícipe.

Para apreciarlos se tomará en cuenta:

- a) Los aspectos subjetivos y objetivos del hecho punible;*
- b) La importancia de la lesión o del peligro;*
- c) Las circunstancias de modo, tiempo y lugar;*
- d) La calidad de los motivos determinantes;*
- e) Las demás condiciones personales del sujeto activo o de la víctima en la medida en que hayan influido en la comisión del delito; y*
- f) La conducta del agente posterior al delito.*

Las características psicológicas, psiquiátricas y sociales, lo mismo que las referentes a educación y antecedentes, serán solicitadas al Instituto de Criminología el cual podrá incluir en su informe cualquier otro aspecto que pueda ser de interés para mejor información del juez.”⁴²⁸

Asimismo el artículo 73 hace referencia explícitamente a la tentativa, remitiendo para ello al numeral 71 antes transcrito; dicha norma establece:

“El delito consumado tendrá la pena que la ley determina, fijada dentro de sus extremos, de acuerdo con el artículo 71.

⁴²⁸ Código Penal (2006). 17ª Edición. San José, Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. Artículo: 71.

La tentativa será reprimida con la pena prevista para el delito consumado disminuida o no a juicio del juez.

*No es punible la tentativa cuando se tratare de contravenciones.*⁴²⁹

Analizado el numeral transcrito se puede constatar que a diferencia de otros ordenamientos normativos en los cuales la pena para la tentativa se disminuye en uno o dos grados; nuestro ordenamiento jurídico establece una disminución facultativa, de forma tal que queda a criterio del juez disminuir la pena o imponer la misma establecida para el delito consumado. De ello se puede concluir que para nuestro sistema es mayor el disvalor de la acción que el disvalor del resultado al momento de fijar la punición correspondiente a cada delito. Sin embargo, con base en el criterio de Francisco Castillo la pena para la tentativa debe ser menor al mínimo establecido para el delito consumado – es decir, no puede oscilar entre el mínimo y el máximo establecido para cada ilícito en particular-, pues de lo contrario se estaría violentando el numeral citado⁴³⁰.

El magistrado Carlos Chinchilla Sandi manifestó que la regulación actual no es la más adecuada, esto por cuanto otorgar tan amplio margen de discrecionalidad al juez no es lo más conveniente, por ello expresó de modo enfático: *“La tentativa no debe dejarse a que el juez decida cuánto menos, hay que limitarle las posibilidades que tiene. En España imponer una pena es difícil; hay reglas estrictas donde el juez tiene poca discrecionalidad, es complejo pero algo debe aprenderse de eso. Para nuestros jueces cualquier hecho*

⁴²⁹ Código Penal (2006). 17ª Edición. San José, Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. Artículo: 73.

⁴³⁰ Castillo González, Francisco (2003). Tentativa y Desistimiento Voluntario. 1ª Edición. San José, Costa Rica. Editorial Jurídica Continental. p 78.

*amerita la pena mínima cuando el sujeto es primario, por más grave que sea el hecho que él mismo haya cometido. No se puede partir de mínimos, sino se la acción como tal. En la actualidad la única regla existente en nuestro medio es que el juez debe justificar la pena impuesta, aunque la haya disminuido o no con relación a la pena prevista para el delito consumado.*⁴³¹

Es importante tener presente que para la imposición de la pena se debe tener en cuenta el hecho realizado por el sujeto, tanto “ex ante” como “ex post”, ya que ambas situaciones permiten obtener una visión global de la acción desplegada por el agente. Ello por cuanto, desde un análisis “ex ante” puede que en principio la acción desplegada por el sujeto no revista la peligrosidad necesaria para considerar vulnerado el bien jurídico, pero para la víctima sí, o bien desde el punto de vista “ex post” surjan consecuencias del hecho que deban ser atribuidas al sujeto que no se tornen visibles solamente con un análisis “ex ante”. Lo anterior fue explicado de modo claro por el magistrado Carlos Chinchilla Sandí; al manifestar lo siguiente: *“El análisis es “ex ante” o “ex post”. El análisis debe ser “ex ante” –en el momento en que se comete el hecho- pero también “ex post”; pues con el mismo se pueden encontrar consecuencias que surjan del hecho criminal para la imposición de la pena. Por ejemplo: el sujeto que es amenazado a sus espaldas con un cuchillo, que en realidad es una uña filosa; desde un análisis “ex ante” existe una situación de temor de la víctima de que lo mate; aún y cuando desde un punto de vista “ex post” el medio es inidóneo. No obstante yo debo valorar “ex ante” que es lo*

⁴³¹ Chinchilla Sandí, Carlos (2009). *La Tentativa y el Desistimiento en los Delitos Sexuales*. Entrevista: Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. 3 de junio.

*que la víctima pudo apreciar. Ello por cuanto yo no puedo exigirle a un ciudadano normal la condición de perito.*⁴³²

SECCIÓN III. CONSIDERACIONES ESPECÍFICAS CON RESPECTO DE LA TENTATIVA EN LOS DELITOS SEXUALES DESDE EL PUNTO DE VISTA DOCTRINARIO

Una vez analizada la teoría general de la tentativa se procederá a elaborar un análisis propio de los delitos sexuales. Valga aclarar que el enfoque de la presente investigación se limita al análisis del delito de violación y de abuso sexual – antes de la reforma legislativa llamado abuso deshonesto-. A continuación se destacarán ciertas hipótesis concebidas en la doctrina en relación con el conato de este tipo de ilícitos; que me parecen sumamente importantes para su correcto entendimiento y posteriormente poder deslindarlo de los casos de desistimiento que puedan presentarse en la realidad jurídica.

Zaffaroni considera que la tentativa es perfectamente posible en el delito de violación –situación que se refleja en la jurisprudencia patria- y para ello afirma que para determinarla no es necesario que se presente un contacto externo con los órganos genitales, sino que ello se desprende de la conducta desplegada por el agente, esto por cuanto: *“(...) concurriendo el propósito de violación, resultan suficientes otros datos*

⁴³² Chinchilla Sandí, Carlos (2009). La Tentativa y el Desistimiento en los Delitos Sexuales. Entrevista: Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. 3 de junio.

*significativos de la ejecución de esa finalidad, por ejemplo derribar a la víctima y colocarse en una posición para ese fin*⁴³³.

Ejemplo de ello es el análisis que al respecto han elaborado diversos autores entre los cuales se puede ubicar a Sebastián Soler, quien afirma que para que se tenga por configurado un conato de violación es necesario establecer que el propósito del agente es el acceso carnal, pues un simple desahogo, cae dentro de la consumación del ilícito de abusos deshonestos⁴³⁴ – denominado actualmente en nuestra legislación abuso sexual-, un ejemplo de lo anterior es el siguiente: *“(...) si al procesado se le comprueba, haber amenazado, sujetado, alzado la ropa de la víctima, separando sus piernas y haber tratado de alcanzar con su miembro la vagina sin haberlo logrado, gracias a que los gritos de terror producidos por la ofendida que llamaron la atención de los vecinos evitó que se consumará el acceso carnal, constituye delito de violación en grado de tentativa*⁴³⁵

Por otra parte, en relación con el delito de abuso sexual –otrora concebido como abuso deshonesto- se han desarrollado dos tesis; la primera de ellas admite la posibilidad de que se configure un conato pues concibe el delito de abuso sexual como un delito de resultado que permite su fraccionamiento, mientras que la otra la niega, pues estatuye el abuso como un delito de mera actividad. Es un tema sumamente controvertido pues es difícil imaginar un supuesto en el cual se inicie la ejecución tendiente al ilícito mencionado sin que el mismo se considere consumado. Para tener mayor claridad en

⁴³³ Zaffaroni, Eugenio Raúl (2006). Manual de Derecho Penal: Parte General. 2ª Edición. Buenos Aires, Argentina. Editorial Ediar. p 652.

⁴³⁴ Rodríguez Vega, Alejandro (1966). El Delito de Violación. Monografía para optar por el Título de Licenciado en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica. p 41.

⁴³⁵ *Ibidem*, p 42.

relación con las dos posturas mencionadas cabe destacar la siguiente cita: *“(...) para quienes en el delito de abusos deshonestos sí existen y se pueden distinguir estas dos fases externas (actos preparatorios y de ejecución), y si el autor llegó hasta la etapa de ejecución pero no pudo comenzar el abuso deshonesto, por razones ajenas a su voluntad habrá tentativa de abusos deshonestos. Para otro sector de la doctrina el delito de abusos no admite la tentativa, por lo difícil que es en este delito diferenciar los actos de ejecución de la consumación. Por lo tanto para estos autores se da en este delito únicamente los actos preparatorios o la consumación.”*⁴³⁶

El magistrado de la Sala Tercera: José Manuel Arroyo Gutiérrez es partidario de la tesis que niega la posibilidad de una tentativa en un delito de abuso deshonesto; pues considera que no es fragmentable; literalmente manifestó al respecto: *“Es un delito de actividad que supone el tocamiento, es una cuestión material que se consume o no se consume.”*⁴³⁷

Hipótesis en las cuales la víctima es un menor de edad, han sido analizadas, y se ha optado por considerar que cuando el escaso desarrollo sexual de éste le impide al sujeto activo la penetración, se debe tener como una tentativa; pues si deja de realizar la acción es por una causa ajena a él; es decir, existe una decisión de su parte, no obstante no reviste el carácter de voluntariedad que se requiere para que opere un desistimiento. Sin embargo, otra tesis afirma que en un supuesto como el mencionado debe tenerse el

⁴³⁶ Befeler Scharf, Daniel (1995). El Delito de Abuso Deshonesto, el Tipo, la Víctima y el Agresor: Comparación con el Delito de Violación. Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica. p.p. 72-73.

⁴³⁷ Arroyo Gutiérrez, José Manuel (2009). Tentativa y Desistimiento en los Delitos Sexuales. Entrevista: Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. 3 de junio.

delito como consumado pues el sujeto realizó todos los actos requeridos para alcanzar el fin propuesto, incluyendo entre ellos un principio de penetración sobre los órganos genitales del menor que perfecciona el delito⁴³⁸.

La entrevista realizada al Magistrado de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, el destacado Carlos Chinchilla Sandí; tomó en consideración el razonamiento antes esbozado y el mismo no titubeó para calificar una situación como la descrita como un delito de violación en grado de tentativa⁴³⁹.

Es posición generalizada el reconocimiento de la tentativa calificada –instituto ya analizado líneas atrás- pues a pesar de desistirse del delito principal –por ejemplo, de la violación- subsisten los ilícitos que en el ínterin ya se hayan consumado; esto se pone en evidencia de la lectura de la siguiente cita: *“(...) en el caso de la agresión sexual de la que se desiste ante el ofrecimiento voluntario de la víctima, o ante la constatación de la menstruación, habría un desistimiento voluntario –y por tanto impunidad- de la agresión sexual, pero ello no abarca la responsabilidad por los abusos sexuales que se hubieran llegado a realizar, o los atentados contra la integridad física de la víctima o, cuando menos, la posibilidad de responder por unas injurias de hecho, unas amenazas o unas coacciones.”*⁴⁴⁰

⁴³⁸ Rodríguez Vega, Alejandro (1966). El Delito de Violación. Monografía para optar por el Título de Licenciado en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica. p.p. 44-45.

⁴³⁹ Chinchilla Sandí, Carlos (2009). La Tentativa y el Desistimiento en los Delitos Sexuales. Entrevista: Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. 3 de junio.

⁴⁴⁰ Pozuelo Pérez, Laura (2003). El Desistimiento en la Tentativa y la Conducta Postdelictiva. 1ª Edición. Valencia, España. Editorial Tirant to Blanch. p 266.

Este aspecto también fue destacado por el Magistrado José Manuel Arroyo Gutiérrez, en la entrevista realizada; quien al consultarle sobre los delitos sexuales manifestó: “(...) *no hay que olvidar que esa violencia física es física y sexual, puede haber tocamientos que hagan que la figura entonces se desplace hacia un abuso sexual. También aquí habría que valorar esa posibilidad de que haya no actos previos impunes como el delito de pasaje, sino actos previos que en sí constituyen delitos, por ejemplo los tocamientos impúdicos físico sexuales con respecto a la violación.*”⁴⁴¹

SECCIÓN IV. LA TENTATIVA EN LOS DELITOS SEXUALES: SU ANÁLISIS EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL

TÍTULO I. GENERALIDADES DE LA FIGURA DE LA TENTATIVA Y REFERENCIA A OTROS ILÍCITOS

Aún y cuando no se refiere al tema de los delitos sexuales es importante resaltar lo establecido en uno de los votos de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, que lo que trata es de superar mitos en la aplicación del Derecho y clarificar conceptos erróneos que se tienen sobre el tema de la tentativa. Uno de ellos es que generalmente se piensa que al existir proximidad temporal y espacial entre el acto y la detención va a dar como resultado la tentativa, pues perfectamente podría configurarse un delito consumado: “*No existe tentativa en todos los casos en que exista proximidad espacial y temporal entre la*

⁴⁴¹ Arroyo Gutiérrez, José Manuel (2009). Tentativa y Desistimiento en los Delitos Sexuales. Entrevista: Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. 3 de junio.

*sustracción y la detención de los autores del ilícito, ni siempre que se logren recuperar los bienes en forma expedita, existe tentativa.*⁴⁴²

La tentativa es considerada por nuestra jurisprudencia como una figura subsidiaria, dependiente, o no autónoma, por su necesaria vinculación con el tipo delictivo concreto; por ello la Sala Tercera ha recalcado: *“La definición de la tentativa nos remite a la parte especial del Código Penal, ya que la misma existe cuando se inicia la ejecución de un delito por actos directamente encaminados a su consumación y ésta no se produce por causas independientes del agente.”*⁴⁴³

La punibilidad de la tentativa constituye uno de los aspectos más relevantes, pues en la misma existe mayor poder de maniobra por parte de los jueces para imponerla; sin embargo, ello no implica que quede al arbitrio del juez; pues para su establecimiento se deben respetar principios generales y límites legales; la Sala al respecto ha manifestado lo siguiente: *“ (...)a diferencia de lo que sucede con los delitos consumados (donde el juzgador no puede imponer una sanción que no esté comprendida en la escala que señala el legislador), tratándose de las tentativas hay un margen más amplio para que el Tribunal examine las condiciones del caso y la situación de los sujetos involucrados en el conflicto, para que aplique con mayor rigor el principio de proporcionalidad, e imponga*

⁴⁴²Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 639-2007 de las diez horas con cincuenta minutos del ocho de junio de dos mil siete.

⁴⁴³ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 580-F-1996 de las nueve horas con cinco minutos del once de octubre de mil novecientos noventa y seis.

una pena acorde con esos extremos, que resulte idónea, necesaria y proporcionada para los fines propuestos.”⁴⁴⁴

Es difícil hacer una diferencia radical entre actos preparatorios y actos de ejecución desde la pragmática, no obstante, desde el punto de vista teórico parece existir un acuerdo en cuanto a cuándo se tiene por configurada la tentativa. Al efecto varios de los fallos de la Sala Tercera expresan: “(...) *para la existencia de la tentativa se requiere el comienzo de la ejecución, es decir de actos idóneos y eficaces para lesionar el bien jurídico, de los cuales también pueda deducirse la voluntad del agente y que revelen el comienzo de la ejecución según el plan que se ha propuesto el autor.*”⁴⁴⁵

Asimismo se ha manifestado que la teoría por la que han optado nuestros jueces es la llamada: “individual objetiva” que toma en cuenta tanto el ámbito subjetivo, como el objetivo; lo cual se hace patente del análisis de la siguiente frase: “*Es cierto que para la existencia de la tentativa se requiere el comienzo de la ejecución, es decir de actos idóneos y eficaces para lesionar el bien jurídico, de los cuales pueda también deducirse la voluntad del agente y que revelen el comienzo de la ejecución según el plan que se ha propuesto el autor. En la actualidad la doctrina moderna acepta, casi unánimemente, la teoría individual objetiva para explicar el deslinde entre actos preparatorios y actos de*

⁴⁴⁴ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 484-2006 de las nueve horas con cuarenta y cinco minutos del veintiséis de mayo de dos mil seis.

⁴⁴⁵ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 423-1997 de las nueve horas con cincuenta y cinco minutos del nueve de mayo de mil novecientos noventa y siete. En el mismo sentido véase: Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 643-F-1991 de las ocho horas con treinta minutos del veintinueve de noviembre de mil novecientos noventa y uno. Del mismo modo: Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 580-F-1996 de las nueve horas con cinco minutos del once de octubre de mil novecientos noventa y seis.

*ejecución. De acuerdo con esta tesis lo que debe tomarse en consideración es, en primer término, el plan del autor, así como también la proximidad del peligro corrido por el bien jurídico según la acción desplegada, y que tales actos sean típicos, aunque no necesariamente se inicie el desarrollo del núcleo o verbo del tipo penal.*⁴⁴⁶

Por otro lado la jurisprudencia también se ha dedicado a marcar la diferencia entre la tentativa acabada e inacabada a efectos de la aplicación de la figura del desistimiento y al respecto ha destacado lo siguiente: *“Son casos de tentativa acabada aquellos en que después de la actividad del agente, debe esperarse el resultado dañoso que depende del transcurso del tiempo (explosión de una bomba activada por reloj), o de la decisión de otro (en la estafa -después del ardid- debe esperarse el error y la disposición patrimonial de la persona objeto del delito); sin embargo la lesión no se produce por causas independientes de la voluntad del agente (...) Si éste decidió, libre y espontáneamente, no alcanzar el resultado, era necesario un hacer eficiente para ello como pudo ser el comunicar al señor M. F. M. su arrepentimiento; es decir, se requería de un arrepentimiento activo y no de un simple desistimiento*⁴⁴⁷. También se ha manifestado lo siguiente: *“En la tentativa inacabada, no se ha realizado toda la actividad necesaria para que sobrevenga el resultado dañoso, y éste no se produce por causas ajenas a la voluntad del agente. No obstante, si el agente decide libre y espontáneamente no consumir el hecho y para ello basta con abandonar la actividad (dejar de hacer), no se*

⁴⁴⁶ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 580-F-1996 de las nueve horas con cinco minutos del once de octubre de mil novecientos noventa y seis. Véase además: Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 102-F-1991 de las once horas con veintisiete minutos del veintisiete de marzo de mil novecientos noventa y uno.

⁴⁴⁷Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 249-F-1995 de las diez horas con veinticinco minutos del cinco de mayo de mil novecientos noventa y cinco.

da la tentativa, se produce así el desistimiento y el hecho queda impune. En contraposición a lo anterior, la tentativa acabada supone la realización de todos los actos necesarios por parte del agente, para alcanzar la consumación del hecho pero esta no se produce por causas ajenas a la voluntad de aquel”⁴⁴⁸

La jurisprudencia ha elaborado análisis normativos en relación con el delito de homicidio y de lesiones que se pueden asimilar y crear una analogía aplicable al delito de violación y de abuso sexual. Esto por cuanto sería relevante determinar cuándo se está en presencia del delito de abuso sexual –o abuso deshonesto en la legislación anterior- y cuándo frente a una tentativa de violación; para lo cual tal y como en el caso del homicidio se debe optar por analizar el dolo o intención mostrado por el agente así como el resto de las circunstancias que rodean el hecho. Un extracto de un fallo referido al delito de homicidio y de lesiones que me parece aplicable a la violación y el abuso es el siguiente: “(...) los resultados de la pericia médico legal no necesariamente “resuelven” el tema de si se está o no frente a una tentativa de homicidio, se requiere de una labor valorativa de los Juzgadores de ese dato y las demás circunstancias propias del hecho concreto, su dinámica, la conducta del agresor, de la víctima y las condiciones de tiempo, modo y lugar, que abarquen en consecuencia, cuál es la conducta, porqué razón se estima que puso en peligro el bien jurídico vida, cuál la idoneidad del medio empleado y de la

⁴⁴⁸ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 249-F-1995 de las diez horas con veinticinco minutos del cinco de mayo de mil novecientos noventa y cinco. Asimismo véase: Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 777-2002 de las once horas con veintidós minutos del nueve de agosto del dos mil dos. En el mismo sentido: Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 689-2006 de las nueve horas con cincuenta y cinco minutos del veintiocho de julio del dos mil seis.

*conducta desarrollada para poner el peligro de lesión a la vida y cuáles serían los factores externos a la voluntad del agente que impidieron el resultado.*⁷⁴⁴⁹

TÍTULO II. LA FIGURA DE LA TENTATIVA EN EL DELITO DE VIOLACIÓN Y ABUSO SEXUAL

Propiamente en el campo de los delitos sexuales algunos fallos ilustran la situación real de los mismos en la pragmática jurídica. Con respecto al delito de abuso sexual – antes de la reforma denominado abuso deshonesto– se ha optado tanto por afirmar como por negar la posibilidad de configuración de un conato. La resolución número: 86 del quince de mayo de mil novecientos ochenta y nueve, emanada por parte del Tribunal Superior de Alajuela, Sección Tercera niega la existencia de un conato en el delito de abuso sexual al postular: *“El delito investigado de abusos deshonestos por su propia naturaleza y conforme a reiterada doctrina es de los tipos penales que no admiten la tentativa, por ser estos delitos de naturaleza instantánea de consumación inmediata. Los simples actos preparatorios no son sancionados conforme a la posición doctrinal dominante en este delito ni en el resto de los previstos en la legislación penal, considerando el que en esta clase de delitos, el solo inicio de los primeros actos de*

⁴⁴⁹ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 286-2005 de las nueve horas con treinta minutos del quince de abril de dos mil cinco. En el mismo sentido: Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 872-2005 de las nueve horas veinticinco minutos del doce de agosto dos mil cinco.

ejecución son suficientes para tener por consumado el delito, en atención a la naturaleza propia del delito de abusos deshonestos”⁴⁵⁰

Por otra parte el fallo número: 116 del diecisiete de junio de mil novecientos ochenta y cinco, emitido por el Tribunal Superior Segundo Penal, Sección Primera; acepta la posibilidad del conato en este tipo de injustos y por ello expresa lo siguiente: *“Si ya el encartado había mostrado inclinación a abusar sexualmente de su hija, es claro que el despojarla de su bata no llevaba otra inclinación más que la dicha, pero como su acción fue detenida desde el inicio no podría concluirse que la intención del imputado era la de yacer con la ofendida, configurándose así el delito de abusos deshonestos en grado de tentativa, pues los actos propios de tocamiento impúdico no se llegaron a consumir ante la resistencia de la perjudicada.”⁴⁵¹*

Cabe destacar un fallo del año 1991, en el cual se absolvió de toda pena y responsabilidad al sujeto por el delito de violación y se le atribuyó el delito de abusos deshonestos en grado de tentativa, mas para ello no se optó por la aplicación del desistimiento, pues en ese momento aún no se había aceptado su aplicación en la jurisprudencia nacional, y se consideró que quitarle el brassiere y el bloomer a la ofendida va dirigido a un tocamiento impúdico. Estimó la Sala que para determinar lo anterior se debe recurrir a la teoría individual objetiva pues: *“Habrá que tomar en primer*

⁴⁵⁰ Befeler Scharf, Daniel (1995). El Delito de Abuso Deshonesto, el Tipo, la Víctima y el Agresor: Comparación con el Delito de Violación. Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica. p.p. 83-84.

⁴⁵¹ *Ibidem*, p 84.

*lugar el plan del autor y luego si según ese plan, la acción representa un peligro cercano para el bien jurídico.*⁴⁵²

En otro caso en que la conducta se había calificado como abusos sexuales se determinó que lo correcto es tener el delito en grado de tentativa, pues el sujeto trasladó a la víctima a la parte trasera del negocio, le quitó el botón del pantalón y se proponía tocarle el pene, hasta que llegó una persona, y la víctima aprovechó el momento para huir⁴⁵³.

En otro fallo se discutió acerca de cómo determinar el momento en que se consuma el delito de violación, y a pesar de que la mayoría de las discusiones se presentan en diferenciar actos preparatorios y actos de ejecución, no dejan de presentarse cuestionamientos en el tema, ejemplo de ello se muestra en la siguiente cita: *“(...) a pesar de que el ofendido señaló con absoluta claridad que el acusado le introdujo el pene en su ano, que le causó dolor y que incluso, por ese motivo, gritó (lo que provocó que el imputado le cubriera la boca con una de sus manos) y no obstante saber los jueces, porque así lo indican con base en prueba pericial evacuada, que las penetraciones anales usualmente no dejan lesiones y que las cicatrices que eventualmente se puedan producir sanan y desaparecen con rapidez, decidieron calificar la conducta como una tentativa de violación aduciendo que existía una duda: “... en cuanto a una posible penetración anal completa” (ver folio 108). En esto se aprecia un lamentable error del tribunal, pues lo*

⁴⁵² Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 252-F-1991 de las nueve horas con cincuenta y cinco minutos del siete de junio de mil novecientos noventa y uno.

⁴⁵³ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 948-2004 de las dieciséis horas con cincuenta y cinco minutos del seis de agosto de dos mil cuatro.

*cierto es que el delito de violación no requiere la completa inserción del miembro viril en el ano u otras cavidades. Basta una penetración parcial para que el delito se configure y alcance a consumarse.*⁴⁵⁴

Lo anterior demuestra que los criterios a la hora de resolver un asunto de esta naturaleza son disímiles y hasta opuestos lo que conduce a concluir que no existen pautas de interpretación claras en cuanto a este tipo de ilícitos.

SECCIÓN V. UN VISTAZO DE LA TENTATIVA EN ORDENAMIENTOS JURÍDICOS DE OTRAS LATITUDES

El Código Penal chileno establece que la pena a imponer en el caso de la tentativa acabada es la asignada al delito específico disminuida en un grado; mientras que en caso de una tentativa inacabada dicha sanción debe disminuirse en dos grados en relación con la establecida para el delito consumado⁴⁵⁵. En otros códigos penales -como el peruano- se establece una atenuación obligatoria de la penalidad de la tentativa inacabada y una atenuación facultativa en caso de presentarse una tentativa acabada o delito frustrado⁴⁵⁶.

⁴⁵⁴ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 1173-2006 de las quince horas del diecisiete de noviembre de dos mil seis.

⁴⁵⁵ Mañalich Raffo, Juan Pablo (2004). "La Tentativa y el Desistimiento en el Derecho Penal. Algunas Consideraciones Conceptuales". Revista de Estudios de la Justicia. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. (N° 4) en: http://www.derecho.uchile.cl/cej/recej/recej4/archivos/tentativa%20y%20desistimiento%20_JPM_corregido%20_16_.pdf. (Consulta: 20 de marzo, 2009).

⁴⁵⁶ Ezaine Chaves, Amado (1986). Iter criminis: Actos preparatorios, Tentativa, Frustración, Consumación San José, Costa Rica. p 76.

El delito imposible o tentativa inidónea ha sido tratado en ordenamientos jurídicos como el peruano, en el cual se ha aceptado una disminución de la pena por debajo del mínimo legal para el supuesto de la imposibilidad absoluta, y se ha ubicado la imposibilidad relativa en la tentativa o frustración⁴⁵⁷.

La jurisprudencia venezolana ha marcado una diferencia entre la tentativa abandonada, calificada e impedida que resulta importante destacar, pues se considera que dependiendo del tipo de tentativa así va a ser la aplicación con que cuente un eventual desistimiento voluntario. La llamada tentativa abandonada remite a la figura del desistimiento voluntario, la tentativa calificada al igual que en nuestro ordenamiento hace referencia a la comisión de otro delito durante la realización de la tentativa que debe ser punible y por último, la tentativa impedida se refiere a lo que se concibe como tentativa en sentido estricto. La Resolución del Tribunal Supremo de Justicia de Caracas, datada del día trece de diciembre del año dos mil dos, afirma: *“En cuanto a la tentativa abandonada, ha dejado asentado que ésta es en la que el agente desiste voluntariamente de continuar en la tentativa, es decir, en forma espontánea, y que además se requiere que los actos preparatorios realizados hasta entonces, hasta el momento del desistimiento voluntario, no constituyan de por sí, delitos ni faltas, concluyendo, que ese actuar es absolutamente impune, y que la razón de esta impunidad, es una cuestión de política criminal, en la que se trata de estimular el acto espontáneo o voluntario por el cual el agente desiste de continuar con la tentativa, y por tanto, de desistir de consumir el delito, con lo cual se impide la consumación del mismo, lo que es “... un resultado perfectamente*

⁴⁵⁷ Ezaine Chaves, Amado (1986). Iter criminis: Actos preparatorios, Tentativa, Frustración, Consumación San José, Costa Rica. p 111.

justo y perfectamente deseable. Tal es el motivo, tal es el fundamento en que se apoya la impunidad de la tentativa abandonada...”. Código Penal de Venezuela, Vol. II. Artículos 68 al 127. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad Central de Venezuela, págs. 213 y siguientes. En cuanto a la tentativa calificada, ha señalado que ésta es aquella en la que el agente ha desistido voluntariamente, pero que incurre en pena, si los actos ya realizados, constituyen de por sí, otro u otros delitos o faltas. Aclarando que, si el agente desiste voluntariamente de la perpetración del delito que fundamentalmente quería consumir, pero los actos preparatorios de por sí constituyen delitos o faltas, “...no se debe responsabilizar penalmente al agente en lo que respecta al delito fundamental y primordialmente quería perpetrar, porque respecto a tal delito existe una tentativa abandonada que debe quedar impune..., pero en cambio, sí se debe responsabilizar penalmente al agente por aquellos actos preparatorios previos al desistimiento voluntario o espontáneo que están previstos en la Ley Penal como punibles...”. Código Penal de Venezuela, Vol. II. Artículos 68 al 127. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, págs. 213 y siguientes. Y por último, en relación a la tentativa impedida, esto es, la tentativa por antonomasia, es aquella en la que se ha suspendido la comisión del delito por causas independientes a la voluntad del autor, la cual se encuentra prevista en el primer aparte del artículo 80 del Código Penal, y que requiere de ciertos requisitos para establecerla como son: la intención dirigida a cometer el delito, el comienzo de la ejecución con medios idóneos, y el requisito mas importante, las circunstancias independientes de la voluntad del sujeto para la consumación del hecho ilícito. Como se observa pues, hay que distinguir entre una y otra tentativa para

*que el juez, luego de apreciar las circunstancias de hecho, pueda determinadamente aplicar el desistimiento voluntario previsto en el artículo 81 del Código Penal.*⁴⁵⁸

En relación con la penalidad de la tentativa, el Tribunal Supremo español ha considerado que al no existir una restricción normativa al arbitrio judicial, la decisión a la que arriben los juzgadores debe hacerse sobre la base de una consideración total de las circunstancias del hecho en el más amplio sentido, así como de la personalidad del autor; esto por cuanto: *“Solo una tal consideración de las circunstancias totales decisivas para la voluntad delictiva, el motivo o los motivos del hecho, la ejecución del hecho y el grado de puesta en peligro del bien jurídico podría brindar información acerca de si un hecho punible tentado, según el contenido de ilícito o de culpabilidad, puede ser castigado con justicia más benignamente que el hecho concebido como consumado.”*⁴⁵⁹ No obstante, esta postura ha recibido fuertes críticas pues hablar de consideración de la totalidad de las circunstancias y querer crear un “estándar” crea inseguridad jurídica frente a situaciones que no revisten la claridad necesaria para generar un juicio certero y del mismo modo afecta el principio de igualdad, en el tanto y en el cuanto se otorguen soluciones diversas a situaciones idénticas denegando en un caso y concediendo en el otro la atenuación del marco penal de la tentativa⁴⁶⁰.

⁴⁵⁸ Resolución del Tribunal Supremo Dada, firmada y sellada en el Salón de Audiencias del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala de Casación Penal, en Caracas a los TRECE días del mes de DICIEMBRE del año dos mil dos.

⁴⁵⁹ Frisch, Wolfgang (1994). “La Atenuación del Marco Penal en la Tentativa”. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Tomo: XLVII, Fascículo II: p 159-192 May-Ago. Madrid, España. p 164.

⁴⁶⁰ *Ibidem*, p.p. 165-169.

CAPÍTULO III: EL DESISTIMIENTO Y SU APLICACIÓN EN EL CAMPO DE LOS DELITOS SEXUALES

SECCIÓN I. GENERALIDADES DE LA FIGURA DEL DESISTIMIENTO Y EL ARREPENTIMIENTO ACTIVO

TÍTULO I. CONCEPTO DE LA FIGURA DEL DESISTIMIENTO Y EL ARREPENTIMIENTO ACTIVO

A nivel de doctrina y de jurisprudencia se reconocen dos tipos de desistimiento, a saber⁴⁶¹:

- El desistimiento voluntario -también denominado desistimiento espontáneo-.
- El arrepentimiento activo o eficaz.

Es importante tener en cuenta este aspecto, pues en no pocas ocasiones se habla de desistimiento de forma aislada al arrepentimiento sin tomar en consideración que los mismos se ubican en una relación de género a especie. Autores como Muñoz Conde se encuentran conscientes de esta situación y manifiestan: *“Existe aquí un cierto confusionismo terminológico derivado del hecho de que se considera el desistimiento en su aspecto puramente omisivo, “el dejar de hacer”, por lo que, solo cabe en la tentativa*

⁴⁶¹ Ezaine Chaves, Amado (1986). Iter criminis: Actos preparatorios, Tentativa, Frustración, Consumación. San José, Costa Rica. p 64.

*porque en ella se puede dejar de hacer o realizar los actos ejecutivos que aún faltan, pero no en la frustración porque aquí ya se han realizado todos los actos y es necesario una actividad positiva para impedir que se produzca el resultado, y a esto se le llama arrepentimiento. Creo, sin embargo, que también en la frustración se puede hablar de desistimiento, si se considera desde el punto de vista de la consumación, ya que en cuanto el autor no llega voluntariamente a la consumación típica desiste de alcanzar la meta que pretendía.*⁴⁶²

Francisco Castillo plantea que el desistimiento se produce cuando: “(...) habiéndose realizado actos ejecutivos de un delito, éste no llega a consumarse por la libre decisión del autor; es decir, cuando el sujeto activo abandona la empresa delictiva, desistiendo del plan que había comenzado a ejecutar.”⁴⁶³ De la cita doctrinaria transcrita se deduce el ámbito de aplicación del desistimiento, cual es el que se ubica entre la ejecución del delito y la consumación del mismo⁴⁶⁴; de forma tal que hablar de desistimiento en otra fase del inter criminis que no sea la de ejecución resulta improcedente. Es importante mencionar que este instituto también ha recibido otras denominaciones, por ejemplo: “tentativa desistida” y “tentativa abandonada”⁴⁶⁵.

⁴⁶² Muñoz Conde, Francisco (1972). El Desistimiento Voluntario de Consumar el Delito. 1ª Edición. Barcelona, España. Editorial Bosch. p 9.

⁴⁶³ Castillo González, Francisco (2003). Tentativa y Desistimiento Voluntario. 1ª Edición. San José, Costa Rica. Editorial Jurídica Continental. p 124-125. En el mismo sentido véase: Pavón Vasconcelos, Francisco (1982). Breve Ensayo sobre la Tentativa. 3ª Edición. México. Editorial Porrúa, S.A. p 101.

⁴⁶⁴ Fernández Moreno, R. y Madrigal Madrigal, J. (1995). El Desistimiento Voluntario de Consumar el Delito: Su Regulación en el Ordenamiento Jurídico Costarricense. Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica. p 106.

⁴⁶⁵ Solís Muñoz, Alejandro (1967). Jurisprudencia sobre el Desistimiento en la Tentativa. Memoria de Prueba para optar por el grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. p 26.

Al consultarle al magistrado Carlos Chinchilla Sandí (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia) sobre el concepto del desistimiento manifestó: *“El desistimiento es un convencimiento interno de no seguir adelante con la acción, de modo que ya empezó la ejecución; habría que ver hasta donde y hasta cuándo es desistimiento o arrepentimiento. Depende del delito sexual, no es lo mismo hablar de una violación que una agresión sexual (antes conocida como abusos deshonestos) donde la valoración del desistimiento y el arrepentimiento cambia un poco.”*⁴⁶⁶

El arrepentimiento activo puede definirse como: *“(...) una contraactividad dirigida a impedir la producción del resultado”*⁴⁶⁷. Otra de las definiciones que podría darse es la siguiente: *“(...) El arrepentimiento eficaz es la actividad voluntaria realizada por el autor, para impedir la consumación del delito, una vez agotado el proceso ejecutivo capaz por sí mismo, de lograr dicho resultado. El arrepentimiento supone por tanto, la realización previa de todos los actos de ejecución necesarios para producir el resultado.”*⁴⁶⁸

Asimismo tal y como se desarrollará más adelante el efecto jurídico inmediato que conlleva la configuración del desistimiento voluntario y/o arrepentimiento activo es la

⁴⁶⁶ Chinchilla Sandí, Carlos (2009). La Tentativa y el Desistimiento en los Delitos Sexuales. Entrevista: Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. 3 de junio.

⁴⁶⁷ Castillo González, Francisco (2003). Tentativa y Desistimiento Voluntario. 1ª Edición. San José, Costa Rica. Editorial Jurídica Continental. p 150.

⁴⁶⁸ Pavón Vasconcelos, Francisco (1982). Breve Ensayo sobre la Tentativa. 3ª Edición. México. Editorial Porrúa, S.A. p 121. En el mismo sentido: Hassel, Guillermo en www.monografias.com (Consulta: 21 de febrero, 2009).

impunidad⁴⁶⁹. Así se desprende de la siguiente frase: *“La pregunta por el fundamento de los efectos exoneratorios del “desistimiento voluntario” se legitima por el trato desigual que se dispensa a aquellas tentativas inicialmente desvaloradas y que luego son desistidas, frente a aquellas –también inicialmente desvaloradas– en las que no se produce la evitación voluntaria del resultado. Mientras que a éstos últimos supuestos les corresponde la pena conminada para la infracción de que se trate, los casos de desistimiento voluntario son distinguidos con la impunidad en la mayoría de las legislaciones.”*⁴⁷⁰

Algunos autores consideran que no debería otorgarse la impunidad pues se trata del cumplimiento de un deber, y el comportamiento desistido no cambia el hecho anterior; dentro de los que defienden este razonamiento se puede mencionar a Jakobs para quien: *“Cuando el autor se preocupa por la cesación inmediata de la tentativa, ello no supone ningún merecimiento especial, sino nada más que el cumplimiento de un deber. La plena impunidad en el derecho vigente solo cabe explicarla, dada esta situación, por el afán del legislador de no cortar la retirada mediante la conminación penal.”*⁴⁷¹

Además, se ha expresado que con el comienzo de ejecución se quebranta provisionalmente la norma, por lo tanto, al sobrevenir el desistimiento, ese quebranto no se anula, sino que el mismo evita que se configure en forma definitiva: *“(…) el hecho del*

⁴⁶⁹ Quesada Mora, Juan Gerardo (1991). “El Delito Imposible o Tentativa Inidónea”. *Revista Ivstitia*. Año 5 (Nº 55) p 18-20. Jul. San José, Costa Rica. p 19. En el mismo sentido: Cury Urzúa, Enrique (1977). *Tentativa y Delito Frustrado: (El Proceso Ejecutivo del Delito)*. 1ª Edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. p.p. 133-134.

⁴⁷⁰ Reaño Peshiera, José Leandro (2005). “Sobre los Fundamentos de la Exención de Pena por “Desistimiento Voluntario” de la Tentativa”. *Los Desafíos del Derecho Penal en el Siglo XXI: Libro Homenaje al Profesor Dr. Günther Jakobs*. p. 341-381. Lima, Perú. ARA Editores. p 348.

⁴⁷¹ *Ibidem*, p 374.

autor no puede ser interpretado como negación definitiva de las expectativas normativas inicialmente quebrantadas de forma provisional, puesto que al abandonar la ejecución o evitar la consumación jurídico-penal –siempre que el sujeto se haya reservado con seguridad dicha posibilidad al momento de iniciar la ejecución- el autor imprime inequívocamente un cambio de sentido al hecho. Por ello, el “desistimiento voluntario” no debe concebirse como equivalente funcional a la pena, pues no se trata de una reacción contrafáctica que reestablezca la vigencia de la expectativa anteriormente quebrantada, sino que más bien debe concebirse como causa que impide la configuración definitiva del injusto típico.”⁴⁷²

Otras doctrinas muestran oposición al otorgamiento de la impunidad del desistimiento por diversas razones; entre ellas se encuentran razones de política criminal, pues se afirma que no debería exonerarse de sanción al agente, pues de esa manera va a actuar con mayor cautela al momento de comenzar otra empresa criminal; así como razones de índole jurídica, pues se alega que con el desistimiento no se anula la acción por lo que nada impide la aplicación de una pena⁴⁷³.

No obstante lo anterior, el magistrado Carlos Chinchilla Sandí, ha manifestado que de no conceder la impunidad, sería irónico hablar de desistimiento, pues no sería más que una tentativa; lo anterior al expresar: *“Pensemos que vamos a sancionarlo, porque la conducta no está dentro de la categoría de la tentativa; entonces poco importa el*

⁴⁷² Reaño Peschiera, José Leandro (2005). “Sobre los Fundamentos de la Exención de Pena por “Desistimiento Voluntario” de la Tentativa”. *Los Desafíos del Derecho Penal en el Siglo XXI: Libro Homenaje al Profesor Dr. Günther Jakobs*. p. 341-381. Lima, Perú. ARA Editores. p.p. 379-380.

⁴⁷³ Solís Muñoz, Alejandro (1967). *Jurisprudencia sobre el Desistimiento en la Tentativa*. Memoria de Prueba para optar por el grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. p 27.

*desistimiento porque es una tentativa, donde no importa si realizó uno, dos, tres o cuatro actos de ejecución, es tentativa y el juez discrecionalmente pone la pena.*⁴⁷⁴

Dentro de las semejanzas que tiene esta figura con la tentativa se puede mencionar que ambos institutos se ubican dentro de la fase externa del iter criminis; propiamente en los actos de ejecución; y en ambos no debe producirse la consumación del delito. Y la diferencia radical entre ambas figuras es que en el desistimiento, el agente no quiere continuar con la acción, mientras que en la tentativa no continúa por causas ajenas a la voluntad del agente; así lo manifestó Carlos Chinchilla Sandí (Magistrado de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia) tal y como reza a continuación: *“Desistimiento y tentativa son conceptos totalmente diferentes aunque se presentan en una misma etapa; en el desistimiento el sujeto convencido no quiere seguir con la acción, mientras en la tentativa queriendo seguir, un factor externo se lo impide.”*⁴⁷⁵

Algunos autores consideran que no se debe hablar de “desistimiento de la tentativa”, sino más bien de “desistimiento de la consumación del delito”; ello con base en el siguiente argumento: *“Puesto que el sujeto activo debe haber dado principio a la ejecución del hecho punible, se trata en este caso de desistir de la consumación del delito. Resulta impropio, por tanto, hablar de desistimiento de la tentativa, ya que si el agente se*

⁴⁷⁴ Chinchilla Sandí, Carlos (2009). La Tentativa y el Desistimiento en los Delitos Sexuales. Entrevista: Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. 3 de junio.

⁴⁷⁵ Ibid.

*hubiera propuesto una tentativa, la acción en sí misma, sin necesidad del desistimiento, sería irrelevante para el derecho penal.*⁴⁷⁶

En este tema -tal y como se mencionó en el capítulo anterior- reviste gran importancia la diferencia entre tentativa acabada o delito frustrado y la tentativa inacabada; pues siendo la segunda aquella en la cual el agente no ha desplegado todos los actos necesarios para lograr la consumación del delito y por ello basta con “frenar” en su actuación lo procedente, es la aplicación de un desistimiento voluntario, mas si se trata de un delito frustrado, el cual por definición se presenta en el momento en que el sujeto activo ha desarrollado todas las acciones requeridas para lograr el resultado típico y solo queda esperar el advenimiento de éste; para que la conducta del individuo se considere desistida es necesario que el mismo “ponga marcha atrás” y mediante un “hacer” logre la evitación del mismo, de forma tal que en este supuesto lo procedente sería aplicar la figura del arrepentimiento activo.

Se dice que el fundamento del desistimiento (en sus dos modalidades) no viene dado por ser una interrupción del proceso – del iter criminis- pues esa es precisamente su definición y por ello si se toma como fundamento sería una mera tautología⁴⁷⁷. Para Laura Pozuelo el fundamento del desistimiento radica en la misma norma; a continuación la conclusión a que llega la autora al respecto: “(...) *la aclaración de esta confusión es la que nos lleva al fundamento del desistimiento: el deber de desistir es el mismo deber de*

⁴⁷⁶ Muñoz Rubio, Campo Elias (1974-1975). “Las Formas de Aparición del Delito”. Cuadernos Panameños de Criminología. Vol. 1. (Nº 3 y 4): p 13-47. Nov. Panamá. p 31. En el mismo sentido véase: Hassel, Guillermo en www.monografias.com (Consulta: 21 de febrero, 2009).

⁴⁷⁷ Pozuelo Pérez, Laura (2003). El Desistimiento en la Tentativa y la Conducta Postdelictiva. 1ª Edición. Valencia, España. Editorial Tirant to Blanch. p 45.

no realizar el contenido de los tipos penales, siquiera en grado de tentativa, esto es, en uno y otro caso se trataría de la misma norma.”⁴⁷⁸ De este aspecto deviene también la razón por la cual en la tentativa desistida no es dable imponer una sanción, pues: “(...) el desistimiento ha de entenderse como el cumplimiento de la norma en concreto, razón por la cual no llega a nacer la necesidad de imposición de la pena.”⁴⁷⁹

José Leandro Reaño Peschiera trata el desistimiento como un deber de aseguramiento o de salvamento, según se trate de una tentativa inacabada –lo procedente es un deber de aseguramiento- o acabada –donde se manifiesta un deber de salvamento- respectivamente, tal y como reza a continuación: “(...) luego del inicio de la tentativa y antes de que el sujeto renuncie o pierda la posibilidad de revocar de modo seguro el riesgo creado, el denominado desistimiento voluntario es una exigencia derivada de un deber de aseguramiento fundamentado en una competencia organizativa, cuyo cumplimiento impide al juez imponer la pena máxima prevista para la tentativa; y, luego de que el sujeto renuncia o pierde dicha posibilidad de revocación y antes de que acaezca el resultado naturalista del delito, el denominado: desistimiento voluntario no es más que una exigencia derivada de un deber de salvamento fundamentado en consideraciones de solidaridad intersubjetiva, cuya observancia impide al juez imponer la pena máxima para la consumación.”⁴⁸⁰

⁴⁷⁸ Pozuelo Pérez, Laura (2003). El Desistimiento en la Tentativa y la Conducta Postdelictiva. 1ª Edición. Valencia, España. Editorial Tirant to Blanch. p 241.

⁴⁷⁹ *Ibidem*, p 267.

⁴⁸⁰ Reaño Peschiera, José Leandro (2005). “Sobre los Fundamentos de la Exención de Pena por “Desistimiento Voluntario” de la Tentativa”. Los Desafíos del Derecho Penal en el Siglo XXI: Libro Homenaje al Profesor Dr. Günther Jakobs. p. 341-381. Lima, Perú. ARA Editores. p 349.

Lo importante es que en ambos casos lo que posibilita el desistimiento es el carácter provisional que tiene el quebranto de la norma, pues en el momento en que el sujeto pierde el dominio del curso causal, la violación se torna definitiva y ello excluye el desistimiento; al respecto es ilustrativa la siguiente cita: *“Si luego del inicio de la ejecución y antes de que el sujeto pierda el control sobre la posibilidad segura de revocar el riesgo creado, la infracción de la norma es completa pero provisional, luego de que se produce dicha pérdida de dominio el quebrantamiento –que sigue siendo completo- se torna definitivo. La provisionalidad que caracteriza al injusto típico aún no consumado determina la posibilidad de que el sujeto revoque parcialmente el sentido de su comportamiento.”*⁴⁸¹

No se debe dejar de lado que el desistimiento no elimina el quebrantamiento ya producido, pues no tiene la capacidad de convertir en inexistente lo que en un momento determinado se presentó, y por ello es totalmente aplicable lo que considera Jakobs: *“Únicamente el presente se puede modificar: no cabe resucitar el pasado”*⁴⁸²

Carlos Chinchilla Sandí (Magistrado de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia) marcó una diferencia radical entre el desistimiento voluntario y el arrepentimiento activo indicando que en el primer supuesto, el sujeto decide no continuar con la ejecución; y ello lo externa con las siguientes palabras: *“El desistimiento y el arrepentimiento son dos situaciones diferentes, una es “antes de” y otra “después de”.*

⁴⁸¹ Reaño Peschiera, José Leandro (2005). “Sobre los Fundamentos de la Exención de Pena por “Desistimiento Voluntario” de la Tentativa”. Los Desafíos del Derecho Penal en el Siglo XXI: Libro Homenaje al Profesor Dr. Günther Jakobs. p. 341-381. Lima, Perú. ARA Editores. p 368.

⁴⁸² *Ibidem*, p 370.

*El sujeto arrepentido llega una vez consumado el hecho a tratar de deshacer lo malo que hizo.*⁴⁸³

Cabe aclarar que la palabra “arrepentimiento” no hace alusión a que la cesación de la actividad dañosa y su evitación deba ser producto de un sentimiento producto de motivos éticos; lo único importante es que: *“(…) al autor se le exige una actuación activa y dolosa, dirigida a evitar el resultado, y por tanto, indica la exigencia del comportamiento activo, dirigido a evitar el resultado, necesario para que el agente gane el privilegio que significa esta forma de desistimiento*⁴⁸⁴ Para Zaffaroni ello es así pues únicamente falta para la consumación del hecho la inactividad del sujeto, por lo cual debe revocar su acción mediante la evitación de la misma⁴⁸⁵.

La razón básica al exigir el comportamiento activo es que no sería justo que se exima de responsabilidad al que deja a su suerte a la víctima y una causa ajena a su voluntad es la que impide el resultado. Francisco Castillo avala este razonamiento al mostrar la posición de la doctrina mayoritaria: *“(…) no puede ser dispensado de su responsabilidad por tentativa quien, una vez concluida esta, deja que las cosas sigan su propio rumbo, y que por su buena suerte, el resultado no llega a producirse o quien, simplemente observa cómo un tercero no involucrado en el hecho impide la producción*

⁴⁸³ Chinchilla Sandí, Carlos (2009). La Tentativa y el Desistimiento en los Delitos Sexuales. Entrevista: Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. 3 de junio.

⁴⁸⁴ Castillo González, Francisco (2003). Tentativa y Desistimiento Voluntario. 1ª Edición. San José, Costa Rica. Editorial Jurídica Continental. p 150.

⁴⁸⁵ Zaffaroni, Eugenio Raúl (2006). Manual de Derecho Penal: Parte General. 2ª Edición. Buenos Aires, Argentina. Editorial Ediar. p 663.

*del resultado.*⁴⁸⁶ Un aspecto importante a destacar es que la actividad requerida para que opere el arrepentimiento activo no necesariamente debe provenir del autor del hecho; sino que también el mismo puede valerse de un tercero para su realización⁴⁸⁷. Por ello la actividad impediendo del resultado podría provenir de un médico que buscó el agente para salvar la vida de la víctima; lo importante es que el esfuerzo provenga del agente, aunque no lo realice de propia mano⁴⁸⁸. Hay tesis que plantean que el sujeto activo debe realizar los mejores esfuerzos para poder beneficiarse con el desistimiento, mientras que otras posiciones alegan que lo importante es que realice los esfuerzos necesarios según su representación para evitar el resultado, de forma tal que no debe tratarse del mejor o del mayor esfuerzo⁴⁸⁹. Lo cierto es que el arrepentimiento activo pone una carga mayor al sujeto para desistir, pues debe mostrar su decisión de no continuar con el delito con una conducta activa⁴⁹⁰.

Es claro que en la presente investigación, al referirse a delitos sexuales – específicamente al delito de violación y abuso sexual- el arrepentimiento no reviste tanta importancia y por ello se trata marginalmente, esto por cuanto en este tipo de delitos no es posible concebir una tentativa acabada; pues de realizar el agente todos los actos

⁴⁸⁶ Castillo González, Francisco (2003). Tentativa y Desistimiento Voluntario. 1ª Edición. San José, Costa Rica. Editorial Jurídica Continental. p 151.

⁴⁸⁷ Zaffaroni, Eugenio Raúl (2006). Manual de Derecho Penal: Parte General. 2ª Edición. Buenos Aires, Argentina. Editorial Ediar. p 663. En el mismo sentido véase: Fernández Moreno, R. y Madrigal Madrigal, J. (1995). El Desistimiento Voluntario de Consumar el Delito: Su Regulación en el Ordenamiento Jurídico Costarricense. Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica. p 234.

⁴⁸⁸ Castillo González, Francisco (2003). Tentativa y Desistimiento Voluntario. 1ª Edición. San José, Costa Rica. Editorial Jurídica Continental. p 152. En el mismo sentido véase: Muñoz Conde, Francisco (1972). El Desistimiento Voluntario de Consumar el Delito. 1ª Edición. Barcelona, España. Editorial Bosch. p 72.

⁴⁸⁹ Castillo González, Francisco (2003). Tentativa y Desistimiento Voluntario. 1ª Edición. San José, Costa Rica. Editorial Jurídica Continental. p 152.

⁴⁹⁰ Cury Urzúa, Enrique (1977). Tentativa y Delito Frustrado: (El Proceso Ejecutivo del Delito). 1ª Edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. p 130.

necesarios, el delito ya se tendría como consumado. Esta opinión es compartida por el magistrado Carlos Chinchilla Sandí al expresar: *“En delitos sexuales no es posible el arrepentimiento porque el hecho ya está consumado (...) No hay forma de una tentativa acabada o delito frustrado en un delito sexual.”*⁴⁹¹

Se puede establecer una diferencia entre el arrepentimiento activo o eficaz y el arrepentimiento post factum, cuyas consecuencias jurídicas son diversas en virtud del advenimiento del resultado: *“Aquél –arrepentimiento activo – tiene la virtud de impedir el resultado haciendo desaparecer la tentativa punible; éste –arrepentimiento post factum- no evita la consumación al surgir una vez producido el delito, pero atenúa sus consecuencias dañosas.”*⁴⁹² Siendo que el arrepentimiento activo daría como resultado la impunidad, mientras que el arrepentimiento post factum a lo sumo podría funcionar como una atenuante. Ello es así pues en el primer caso –arrepentimiento activo o eficaz- el sujeto cuenta con la posibilidad de impedir el resultado; mientras que en el segundo –arrepentimiento post factum- lo que queda es la reparación del daño provocado, por cuanto, el bien jurídico ya fue lesionado⁴⁹³.

Tanto el desistimiento voluntario como el arrepentimiento activo requieren para su configuración que el autor crea posible la realización del delito, pues si considera que de todos modos no va a alcanzar la finalidad o que para hacerlo debe poner en marcha otra

⁴⁹¹ Chinchilla Sandí, Carlos (2009). La Tentativa y el Desistimiento en los Delitos Sexuales. Entrevista: Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. 3 de junio.

⁴⁹² Pavón Vasconcelos, Francisco (1982). Breve Ensayo sobre la Tentativa. 3ª Edición. México. Editorial Porrúa, S.A. p 125.

⁴⁹³ Cury Urzúa, Enrique (1977). Tentativa y Delito Frustrado: (El Proceso Ejecutivo del Delito). 1ª Edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. p 130.

acción se debe excluir la aplicación de los institutos mencionados⁴⁹⁴. Esto lo explica claramente Zaffaroni al recalcar lo siguiente: *“La tentativa de delito puede desistirse mientras objetivamente no exista para el autor una imposibilidad de consumación. Cuando la consumación se ha vuelto imposible, el desistimiento no es voluntario. En consecuencia, cuando el agente se representa un fracaso inexistente no puede negarse la posibilidad del desistimiento pues –cualquiera sea su motivación– el autor renuncia voluntariamente a continuar con el hecho. Si la ley no exige una motivación especial, nada autoriza a considerar no voluntario lo que es voluntario.”*⁴⁹⁵

Se debe destacar que el desistimiento – en sus dos manifestaciones- posee carácter subjetivo y por ello en el caso de participación criminal solo favorece al sujeto o los sujetos que hayan optado por él; y ello es claro pues el derecho penal es personalísimo⁴⁹⁶. Además autores como Laura Pozuelo establecen que el desistimiento es una causa de imputación personal, tal y como se desprende del siguiente argumento: *“(…) sólo quedará exento de responsabilidad por el delito intentado, quien evite voluntariamente la consumación del delito. De este modo, tanto en el supuesto de un autor único, pero, especialmente en el caso de varios intervinientes –ya sean coautores o autores y*

⁴⁹⁴ Castillo González, Francisco (2003). Tentativa y Desistimiento Voluntario. 1ª Edición. San José, Costa Rica. Editorial Jurídica Continental. p 141. En el mismo sentido: Mañalich Raffo, Juan Pablo (2004). “La Tentativa y el Desistimiento en el Derecho Penal. Algunas Consideraciones Conceptuales”. Revista de Estudios de la Justicia. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. (Nº 4) en: http://www.derecho.uchile.cl/cej/recej/recej4/archivos/tentativa%20y%20desistimiento%20_JPM_corregido%20_16_.pdf. (Consulta: 20 de marzo, 2009).

⁴⁹⁵ Zaffaroni, Eugenio Raúl (2006). Manual de Derecho Penal: Parte General. 2ª Edición. Buenos Aires, Argentina. Editorial Ediar. p 660.

⁴⁹⁶ Ezaine Chaves, Amado (1986). Iter criminis: Actos preparatorios, Tentativa, Frustración, Consumación. San José, Costa Rica. p 66.

*participes- se señala de forma expresa que la impunidad solo operará para quien desista.*⁴⁹⁷

Recordando lo esbozado anteriormente sobre la diferencia entre el merecimiento y la necesidad de pena en el caso del desistimiento, la conducta desplegada por el agente es merecedora de pena; no obstante, no existe necesidad de ella, pues con la decisión voluntaria del agente de no continuar con la ejecución del delito se logra el efecto deseado, cual es, el reafirmar la vigencia de la norma. Por ello se ha expresado que: *“(...) si será perfectamente legítimo no imponer una sanción cuando, aunque haya un merecimiento de pena, no exista una necesidad de pena, dado que una pena innecesaria no podría justificarse. Ello es lo que ocurre, por ejemplo, en el desistimiento, en el cual es el propio autor el que, revocando su proyecto lesivo anterior, reafirma la vigencia de la norma. Puede decirse, así, que el desistimiento es un subrogado de la pena, en la medida en que cumple su misma función, al ser el mismo autor del proyecto lesivo el que, con su acto de revocación, reafirma la vigencia de la norma vulnerada.*⁴⁹⁸

Se alega además que quien desiste de la comisión de un ilícito es menos peligroso que el que persiste en su actuar contrario a derecho; por lo tanto, merece un trato más benigno que el que opta por continuar su acción, aunado a que es interés del Estado

⁴⁹⁷ Fozuelo Pérez, Laura (2003). El Desistimiento en la Tentativa y la Conducta Postdelictiva. 1ª Edición. Valencia, España. Editorial Tirant to Blanch. p 269.

⁴⁹⁸ Alcácer Guirao, Rafael (2002). “La Tentativa y los Fines del Derecho Penal”. XXIV Jornadas Internacionales de Derecho Penal. 1ª Edición. P 7-58. Bogotá, Colombia. Editorial Universidad Externado de Colombia. p 44.

evitar la realización de delitos y por ello otorga la impunidad o una pena menor para el caso de que ello suceda como una especie de motivación⁴⁹⁹.

Los delitos sexuales, principalmente la violación y el abuso sexual, presentan la particularidad de que si el agente está en la posibilidad de utilizar la violencia para conseguir el fin propuesto –las relaciones sexuales o el acto libidinoso- y a pesar de ello desiste de realizar nuevos actos no debería negarse la aplicación de la figura del desistimiento⁵⁰⁰. Ante ello podría alegarse que al existir violencia o intimidación para realizar la acción no se aplique el desistimiento porque la víctima puede reconocer al agente; no obstante si hilamos tan fino el desistimiento o el arrepentimiento activo serían inconcebibles en varios ilícitos que involucran ese tipo de acciones; lo que no sería procedente⁵⁰¹.

Surge la interrogante de lo que sucedería si el agente realiza serios esfuerzos para evitar la producción del resultado y el mismo no llega a realizarse por causas ajenas a él. Ante ello Francisco Castillo ha destacado que en principio la actuación del sujeto activo no tiene efectos jurídicos, salvo una eventual disminución de la pena. Esto podría presentarse por tratarse de un delito frustrado, un delito imposible o porque la propia víctima impide el resultado lesivo⁵⁰².

⁴⁹⁹ Ezaine Chaves, Amado (1986). Iter criminis: Actos preparatorios, Tentativa, Frustración, Consumación. San José, Costa Rica. p 64.

⁵⁰⁰ Castillo González, Francisco (2003). Tentativa y Desistimiento Voluntario. 1ª Edición. San José, Costa Rica. Editorial Jurídica Continental. p 142.

⁵⁰¹ *Ibidem*, p 154.

⁵⁰² *Ibidem*, p.p. 154-155.

Otro caso a considerar, es lo que se llama en doctrina: “Desistimiento Mezquino” que tal y como su nombre lo indica se refiere a aquellos casos en que el sujeto activo trata de evitar el resultado, pero no realiza todos los actos que podría para ello; ejemplo de ello es cuando el agente hiere a la víctima y luego en su afán de salvarla la lleva cerca de un hospital, pero no ingresa en el centro médico pues le da miedo ser descubierto; dejando con ello librado al azar el advenimiento del resultado, por lo que en ese caso generalmente se acepta que se trata de una tentativa acabada y por ello el sujeto no puede verse beneficiado con la impunidad⁵⁰³. Así se desprende de la siguiente cita: *“(...) sólo cuando el agente hace todo lo posible para evitar la materialización de un peligro por él generado, y no cuando deja protagonismo al azar, se reestabiliza la confianza en la vigencia de las normas (...)”*⁵⁰⁴

TÍTULO II. DESISTIMIENTO MALOGRADO

Otro supuesto a tomar en consideración es cuando a pesar de los esfuerzos realizados por el agente, el resultado se convierte en hecho⁵⁰⁵. En este punto es indispensable tomar como herramienta las reglas de imputación objetiva, pues si el resultado fue tratado de evitar por el sujeto activo y la víctima impidió la evitación el

⁵⁰³ Sancinetti, Marcelo A. (2005). “Ilícito Penal sin Desvalor de Resultado”. Los Desafíos del Derecho Penal en el Siglo XXI: Libro Homenaje al Profesor Dr. Günther Jakobs. p. 269-292. Lima, Perú. ARA Editores. p 280.

⁵⁰⁴ Mañalich Raffo, Juan Pablo (2004). “La Tentativa y el Desistimiento en el Derecho Penal. Algunas Consideraciones Conceptuales”. Revista de Estudios de la Justicia. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. (Nº 4) en: http://www.derecho.uchile.cl/cej/recej/recej4/archivos/tentativa%20y%20desistimiento%20_JPM_corregido%20_16_.pdf. (Consulta: 20 de marzo, 2009).

⁵⁰⁵ Muñoz Conde, Francisco (1972). El Desistimiento Voluntario de Consumar el Delito. 1ª Edición. Barcelona, España. Editorial Bosch. p 137.

resultado no podría serle imputado, lo mismo ocurre si el fin se alcanza por negligencia de terceros –por ejemplo: el sujeto avisa a la policía sobre la bomba y los acompaña a desactivar la misma, mas por el descuido de los funcionarios encargados, la misma estalla⁵⁰⁶-. Igual consecuencia se aplicaría si se presenta una desviación causal esencial que el autor no se había representado o cuando el agente cree falsamente encontrarse dentro de un delito frustrado y por ello con solo dejar de actuar el resultado no se va a producir⁵⁰⁷. Este supuesto es lo que la doctrina denomina: “Desistimiento Malogrado o Desistimiento Fracasado” y que en nuestro derecho no posee una consecuencia específica, no obstante en virtud del numeral: 71 del “Código Penal” la conducta posterior a la consumación debe tomarse en consideración a la hora de la imposición de la pena, por lo que análogamente podría valorarse en el ámbito de la penalidad.

El magistrado Carlos Chinchilla Sandí, tomó partida de esta situación y externó que este es uno de los temas que urge regular; sin embargo, si no existe regulación de la figura del desistimiento voluntario, difícilmente se va a encontrar legislación vinculada con el desistimiento malogrado. Dicha preocupación se pone de manifiesto al analizar lo expresado por él: *“Hay que regularlo, si no lo regulamos no se puede disminuir la carga de culpabilidad. Si el agente realiza acciones posteriores debería existir algo que le permita al juez valorar para reducir la penalidad. Ello queda a decisión del juez. Sin embargo, no es vinculante al juez, ello porque muchos desistimientos se pueden tener*

⁵⁰⁶ www.clarin.com/diario/2005/09/01/policiales/g-04801.htm (Consulta: 1º de marzo, 2009).

⁵⁰⁷ Castillo González, Francisco (2003). Tentativa y Desistimiento Voluntario. 1ª Edición. San José, Costa Rica. Editorial Jurídica Continental. p.p. 156-157.

*como tentativa; porque no tenemos la figura directa del desistimiento, diferente así de otras legislaciones en las cuales estas se regulan como dos figuras independientes.*⁵⁰⁸

El conflicto que se genera con esa situación puede contar con varias soluciones; una de ellas es castigar por el delito doloso consumado, sin embargo, sería injusto no tomar en cuenta el cambio del sujeto activo -manifestado mediante el intento de evitar la consumación- para disminuir la pena y se volvería a la pura responsabilidad por el resultado; otra de las soluciones es aplicar la pena del delito doloso consumado con la atenuante del arrepentimiento espontáneo, no obstante, se estaría castigando a quien no tenía la intención de cometer el ilícito; otros optan por castigar por el delito consumado culposo, sin embargo, se objeta que deja de lado la intención que existía al momento de comenzar con la ejecución del delito⁵⁰⁹.

Los defectos de las posiciones mencionadas han motivado que autores como Muñoz Conde propongan su propia postura, tal y como se manifiesta a continuación: *“Los casos de desistimiento voluntario malogrado, porque el azar hizo que, a pesar de los esfuerzos del que desistió para evitarlo, el resultado consumativo se produjera, deben ser tratados como supuestos de concurso real entre la tentativa o frustración del delito doloso con la atenuante de arrepentimiento u otra análoga y el resultado consumado por imprudencia, si se dan los requisitos de esta forma de imputación.”*⁵¹⁰

⁵⁰⁸ Chinchilla Sandí, Carlos (2009). La Tentativa y el Desistimiento en los Delitos Sexuales. Entrevista: Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. 3 de junio.

⁵⁰⁹ Muñoz Conde, Francisco (1972). El Desistimiento Voluntario de Consumar el Delito. 1ª Edición. Barcelona, España. Editorial Bosch. p.p. 144-153.

⁵¹⁰ Muñoz Conde, Francisco (1991). Teoría General del Delito. 2ª Edición. Valencia, España. Editorial Tirant lo Blanch. p 172. En el mismo sentido: Mañalich Raffo, Juan Pablo (2004). “La Tentativa y el Desistimiento

Esta consideración es criticada por el jurista nacional Javier Llobet, pues en nuestro sistema llevaría al absurdo de sancionar con mayor rigor el desistimiento malogrado del autor que el propio delito consumado⁵¹¹. La misma objeción se presenta en la siguiente cita: *“(...) existe una unidad natural de acción y una misma norma violada, en consecuencia un solo delito, lo que descarta la posibilidad de cualquier tipo de concurso.”*⁵¹²

Lo cierto es que sea cual sea la hipótesis que se aplique para su castigo, la mayoría de la doctrina coincide en que la acción del sujeto debe ser sancionada. Al respecto Roxin llega a esa conclusión cuando afirma: *“Si en la tentativa acabada el autor no logra impedir el acaecimiento del resultado, entonces existe una lesión del bien jurídico protegido que exige ser castigada por motivos preventivo-generales. La buena voluntad del autor dispuesto a retroceder no es suficiente para hacer decaer la necesidad de pena (...)”*⁵¹³

Sin embargo, es claro que debería ser un aspecto a tomar en consideración para beneficiar al agente aunque sea para un rebajo de la pena. Así lo manifestó el magistrado José Manuel Arroyo Gutiérrez en la entrevista realizada.

en el Derecho Penal. Algunas Consideraciones Conceptuales”. Revista de Estudios de la Justicia. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. (Nº 4) en: http://www.derecho.uchile.cl/cej/recej/recej4/archivos/tentativa%20y%20desistimiento%20_JPM_corregido%20_16_.pdf. (Consulta: 20 de marzo, 2009).

⁵¹¹ Llobet Rodríguez, Javier (1989). “El Desistimiento Voluntario”. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Año 1 (Nº 1) p 49-56. Dic. San José, Costa Rica. p 53.

⁵¹² Moreno, R. y Madrigal Madrigal, J. (1995). El Desistimiento Voluntario de Consumar el Delito: Su Regulación en el Ordenamiento Jurídico Costarricense. Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica. p 200.

⁵¹³ Roxin Claus (2001) “Acerca de la Ratio del Privilegio del Desistimiento en Derecho Penal”. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. (Nº 03-03). En: <http://criminet.ugr.es> (Consulta: 25 de febrero, 2009).

TÍTULO III. TENTATIVA CALIFICADA

Es claro que en el caso de que concurra un delito consumado concomitantemente al delito desistido, no podría alegarse la impunidad del primero con base en la eliminación del dolo; ello pues ya surgió a la vida jurídica un hecho típico, antijurídico y culpable que debe ser sancionado, ya que de lo contrario se tendrían consecuencias muy nefastas para la política criminal y los derechos de los ciudadanos. De forma tal que, el sujeto debe responder por los hechos que se tengan por realizados.

Esta situación, tal y como se mencionó de forma somera líneas atrás, es lo que se conoce como: “Tentativa Calificada”, término que ha sido criticado, sin embargo, es el que se utiliza en la mayor parte de la doctrina: *“El sujeto goza de impunidad sólo respecto del delito cuya ejecución interrumpió o cuya consumación impidió voluntariamente, pero debe ser castigado por los que ha consumado en el curso de la actividad desplegada. A esta situación se la denomina, impropriamente, tentativa calificada, el nombre a pesar de su incorrección adquirió carta de ciudadanía en la literatura y no vale la pena detenerse para discutirlo.”*⁵¹⁴

Del mismo modo es considerado por Zaffaroni al destacar: *“(...) el desistimiento voluntario elimina la tipicidad de la tentativa, pero desaparecida ésta, deja de estar interferida la tipicidad del delito consumado en el curso de la tentativa y, por ende, el*

⁵¹⁴ Cury Urzúa, Enrique (1977). Tentativa y Delito Frustrado: (El Proceso Ejecutivo del Delito). 1ª Edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. p 135. En el mismo sentido: Solís Muñoz, Alejandro (1967). Jurisprudencia sobre el Desistimiento en la Tentativa. Memoria de Prueba para optar por el grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. p 30.

*agente debe responder por ese delito*⁵¹⁵. Esto es así pues el desistimiento interrumpe la pena del delito que se comenzó a ejecutar pero deja intactos aquellos que se hayan consumado en el ínterin: *“Algo que no debe perderse de vista es que en caso de desistimiento voluntario lo que se interrumpe es la pena que hubiere correspondido en caso de tentativa no aquella que corresponda si antes de ese desistimiento voluntario ya se habría cometido alguna otra acción típica, a modo de ilustrar lo manifestado podemos pensar en el caso de una persona que con el objeto de robar una casa, rompe la puerta de esta y una vez adentro desiste de hacerlo, aquí la tentativa de robo desaparece pero puede subsistir la figura de daños y violación de domicilio.*⁵¹⁶

O bien enfocado en el ámbito de los delitos sexuales, se podría dar el caso de que el sujeto activo ingrese en la vivienda de la víctima con la finalidad de violarla o abusar de ella, pero luego de ingresar decida no continuar con el ilícito, debiendo responder penalmente por la violación del domicilio, tal y como en el ejemplo citado. Otro caso que se puede considerar dentro de la tentativa calificada sería que quede atípica la tentativa de violación, pero el sujeto activo deba responder por los abusos sexuales (o abusos deshonestos) llevados a cabo en perjuicio de la víctima.

⁵¹⁵ Zaffaroni, Eugenio Raúl (2006). Manual de Derecho Penal: Parte General. 2ª Edición. Buenos Aires, Argentina. Editorial Ediar. p 664.

⁵¹⁶ Martínez, Gustavo Fernando. “Breve Visión de la Tentativa en Nuestro Sistema”. En: www.abogadosdesalta.org.ar/index.php. (Consulta: 26 de febrero, 2009).

TÍTULO IV. CONFIGURACIÓN DEL DESISTIMIENTO Y EL ARREPENTIMIENTO ACTIVO: ELEMENTOS DE CONSTITUCIÓN Y EXIGENCIAS ESPECÍFICAS

a) ELEMENTOS DE CONSTITUCIÓN

Tanto el desistimiento como el arrepentimiento activo requieren de varios elementos para tenerse por configurados; algunos autores mencionan tres de ellos, otros cinco, no obstante a fin de cuentas se trata de los mismos y por ello no se debe hablar de la corrección e incorrección de una u otra. Ejemplo de lo anterior es el caso de Francisco Pavón Vasconcelos para quien los elementos del desistimiento voluntario –tentativa inacabada- son: *“a) Una voluntad inicial respecto al resultado; b) Un comienzo de ejecución del delito; c) Una voluntad subsecuente, libre y espontánea de desistir de la ejecución; d) Interrupción del proceso ejecutivo, y e) No verificación del resultado.”*⁵¹⁷ Del mismo modo para el caso del arrepentimiento activo –tentativa acabada- destaca los siguientes elementos: *“a) Una voluntad inicial de causación del resultado; b) Realización de todos los actos de ejecución; c) Una voluntad eficaz voluntaria para impedir el resultado; d) No verificación de dicho resultado.”*⁵¹⁸

⁵¹⁷ Gil Lavedra, Ricardo Rodolfo (1977). “El Desistimiento Voluntario de la Tentativa”. Doctrina Penal: Teoría y Práctica en las Ciencias Penales. Año 1 (Nº 0) p 177-230. Jul- Dic. Buenos Aires, Argentina. p 104.

⁵¹⁸ Favón Vasconcelos, Francisco (1982). Breve Ensayo sobre la Tentativa. 3ª Edición. México. Editorial Porrúa, S.A. p 122.

Generalmente se afirman tres requisitos, a saber: la voluntariedad, el carácter definitivo del desistimiento y la ausencia de consumación; a continuación un breve análisis de cada uno de ellos.

a. Voluntariedad del Desistimiento

Dentro de las exigencias que reviste el desistimiento se puede mencionar la voluntariedad como una de las más importantes –y puede considerarse como el elemento subjetivo del desistimiento⁵¹⁹–; no obstante este es un aspecto que no se determina de forma clara, pues cómo determinar si una persona toma una decisión por voluntad propia o por otro motivo. Para Enrique Cury esta exigencia implica que el sujeto se abstiene de continuar – en el caso del desistimiento voluntario- o realiza un acto para evitar la consumación de un hecho – en el supuesto del arrepentimiento activo- que es posible de acuerdo a su representación. De forma tal que la voluntad que en principio tuvo el agente de conseguir el resultado propuesto, tiene la misma fuerza que la voluntad que sobreviene en él de abandonar el mismo.⁵²⁰

La palabra: “Voluntario” puede referirse a la negación del dolo o a la ausencia de coacción; sin embargo, una posible definición de dicho vocablo puede ser la que se

⁵¹⁹ Fernández Moreno, R. y Madrigal Madrigal, J. (1995). El Desistimiento Voluntario de Consumar el Delito: Su Regulación en el Ordenamiento Jurídico Costarricense. Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica. p 153. En el mismo sentido: Cury Urzúa, Enrique (1977). Tentativa y Delito Frustrado: (El Proceso Ejecutivo del Delito). 1ª Edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. p 133.

⁵²⁰ Cury Urzúa, Enrique (1977). Tentativa y Delito Frustrado: (El Proceso Ejecutivo del Delito). 1ª Edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. p.p. 124-127.

presenta a continuación: *“(...) es una determinada actitud psíquica del que desiste, que, desde el punto de vista preventivo, se considera merecedora de impunidad.”*⁵²¹

Elementos como “voluntario” o “independiente” son por sí confusos y ello genera confrontaciones en cuanto a su significado. Doctrinariamente se han desarrollado discusiones sobre cómo debe entenderse este aspecto; pues para unos la voluntariedad involucra planteamientos éticos mientras que para otros ello no es necesario; de forma tal que basta que la toma de decisión del agente se haya dado sin factores ajenos a él que lo determinen. Al referirse a la voluntariedad Gil Lavedra menciona: *“(...) tiene el defecto común de todas aquellas que intentan aprehender a la “voluntariedad” mediante fórmulas rígidas, sin advertir que las motivaciones humanas no pueden ser encerradas en un molde lógico.”*⁵²² El mismo razonamiento se desprende con gran tino de la siguiente frase: *“Precisamente son en estos supuestos intermedios entre la imposibilidad absoluta de consumir y aquellos en los que el autor desiste por motivos puramente internos, sin que hayan variado las circunstancias objetivas, donde se acentúa la dificultad de determinar la voluntariedad o no del desistimiento.”*⁵²³

Dentro de los juristas nacionales que desarrollan el tema se puede mencionar a Francisco Castillo, que opta por considerar que no son necesarios planteamientos de índole ético al mencionar: *“(...) el desistimiento no exige que el imputado renuncie a su*

⁵²¹ Muñoz Conde, Francisco (1991). Teoría General del Delito. 2ª Edición. Valencia, España. Editorial Tirant lo Blanch. p 171.

⁵²² Gil Lavedra, Ricardo Rodolfo (1977). “El Desistimiento Voluntario de la Tentativa”. Doctrina Penal: Teoría y Práctica en las Ciencias Penales. Año 1 (Nº 0) p 177-230. Jul- Dic. Buenos Aires, Argentina. p 200.

⁵²³ Martínez Escamilla, Margarita (1997). “Dos Cuestiones Básicas del Desistimiento en Derecho Penal”. Política Criminal y Nuevo Derecho Penal: Libro Homenaje a Claus Roxin. 1ª Edición. p 331-340. Barcelona, España. Editorial: José María Bosch Editor. p 335.

*propósito delictivo por una causa noble o desinteresada; basta que voluntariamente decida abandonar la empresa delictiva, con independencia de los motivos personales que lo llevaron a actuar así*⁵²⁴

Otros autores exigen además de la voluntariedad, que el desistimiento sea espontáneo lo que implica que: “(...) para que exista impunidad es requisito indispensable que el agente tenga una posibilidad objetiva de seguir actuando y sin embargo no lo haga.”⁵²⁵ Del mismo modo es considerado por Carrara para quien: “(...) las causas voluntarias que impiden la consumación son aquellas que tuvieron su génesis en un cambio completamente espontáneo de voluntad en el agente; a diferencia de las causas causales morales que actúan sobre la voluntad del agente, constriñéndolo, de mal grado a desistir.”⁵²⁶ Otros por su parte alegan que hablar de espontaneidad no tiene mayor sentido, pues su significado se encuentra insito en el mismo desistir del sujeto, pues a nadie se puede obligar a sentir arrepentimiento, vergüenza o compasión⁵²⁷. Y para otros no se debe confundir la voluntariedad con la espontaneidad, pues puede que la conducta no sea espontánea, pero deba considerarse voluntaria; al respecto es ilustrativa la siguiente frase: “*La distinción entre espontaneidad y voluntariedad para precisar los motivos que tuvo el sujeto al desistir, a fin de saber si se configura en ellas una interrupción de la acción por causas ajenas a su voluntad, incompatibles con el concepto*

⁵²⁴ Castillo González, Francisco (2003). Tentativa y Desistimiento Voluntario. 1ª Edición. San José, Costa Rica. Editorial Jurídica Continental. p 126.

⁵²⁵ Fernández Moreno, R. y Madrigal Madrigal, J. (1995). El Desistimiento Voluntario de Consumar el Delito: Su Regulación en el Ordenamiento Jurídico Costarricense. Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica. p.p. 157 y 231.

⁵²⁶ Gil Lavedra, Ricardo Rodolfo (1977). “El Desistimiento Voluntario de la Tentativa”. Doctrina Penal: Teoría y Práctica en las Ciencias Penales. Año 1 (Nº 0) p 177-230. Jul- Dic. Buenos Aires, Argentina. p 191.

⁵²⁷ Muñoz Conde, Francisco (1972). El Desistimiento Voluntario de Consumar el Delito. 1ª Edición. Barcelona, España. Editorial Bosch. p 79.

*de desistimiento voluntario, puede dar lugar a confusiones. Pero, además de ser jurídicamente imposible examinar la motivación que indujo al sujeto a desistir de la ejecución comenzada, se puede concebir que el desistimiento voluntario puede perfectamente ser espontáneo o no espontáneo, según la naturaleza de los motivos, internos o externos y no es, por eso lógico confundir ambos conceptos.*⁵²⁸

Este aspecto es sumamente relevante, sobretudo en temas de delitos sexuales donde surgen interrogantes sobre la voluntariedad en caso de que el sujeto no alcance el resultado porque la víctima se encuentra con la menstruación, o porque se le pareció a un pariente, o bien, porque la víctima reconoce al autor.

Se podría cuestionar que significa: “causas independientes a la voluntad del agente”; siendo que su determinación en casos claros no presenta ningún problema; no obstante, en lo que se conoce como “zonas grises” -que no son ni blanco ni negro- puede generar mucha discusión y posiciones no solo contradictorias sino que incluso opuestas. Dentro de esas circunstancias ajenas al autor se puede citar: *“Aquellas circunstancias que el propio sujeto, el autor de la tentativa no haya originado. Circunstancias que impidan al autor la realización del delito, bien dificultándolo, bien haciéndolo imposible, exigiéndose que éste sea el motivo por el cual el sujeto ha desistido. Aquellas circunstancias que no procedan del interior del individuo, sino de su exterior, obligándolo a desistir.”*⁵²⁹

⁵²⁸ *Ibíd.*, p 32. En el mismo sentido véase: Salas Beteta, Christian (2007). “El Iter Criminis y los Sujetos Activos del Delito”. *Revista Internauta de Práctica Jurídica*. (Nº 19). Ene-Jun. Lima, Perú. En: http://www.ripj.com/art_jcos/art_jcos/num19/RIPJ_19/EX/19-11.pdf (Consulta: 22 de febrero, 2009).

⁵²⁹ Pozuelo Pérez, Laura (2003). *El Desistimiento en la Tentativa y la Conducta Postdelictiva*. 1ª Edición. Valencia, España. Editorial Tirant to Blanch. p 130.

Uno de los aspectos que resulta importante destacar es que mientras unos doctrinarios no enfocan diferencia alguna, otros trazan una línea divisoria entre motivo externo a la voluntad del agente y motivo independiente de la voluntad del mismo; pues se dice que no todo motivo externo se corresponde con uno independiente, pues podría presentarse un motivo externo dependiente de la voluntad del agente; al respecto es dable destacar la siguiente cita: *“(...) esta equiparación es criticada por otros autores porque, por un lado, conduce al resultado de que la presencia de aquellas circunstancias, entendidas como hechos externos, dará lugar siempre a la afirmación de la involuntariedad, y por tanto, de la punición; y, por otro lado, porque el desistimiento puede verse excluido tanto en caso de hechos externos como de hechos internos, es decir la exclusión de la voluntariedad puede deberse tanto a impedimentos objetivos como subjetivos.”*⁵³⁰

La dicotomía externo/interno ha sido objeto de análisis por varios autores, entre ellos Muñoz Conde, quien ha puesto de manifiesto la dificultad de trazar una línea divisoria entre ellos; de forma tal que no se debe dar importancia a lo que motivó la causa, sino más bien al grado en que el sujeto haga suya la misma: *“Esta distinción entre causa externa y causa interna no es factible desde el punto de vista teórico ni, mucho menos, convincente en sus resultados prácticos. Una separación neta y tajante entre lo externo y lo interno del individuo no hay. Mas bien existen mutuas interrelaciones y condicionamientos recíprocos, sin que se pueda marcar un punto exacto donde comience el uno y termine el otro (...) La separación topográfica o psicogenética entre causas*

⁵³⁰ Pozuelo Pérez, Laura (2003). *El Desistimiento en la Tentativa y la Conducta Postdelictiva*. 1ª Edición. Valencia, España. Editorial Tirant to Blanch. p 132.

*externas e internas, independientes o dependientes de la voluntad, carece de valor para la solución del problema que nos ocupa y siempre encierra el peligro de llegar a soluciones injustas. Lo decisivo no es el origen de la causa, sino la interiorización de ésta por el sujeto.*⁵³¹

El magistrado Carlos Chinchilla Sandí exteriorizó que determinar la causa interna que motivó al sujeto a desistir de su acción reviste gran dificultad; lo anterior se constata de la manifestación del mismo al expresar: *“Valorarla es muy complicado, el sujeto desiste porque interiormente considera que no debe continuar con la acción.*”⁵³²

Existe una posición mayoritaria que es la que propugna una determinación empírico psicológica del desistimiento que establece una diferencia entre motivos autónomos y heterónomos, en caso de presentarse motivos autónomos se puede considerar la existencia de un desistimiento y son aquellos que sin importar la clase que sean no impiden que el sujeto siga con la ejecución del ilícito. Mas cuando lo que se establece es la no consumación por motivos heterónomos, el mismo no se configura pues causan una imposibilidad absoluta o relativa de continuar con la acción delictiva⁵³³. Los motivos autónomos pueden definirse como aquellos: *“establecidos por él mismo o motivos fijados por propio convencimiento*”⁵³⁴. Valga aclarar que la denominación: “autónomo”

⁵³¹ Muñoz Conde, Francisco (1972). El Desistimiento Voluntario de Consumar el Delito. 1ª Edición. Barcelona, España. Editorial Bosch. p.p. 71-72.

⁵³² Chinchilla Sandí, Carlos (2009). La Tentativa y el Desistimiento en los Delitos Sexuales. Entrevista: Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. 3 de junio.

⁵³³ Pozuelo Pérez, Laura (2003). El Desistimiento en la Tentativa y la Conducta Postdelictiva. 1ª Edición. Valencia, España. Editorial Tirant to Blanch. p 135.

⁵³⁴ Castillo González, Francisco (2003). Tentativa y Desistimiento Voluntario. 1ª Edición. San José, Costa Rica. Editorial Jurídica Continental. p 148.

no implica que los motivos deban ser internos únicamente o que deban revestir carácter de éticos; lo importante es que el agente sea quien decida; dentro de esta postura se puede ubicar a Jescheck⁵³⁵.

Al respecto Francisco Castillo plantea lo siguiente: *“Existe desistimiento cuando el agente desiste por miedo a la pena, por la impresión que le produce el hecho o por los gritos de la víctima, en tanto que esta no haya sido escuchada por terceros. Por el contrario el desistimiento no es voluntario si la motivación del mismo proviene de circunstancias exteriores (por ejemplo, el agente desiste porque la víctima lo conoce o puede reconocerlo, el agente desiste porque oyó un ruido y teme ser tomado en flagrancia; el agente que iba a realizar una violación desiste porque la mujer tiene la regla; el agente, en un caso de imposibilidad relativa, desiste al darse cuenta de la relativa imposibilidad de los medios o del objeto), o causa de la presión psíquica que sufre, como ocurre cuando hay un impedimento interno infranqueable (por ejemplo, el autor desiste porque no soporta la vista de la sangre, porque no soporta la idea de matar a otro en presencia de los niños) o cuando la situación ha cambiado en su desfavor, de tal modo que los riesgos o desventajas ligados a ese cambio de situación hagan riesgosa la ejecución y él no quiera aceptar los riesgos.”*⁵³⁶

Dentro de los motivos más frecuentes que se presentan en el tema se pueden mencionar: los motivos éticos – entre los que se puede mencionar el arrepentimiento, la

⁵³⁵ Fernández Moreno, R. y Madrigal Madrigal, J. (1995). El Desistimiento Voluntario de Consumar el Delito: Su Regulación en el Ordenamiento Jurídico Costarricense. Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica. p 165.

⁵³⁶ Castillo González, Francisco (2003). Tentativa y Desistimiento Voluntario. 1ª Edición. San José, Costa Rica. Editorial Jurídica Continental. p 149.

compasión y el convencimiento religioso- , el miedo y el interés⁵³⁷. En relación con el miedo cabe destacar que en caso de que el autor se haya representado el peligro que conllevaba la realización del injusto y desiste, dicha actitud debe ser catalogada como voluntaria; mas si no se lo representó se debe afirmar su involuntariedad⁵³⁸. Lo cierto es que la voluntariedad se afirma en cada caso concreto, pues al referirse a la psiquis del individuo sería imposible extender generalizaciones del mismo⁵³⁹.

La doctrina mayoritaria establece que las motivaciones que lleven al agente a desistir no necesariamente deben ser éticas, pues de ser así, se negaría la aplicación de la figura en una gran cantidad de casos⁵⁴⁰; de este modo se considera en la siguiente cita: *“Ciertamente que el móvil, por poco que le interese al derecho penal, debe tener su origen en una relación psíquica coherente con la estructura lógico-objetiva de la acción. Pero exigir en el Desistimiento que el móvil sea estrictamente ético, reduce demasiado las fronteras de la impunidad en perjuicio del reo. El desistimiento voluntario puede producirse por otras motivaciones distintas al arrepentimiento, sin que por ello deje de ser impune.”*⁵⁴¹

Lo anterior también se constata de la lectura de la siguiente cita: *“Las razones éticas se presentan como valiosas tanto a los ojos de la prevención general como de la*

⁵³⁷ Muñoz Conde, Francisco (1972). El Desistimiento Voluntario de Consumar el Delito. 1ª Edición. Barcelona, España. Editorial Bosch. p.p. 123-136.

⁵³⁸ Fernández Moreno, R. y Madrigal Madrigal, J. (1995). El Desistimiento Voluntario de Consumar el Delito: Su Regulación en el Ordenamiento Jurídico Costarricense. Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica. p.p. 173-179.

⁵³⁹ Solís Muñoz, Alejandro (1967). Jurisprudencia sobre el Desistimiento en la Tentativa. Memoria de Prueba para optar por el grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. p 32.

⁵⁴⁰ Gil Lavedra, Ricardo Rodolfo (1977). “El Desistimiento Voluntario de la Tentativa”. Doctrina Penal: Teoría y Práctica en las Ciencias Penales. Año 1 (Nº 0) p 177-230. Jul- Dic. Buenos Aires, Argentina. p 216.

⁵⁴¹ Fernández Moreno, R. y Madrigal Madrigal, J. (1995). El Desistimiento Voluntario de Consumar el Delito: Su Regulación en el Ordenamiento Jurídico Costarricense. Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica. p.p. 157-158.

especial, por lo que el desistimiento apoyado en sentimientos éticos será siempre voluntario, pero de esta conclusión no puede extraerse que los móviles no éticos tornen involuntaria a la conducta, como con justeza se ha dicho, no pueden excluir el privilegio aquellos casos en que no quepa hablar de una pureza interna del autor. Esto último no interesa al derecho penal, que debe ejercer política criminal, no cura de almas.”⁵⁴²

Esta postura es defendida por el magistrado Carlos Chinchilla Sandí (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia) para quien el desistimiento: *“Debe ser una decisión del sujeto activo, no importa la motivación; lo que importa es que el agente no quiera realizar la acción, pero no porque un factor se lo impida, sino que libre de toda imposibilidad decida no hacerlo.”⁵⁴³*

Esto es así por cuanto no se puede exigir más de lo que la ley exige, además el instituto se denomina: “Desistimiento Voluntario”; no “Desistimiento Desinteresado”, y por ello requerir motivos valorados positivamente para otorgar la impunidad supera los límites de lo que se le ha encomendado al derecho penal como “Ultima Ratio”; pues la labor del mismo es garantizar la convivencia pacífica de los ciudadanos, mas no educar o moralizar⁵⁴⁴. De esa forma se muestra en el siguiente párrafo: *“Resultaría pues, contrario al lenguaje corriente decir que un sujeto que, sin estar física ni psíquicamente coaccionado, abandona libremente la consumación de un delito no desiste*

⁵⁴² Gil Lavedra, Ricardo Rodolfo (1977). “El Desistimiento Voluntario de la Tentativa”. Doctrina Penal: Teoría y Práctica en las Ciencias Penales. Año 1 (Nº 0) p 177-230. Jul- Dic. Buenos Aires, Argentina. p 198.

⁵⁴³ Chinchilla Sandí, Carlos (2009). La Tentativa y el Desistimiento en los Delitos Sexuales. Entrevista: Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. 3 de junio.

⁵⁴⁴ Cury Urzúa, Enrique (1977). Tentativa y Delito Frustrado: (El Proceso Ejecutivo del Delito). 1ª Edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. p 175.

*voluntariamente tan sólo porque su desistimiento no puede interpretarse como un retorno a la legalidad, porque la prevención especial aconseja el castigo, o porque haya obrado por motivos interesados o éticamente disvaliosos, o porque su desistimiento sea incapaz de restaurar la confianza de la sociedad en el respeto de las normas.*⁷⁵⁴⁵

Sancinetti refleja lo anterior de una forma bastante clara al destacar: *“Lo único que importaría – más allá de la voluntariedad del desistimiento- sería que el autor impida el resultado; cómo, cuándo y con qué seguridad sería indiferente, mientras él pueda invocar que ha causado la evitación.*”⁷⁵⁴⁶

El ordenamiento jurídico costarricense ha optado por esta posición, que parece ser la más adecuada, ya que marca límites a la acción del derecho penal y con ello garantiza los derechos que deben ser respetados. En un Boletín Informativo del Ministerio Público se muestra claramente esta tesis tal y como se constata a continuación: *“Hay que tomar en cuenta que, de acuerdo con la doctrina mayoritaria, el desistimiento no exige que el imputado renuncie a su propósito por una causa noble o desinteresada; basta que voluntariamente decida abandonar la empresa delictiva, con independencia de los motivos personales que lo lleven a actuar así.*”⁷⁵⁴⁷

⁵⁴⁵ Martínez Escamilla, Margarita (1997). “Dos Cuestiones Básicas del Desistimiento en Derecho Penal”. Política Criminal y Nuevo Derecho Penal: Libro Homenaje a Claus Roxin. 1ª Edición. p 331-340. Barcelona, España. Editorial: José María Bosch Editor. p 333.

⁵⁴⁶ Sancinetti, Marcelo A. (2005). “Ilícito Penal sin Desvalor de Resultado”. Los Desafíos del Derecho Penal en el Siglo XXI: Libro Homenaje al Profesor Dr. Günther Jakobs. p. 269-292. Lima, Perú. ARA Editores. p 279.

⁵⁴⁷ Ministerio Público. (2004). Teoría del Delito: Desistimiento Voluntario, Tentativa Acabada e Inacabada, Deslinde. En: http://ministeriopublico.poder-judicial.go.cr/publicaciones/boletines_jurisp/2004/JUR11-2004.pdf (Consulta: 19 de febrero, 2009).

Muñoz Conde pone énfasis en el mismo razonamiento al mencionar lo que reza a continuación: *“(...) con la exigencia del arrepentimiento en el desistimiento, se incurre en una analogía en contra del reo y, por tanto, prohibida, al exigirse un matiz ético al que es ajena la regulación legal del desistimiento, restringiéndose en exceso la extensión de la impunidad. El desistimiento puede ser producido por otras motivaciones distintas del arrepentimiento, la ausencia de este último no excluye la voluntariedad ni, por tanto, la impunidad.”*⁵⁴⁸

Asimismo dicho autor establece una deferencia entre los motivos éticos y los motivos interesados; sin embargo, no niega la posibilidad de la configuración de un desistimiento en los segundos, tal y como se expone de seguido: *“Los motivos éticos son, desde el punto de vista preventivo, valiosos y deben conducir siempre a admitir la voluntariedad. Los motivos interesados, en cambio, se deben valorar diferenciadamente, teniendo presente siempre la finalidad preventiva, general y especial, y no una consideración moral o política extraña al Derecho penal.”*⁵⁴⁹

Zaffaroni considera que los motivos que lleven al sujeto a desistir no tienen la mayor relevancia, lo realmente importante son las condiciones objetivas que hagan o no factible la consumación del delito propuesto, ya que de lo contrario no se estaría fomentando un sistema de derecho sino la moral impuesta por la clase dominante. Lo anterior se pone de manifiesto con el análisis de las siguientes líneas: *“Son revocaciones*

⁵⁴⁸ Muñoz Conde, Francisco (1972). El Desistimiento Voluntario de Consumar el Delito. 1ª Edición. Barcelona, España. Editorial Bosch. p 82.

⁵⁴⁹ Muñoz Conde, Francisco (1991). Teoría General del Delito. 2ª Edición. Valencia, España. Editorial Tirant lo Blanch. p.p. 171-172.

voluntarias las que no son impuestas por la voluntad de un tercero o por la autoridad o por la ineficacia (objetiva) del plan verificada ex post. Por ello no desiste voluntariamente quien llega hasta la bóveda del banco pero fracasa en hallar la combinación, o porque suena una alarma o interviene un guardia. Pero si cualquiera de estas circunstancias fuese solo imaginada por el agente, motivándolo a abandonar el hecho, lo hará atípicamente, pues solo en su imaginación están los motivos de la revocación de la tipicidad. Lo contrario llevaría a exigir –en contra de la ley- una revocación del hecho donde la voluntariedad sea a la vez un síntoma de pureza en las motivaciones, es decir, que la voluntad sea expresiva de un valor de acción (ético) como calidad moral del impulso a desistir.”⁵⁵⁰ Y concluye de la siguiente manera: “(...) el presupuesto del desistimiento dependerá siempre de la inexistencia de condiciones objetivas que impidan o dificulten gravemente la consumación, sin que sea relevante la motivación de la voluntad, ni los errores que la pudieron condicionar mientras el desistimiento como hecho pueda ser imputado como obra perteneciente al autor.”⁵⁵¹

Del mismo modo fue considerado por el magistrado José Manuel Arroyo Gutiérrez, quien al consultársele si debía existir un motivo ético para que sea procedente el desistimiento voluntario respondió: *“No, puede ser simplemente pragmático; una ponderación de ventajas versus desventajas como en cualquier operación humana de satisfacer o no una necesidad.”*⁵⁵²

⁵⁵⁰ Zaffaroni, Eugenio Raúl (2006). Manual de Derecho Penal: Parte General. 2ª Edición. Buenos Aires, Argentina. Editorial Ediar. p 661.

⁵⁵¹ Ibid.

⁵⁵² Arroyo Gutiérrez, José Manuel (2009). Tentativa y Desistimiento en los Delitos Sexuales. Entrevista: Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. 3 de junio.

Ahora siguiendo con la voluntariedad del desistimiento, esta es difícil de determinar, pues marcar una línea que separe la voluntariedad de la involuntariedad en ciertos casos es difuso pues la psicología humana es de lo más complejo y pueden ser millones de razones las que llevan al sujeto a desistir. Ello se desprende de la siguiente cita: *“La determinación de la voluntariedad en el Desistimiento es una tarea de difícil acceso, porque es un fenómeno íntimamente relacionado con la psiquis del ser humano”*⁵⁵³. Esto también ha sido destacado por autores ilustres como Muñoz Conde para quien: *“Entre estos dos límites, la absoluta involuntariedad por un lado y la absoluta voluntariedad por otro, se centra el núcleo que constituye el verdadero problema que tantos quebraderos de cabeza da a la teoría y a la práctica.”*⁵⁵⁴

El magistrado José Manuel Arroyo Gutiérrez ha manifestado la misma inquietud, pues al entrevistarle expresó: *“La psicología humana es muy compleja. La gente desiste por una amenaza abstracta de pena o sanción. Pero esa es una suposición que no se corresponde con ninguna investigación empírica. Ello no se podría establecer sin un estudio psicológico de los casos.”*⁵⁵⁵

Es por ello que se han elaborado diversas teorías para determinar cuándo un desistimiento se presenta de modo voluntario; las mismas se clasifican en teorías

⁵⁵³ Fernández Moreno, R. y Madrigal Madrigal, J. (1995). El Desistimiento Voluntario de Consumar el Delito: Su Regulación en el Ordenamiento Jurídico Costarricense. Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica. p 249.

⁵⁵⁴ Muñoz Conde, Francisco (1972). El Desistimiento Voluntario de Consumar el Delito. 1ª Edición. Barcelona, España. Editorial Bosch. p 83. Confróntese con: Sandoval Rodríguez, Francisco de Jesús (1983). “La Punibilidad en la Tentativa”. Criminalia. Año XLIX (Nº 1-12): p 214-223. Ene-Dic. México. p 221.

⁵⁵⁵ Arroyo Gutiérrez, José Manuel (2009). Tentativa y Desistimiento en los Delitos Sexuales. Entrevista: Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. 3 de junio.

psicológicas y teorías normativas o valorativas⁵⁵⁶; las primeras hacen depender la voluntariedad de la influencia psicológica que genera en el sujeto ciertas circunstancias internas o externas, de forma tal que si la influencia de dichas circunstancias es tan fuerte que coacciona al sujeto a desistir, su conducta no puede tomarse como voluntaria; mientras que si las circunstancias no poseen la fuerza requerida para coaccionarlo y todavía tiene libertad de elección no habría porque negar esa voluntariedad. Las teorías normativas en cambio establecen parámetros que deben cumplirse para catalogar una tentativa como desistida, siendo solo parte de ello la cuestión psicológica del individuo⁵⁵⁷. Para esta tendencia deben tomarse en consideración aspectos valorativos tanto de prevención general como de especial⁵⁵⁸.

i. Teorías Psicológicas⁵⁵⁹:

1) La fórmula de Frank

Una de las posturas más conocidas es la desarrollada por Frank para quien no necesariamente una causa externa implica involuntariedad por lo que la manera para determinar cuando un desistimiento es voluntario y cuando no es recurrir a la siguiente

⁵⁵⁶ www.rincondelvago.com (Consulta: 3 de marzo, 2009).

⁵⁵⁷ Pozuelo Pérez, Laura (2003). El Desistimiento en la Tentativa y la Conducta Postdelictiva. 1ª Edición. Valencia, España. Editorial Tirant to Blanch. p 138. En el mismo sentido: Castillo González, Francisco (2003). Tentativa y Desistimiento Voluntario. 1ª Edición. San José, Costa Rica. Editorial Jurídica Continental. p 148. Asimismo consúltese: Martínez Escamilla, Margarita (1997). “Dos Cuestiones Básicas del Desistimiento en Derecho Penal”. Política Criminal y Nuevo Derecho Penal: Libro Homenaje a Claus Roxin. 1ª Edición. p 331-340. Barcelona, España. Editorial: José María Bosch Editor. p.p. 331-332.

⁵⁵⁸ Llobet Rodríguez, Javier (1989). “El Desistimiento Voluntario”. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Año 1 (Nº 1) p 49-56. Dic. San José, Costa Rica. p 51.

⁵⁵⁹ Pozuelo Pérez, Laura (2003). El Desistimiento en la Tentativa y la Conducta Postdelictiva. 1ª Edición. Valencia, España. Editorial Tirant to Blanch. p.p. 138-178.

fórmula: “(...) existe voluntariedad del desistimiento cuando el autor dice: “Yo no quiero, a pesar de yo puedo”, pero existe involuntariedad cuando dice: “Yo no puedo, a pesar de que yo quiero”.”⁵⁶⁰ Esta tesis ha sido criticada pues mientras otras reducen el ámbito de aplicación del desistimiento, ésta en su lugar lo amplía en forma desmedida; pues afirma el desistimiento siempre que el autor pueda continuar con la ejecución del delito, cuando lo correcto es que exista esa posibilidad pero en la forma en que se lo representó el agente. Asimismo se alega que el “no puedo continuar” no necesariamente implica la involuntariedad, pues si lo que le falta al agente es valor para continuar con la acción desplegada al decir: “no puedo” estaría desistiendo voluntariamente⁵⁶¹. No obstante, esta teoría ha sido reconocida por revelar la problemática de la voluntariedad y del desistimiento propiamente dicho. Para autores como Muñoz Conde esta tesis plantea problemas desde el punto de vista dogmático, psicológico y político-criminal; desde la dogmática porque la estructura subjetiva y los requisitos psicológicos son los mismos y en un primer momento la conducta se presenta como merecedora de pena, mientras que luego se valora la misma como valiosa y por ello impune; desde la psicología, no se toma en consideración la divergencia existente entre causas y motivos ;y, desde el marco de la política criminal extiende de modo desmesurado el desistimiento, por lo que en un caso de violación -como delito objeto de estudio en la presente investigación- debo destacar

⁵⁶⁰ Castillo González, Francisco (2003). Tentativa y Desistimiento Voluntario. 1ª Edición. San José, Costa Rica. Editorial Jurídica Continental. p 147. En el mismo sentido: Fernández Moreno, R. y Madrigal Madrigal, J. (1995). El Desistimiento Voluntario de Consumar el Delito: Su Regulación en el Ordenamiento Jurídico Costarricense. Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica. p.p. 159-160. Véase además: Llobet Rodríguez, Javier (1989). “El Desistimiento Voluntario”. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Año 1 (Nº 1) p 49-56. Dic. San José, Costa Rica. p 50. Asimismo puede consultarse: Muñoz Conde, Francisco (1972). El Desistimiento Voluntario de Consumar el Delito. 1ª Edición. Barcelona, España. Editorial Bosch. p.p. 83-84.

⁵⁶¹ Fernández Moreno, R. y Madrigal Madrigal, J. (1995). El Desistimiento Voluntario de Consumar el Delito: Su Regulación en el Ordenamiento Jurídico Costarricense. Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica. p 161.

que se consideraría desistimiento el caso en el sujeto activo decida no continuar con la realización del delito por encontrarse la víctima con la menstruación⁵⁶². Al respecto es importante destacar lo que ha sido considerado por la jurisprudencia alemana frente a supuestos como este: *“La evolución de la jurisprudencia alemana ha motivado la inclusión de la determinación de “el grado de impresión psíquica”, en otras palabras, se pretende establecer si el Desistimiento es voluntario en sí mismo o si los motivos psíquicos son más poderosos que el deseo delictivo, situación última, en la cual deberá negarse la voluntariedad del desistimiento.”*⁵⁶³

2) La imposibilidad de continuar la realización del delito

Es claro que en caso de que sobrevenga una imposibilidad el desistimiento resulta inaplicable, pues no es posible abandonar lo que no se puede realizar⁵⁶⁴; la posición mayoritaria coincide en que en caso de una imposibilidad absoluta lo que sería aplicable es una tentativa fracasada o delito frustrado mas en cambio, en los casos de imposibilidad relativa la solución no sería tan clara pues depende de las circunstancias del caso concreto. La imposibilidad absoluta podría ser física o psíquica, un ejemplo de la primera de importancia para el presente estudio es el caso de que el violador no pueda tener

⁵⁶² Fernández Moreno, R. y Madrigal Madrigal, J. (1995). El Desistimiento Voluntario de Consumar el Delito: Su Regulación en el Ordenamiento Jurídico Costarricense. Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica. p.p. 162-164. Véase además: Muñoz Conde, Francisco (1972). El Desistimiento Voluntario de Consumar el Delito. 1ª Edición. Barcelona, España. Editorial Bosch. p.p. 88-89.

⁵⁶³ Fernández Moreno, R. y Madrigal Madrigal, J. (1995). El Desistimiento Voluntario de Consumar el Delito: Su Regulación en el Ordenamiento Jurídico Costarricense. Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica. p 164.

⁵⁶⁴ Gil Lavedra, Ricardo Rodolfo (1977). “El Desistimiento Voluntario de la Tentativa”. Doctrina Penal: Teoría y Práctica en las Ciencias Penales. Año 1 (Nº 0) p 177-230. Jul- Dic. Buenos Aires, Argentina. p 196.

relaciones sexuales pues desaparece la erección; mientras que un ejemplo de la segunda es que el agente quede en estado de shock. Sin embargo, los casos intermedios son los más confusos; por ejemplo el miedo o el pánico que siendo motivos internos hacen difícil producir un límite.

3) La imposibilidad subjetiva de conseguir el resultado

- Cuando el autor pierde el interés de continuar el ilícito, pues con su realización no va a conseguir lo que había planeado o porque las circunstancias de realización del mismo cambiaron.
- Cuando desde el punto de vista objetivo la realización del delito es posible pero implica para el sujeto un aumento del riesgo que le impide continuar. En este punto se debe marcar una diferencia entre el miedo vencible y el invencible; pues el primero no excluye la posibilidad de configuración de un desistimiento voluntario, esto por cuanto si dentro de su plan contaba con que ciertos riesgos podrían presentarse y una vez que se presentan pierde interés su desistimiento será voluntario. Aquí también se puede mencionar el caso en que el hecho sea descubierto por un tercero; en este punto hay diversas opiniones pues hay quienes consideran que aún y cuando no sea descubierto, si el agente considera que sí, su decisión de no continuar con el delito debe calificarse de involuntaria; y consecuentemente, si es descubierto pero el sujeto lo desconoce y aun así deja de cometer el delito no podría negarse la voluntariedad de su decisión. En doctrina

también se plantea la diferencia entre el miedo a la pena en abstracto y en concreto, de forma tal que el primero genera la voluntariedad y el segundo la involuntariedad; no obstante llevado a la pragmática sería de difícil determinación.

Es incuestionable que el tema de la voluntariedad es de los más controvertidos, pues implica la “psiquis” del individuo, de suyo bastante compleja; por ello me parece importante presentar la cita que reza lo siguiente: *“(...) toda decisión delictiva o no, de cualquier persona, no es absolutamente neutral e independiente, y, si se establece la regla de que determinadas influencias vienen a negar la voluntariedad, habría que hacer extensiva esta afirmación a todos los supuestos en los que exista esa misma posibilidad de influencia, o bien establecer criterios que la delimiten”*⁵⁶⁵.

No obstante lo anterior me parece bastante acertado lo esbozado por Muñoz Conde en el sentido de que lo importante no es la existencia de circunstancias internas o externas sino la interiorización que tenga el sujeto de las mismas que lo conduzcan a no continuar con la ejecución del delito. Asimismo es dable destacar que si se redujera los casos de desistimiento a circunstancias internas, quedaría reducido a sentimientos internos cargados de un alto contenido ético y moral.

ii. Teorías Normativas⁵⁶⁶:

⁵⁶⁵ Pozuelo Pérez, Laura (2003). *El Desistimiento en la Tentativa y la Conducta Postdelictiva*. 1ª Edición. Valencia, España. Editorial Tirant to Blanch. p 167.

⁵⁶⁶ *Ibidem*, p.p. 178-196.

1) La Razonabilidad del Delincuente (Roxin)

Esta postura plantea que en caso de que para el sujeto sea irrazonable continuar con la ejecución del delito, el desistimiento no podrá ser catalogado como voluntario; en cambio si seguir actuando se presenta como algo razonable y aun así decide no continuar su comportamiento debe encuadrarse dentro de la voluntariedad⁵⁶⁷. En el tema de los delitos sexuales es importante preguntarse que sucedería si el agente pretende violar a la víctima pero ella le promete que luego estará con él de forma voluntaria; esto pues para unos se trata de un desistimiento involuntario mientras que para otros si fue voluntario, lo cual se refleja en que no existía una imposibilidad de continuar con el delito, y por ello el agente aun dominaba el curso causal de los acontecimientos. La principal objeción que recibe esta postura radica en que deriva indefectiblemente en un problema para el juez, pues la determinación de esa racionalidad lleva a casos frontera y situaciones conflictivas que restan seguridad jurídica⁵⁶⁸, además es sumamente difícil determinar en cada caso como se habría comportado el hombre medio; por lo que si se considerara válido este argumento conduciría a abusos y arbitrariedades que evidentemente no deben ser

⁵⁶⁷ Véase además: Fernández Moreno, R. y Madrigal Madrigal, J. (1995). El Desistimiento Voluntario de Consumar el Delito: Su Regulación en el Ordenamiento Jurídico Costarricense. Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica. p 167. Asimismo consúltese: Gil Lavedra, Ricardo Rodolfo (1977). "El Desistimiento Voluntario de la Tentativa". Doctrina Penal: Teoría y Práctica en las Ciencias Penales. Año 1 (Nº 0) p 177-230. Jul- Dic. Buenos Aires, Argentina. p 198. También puede consultar: Muñoz Conde, Francisco (1972). El Desistimiento Voluntario de Consumar el Delito. 1ª Edición. Barcelona, España. Editorial Bosch. p 87.

⁵⁶⁸ Fernández Moreno, R. y Madrigal Madrigal, J. (1995). El Desistimiento Voluntario de Consumar el Delito: Su Regulación en el Ordenamiento Jurídico Costarricense. Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica. p 169.

toleradas⁵⁶⁹. Muñoz Conde realiza otra crítica a esta tesis, pues como determinar qué es lo razonable, ya que todo depende de los ojos con que se mire, lo razonable para unos puede ser irrazonable para otros; y para ello pone un ejemplo tal y como sigue: *“Desistimiento involuntario del primero de robar al pobre porque actuó como un perfecto ladrón, desistimiento voluntario del segundo de robar al rico porque, desde el punto de vista de un normal delincuente contra la propiedad, actuó irracionalmente. Una solución que desde luego a mí no me convence”*⁵⁷⁰

2) El regreso a la legalidad

De acuerdo con esta teoría lo importante es que con el desistimiento voluntario del sujeto activo se muestra un sentimiento de fidelidad al derecho, que permite el retorno a la legalidad y con ello a la pacífica convivencia de la sociedad.

3) El dominio de la situación (Blei):

Lo importante según este planteamiento es que para que un desistimiento se considere voluntario es necesario que el sujeto cuente con el dominio del hecho, y sin presión externa decida detenerse en la ejecución que previamente había comenzado. Este aspecto es algo en lo que coinciden los seguidores de las teorías normativas o psicológicas, pero se

⁵⁶⁹ Gil Lavedra, Ricardo Rodolfo (1977). “El Desistimiento Voluntario de la Tentativa”. Doctrina Penal: Teoría y Práctica en las Ciencias Penales. Año 1 (Nº 0) p 177-230. Jul- Dic. Buenos Aires, Argentina. p 198.

⁵⁷⁰ Muñoz Conde, Francisco (1972). El Desistimiento Voluntario de Consumar el Delito. 1ª Edición. Barcelona, España. Editorial Bosch. p 93.

objeta que no da solución al problema de la voluntariedad, sino que solo vuelve el asunto al punto de partida.

iii. Teorías Mixtas

También se han dado fusiones entre las teorías psicológicas y normativas, donde se ha plasmado el criterio de juristas de renombre, a saber⁵⁷¹:

- 1) Seeger: En mi opinión Seeger vuelve su atención a criterios éticos pues afirma que el sujeto debe merecer la impunidad que se genera como consecuencia de un desistimiento voluntario; siendo por ello el desistimiento una actitud a favor del deber. Esta posición es objetada pues reduce la determinación de la voluntariedad o involuntariedad a una valoración de los motivos.
- 2) Muñoz Conde⁵⁷²: Este autor realiza una valoración de los motivos y los enjuicia objetivamente; de forma tal que toma como base el plan de autor, pero lo combina con aspectos de política criminal. Este autor plantea que la voluntariedad se compone de dos aspectos: el psicológico y el valorativo; el primero hace referencia a la capacidad de actuar del sujeto y la capacidad de motivación que este tenga, de modo que si sobreviene una imposibilidad total a nivel físico, psíquico o técnico no

⁵⁷¹ Fozuelo Pérez, Laura (2003). El Desistimiento en la Tentativa y la Conducta Postdelictiva. 1ª Edición. Valencia, España. Editorial Tirant to Blanch. p.p. 196-216.

⁵⁷² Muñoz Conde, Francisco (1972). El Desistimiento Voluntario de Consumar el Delito. 1ª Edición. Barcelona, España. Editorial Bosch. p.p. 96-100.

cabría afirmar la voluntariedad del desistimiento- un ejemplo claro de ello en el caso del delito violación sería si el individuo no logra una erección para consumir el delito-. Por su parte el aspecto valorativo implica que la toma de decisión debe basarse en una escala de valores analizada desde el punto de vista objetivo.⁵⁷³

De manera tal que los motivos éticos deben conducir a la impunidad; dentro de los motivos interesados se debe diferenciar el miedo en abstracto a la pena que también causaría la impunidad mientras que el miedo en concreto a la pena si sería sancionable. La crítica a esta postura se centra en que exige demasiado para tener por configurado un desistimiento voluntario, pues la actitud del sujeto debería revelar su regreso a la legalidad, que con ella se anule la mala impresión que se creó con el comienzo de los actos ejecutivos del delito y que el solo desistimiento baste para corregir al agente no haciendo falta ninguna otra medida cautelar o correctiva.

- 3) H. W. Mayer: Para este jurista lo importante para establecer la posibilidad de un desistimiento es que el objeto perseguido por el autor con la realización de los actos de ejecución que ha comenzado a desplegar y las circunstancias en que se vaya desarrollando el delito no cambien; pues de suceder ese cambio si el sujeto desiste su conducta será considerada involuntaria. Mientras que si las circunstancias no cambian y decide no proseguir con el delito, dicha actuación muestra una menor energía criminal y una capacidad de socialización del

⁵⁷³ Fernández Moreno, R. y Madrigal Madrigal, J. (1995). El Desistimiento Voluntario de Consumar el Delito: Su Regulación en el Ordenamiento Jurídico Costarricense. Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica. p.p. 171-172.

individuo. Esta teoría se critica porque cualquier cambio en las circunstancias, aun siendo favorable para el agente provocaría negar la impunidad, por considerar el desistimiento como involuntario, asimismo es dable considerar que toda decisión de desistir es provocada por algo, que podría catalogarse como un cambio de las circunstancias lo que impediría la impunidad en todos los casos posibles.

- 4) **Jakobs:** Según su postura el desistimiento es voluntario si no existe un motivo exterior; por ejemplo cuando se desiste por pérdida de interés, vergüenza, desazón o disgusto. Además si la causa externa aumenta el injusto el desistimiento no sería voluntario pues sería una renuncia a un delito en su forma agravada; mientras que si la misma no afecta o incluso disminuye el injusto, el desistimiento sí podría clasificarse como voluntario. A este razonamiento se objeta que para la afirmación de la voluntariedad o no del desistimiento no es relevante que la acción delictiva futura sea de mayor o menor gravedad.

- 5) **Jäger:** Este autor expone una solución distinta a las planteadas al afirmarse en el “principio de responsabilidad del estado de necesidad exculpante”; de forma tal que si el sujeto desiste por una razón que sería disculpada, su actuación sería concebida como involuntaria, por ejemplo si desiste por el riesgo de perder su vida; mientras que será voluntaria si desiste de actuar para salvar a su perro; pues no existe la coacción necesaria para negar la autonomía del agente.

Otros autores como Zaffaroni han defendido que la voluntariedad del desistimiento dependerá no solo de la posibilidad de continuar con la realización del hecho; sino también de que el agente desista no por una acción especial del derecho penal que ponga en peligro su plan sino por otros motivos. No obstante, esta postura no cuenta con muchos seguidores pues se llegaría al absurdo de negar el desistimiento en situaciones en las cuales debería admitirse; ejemplo de ello es el siguiente: “ (...) *el ladrón que conmovido por la pobreza de su víctima se arrepiente de su propósito y desiste, lo hará estimulado por una acción especial del sistema, siendo por ello su desistimiento involuntario; en cambio, el que desiste por un motivo interesado pero sin recibir ningún “estímulo”, alcanzará la impunidad*”⁵⁷⁴

La autora Laura Pozuelo afirma la importancia de normativizar la voluntariedad para no caer en el problema de la voluntad desde el punto de vista psicológico. Asimismo concluye que la voluntariedad no debe exigir motivos valiosos o éticos -pues la pureza del móvil no debe ser tomada en cuenta-, y que en esa normativización se deben tomar en consideración no solamente valores sociológicos, sino también jurídicos para no recurrir para su delimitación a criterios de peligrosidad propios de un derecho penal de autor. Para esta jurista siempre que el sujeto posea una mínima capacidad de elección, su desistimiento debería considerarse voluntario, pues de lo contrario se limitaría en demasía el ámbito de su aplicación. Como los códigos penales no definen qué se entiende por “voluntariedad”, “causas independientes a la voluntad del agente” y “coacción”, estos conceptos deben valorarse conforme a parámetros normativos, entre los que se puede

⁵⁷⁴ Gil Lavedra, Ricardo Rodolfo (1977). “El Desistimiento Voluntario de la Tentativa”. Doctrina Penal: Teoría y Práctica en las Ciencias Penales. Año 1 (Nº 0) p 177-230. Jul- Dic. Buenos Aires, Argentina. p 199.

mencionar⁵⁷⁵: el tipo de amenaza y su intensidad, la probabilidad de que dicha amenaza se presente y la situación y características propias del sujeto activo.

Otros mencionan como requisitos para afirmar la voluntariedad del desistimiento los siguientes: *“Debe comprobarse si el agente estuvo absolutamente consciente de que podía seguir realizando su actividad criminal, y aun así decidió no continuar. Comprobada esa circunstancia, debe iniciarse un proceso de valoración de los motivos que originaron la decisión de desistir. Para ello debe acudir a los principios policriminales que justifican la impunidad del desistimiento. De esta manera, solo valen los motivos que impliquen un ejemplo para la comunidad y que muestren un propósito decidido del sujeto de regresar a la legalidad al aquilatar las exigencias normativas.”*⁵⁷⁶

b. Carácter Definitivo del Desistimiento

Otra de las exigencias para tener por configurado el desistimiento es que el agente desista en forma definitiva de la ejecución del delito, pues si en un momento desiste, pero luego decide continuar con la realización del mismo, la impunidad no debería beneficiarle, pues su conducta ha estado lejos de ajustarse a derecho. Francisco Castillo hace referencia a este requisito de la siguiente forma: *“Muchos autores requieren que*

⁵⁷⁵ Pozuelo Pérez, Laura (2003). El Desistimiento en la Tentativa y la Conducta Postdelictiva. 1ª Edición. Valencia, España. Editorial Tirant to Blanch. p 263.

⁵⁷⁶ Fernández Moreno, R. y Madrigal Madrigal, J. (1995). El Desistimiento Voluntario de Consumar el Delito: Su Regulación en el Ordenamiento Jurídico Costarricense. Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica. p.p. 270-271.

haya una toma de distancia definitiva del delito. Esta posición es correcta, en tanto que no puede haber un desistimiento voluntario si el autor únicamente interrumpe la ejecución por un corto lapso de tiempo para continuarla luego (...) quien desiste de un acto de ejecución concreto, pero lo sustituye por un acto equivalente, no da muestras de retornar a la legalidad.”⁵⁷⁷

Este razonamiento se refleja del mismo modo en la cita que se presenta a continuación: “(...) no interrumpe sino sólo aplaza, únicamente quien suspende la realización de la acción típica con el propósito de proseguirla en una ocasión próxima determinada, aprovechando los progresos efectuados o dejando predispuestos los medios de ejecución. Este, en efecto, aunque se ha detenido, sólo posterga la lesión del bien jurídico. Su voluntad de realización permanece intacta y solo modifica la forma de exteriorizarla.”⁵⁷⁸

El carácter definitivo del desistimiento voluntario –o arrepentimiento activo– también se constata de la siguiente afirmación: “(...) para que dicha excusa absolutoria tenga cabida es menester que en el curso de desarrollo de un proceso causal delictivo, sobrevenga un corte definitivo en virtud de que el sujeto activo, por una –sugerida o no– recompuesta advertencia de las circunstancias, impulse, en virtud de personal y libre

⁵⁷⁷ Castillo González, Francisco (2003). Tentativa y Desistimiento Voluntario. 1ª Edición. San José, Costa Rica. Editorial Jurídica Continental. p.p. 145-146.

⁵⁷⁸ Cury Urzúa, Enrique (1977). Tentativa y Delito Frustrado: (El Proceso Ejecutivo del Delito). 1ª Edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. p 128.

*decisión, un motivo que real y esencialmente origina la actitud reordenadora de su conducta, retrayéndola de la consumación delictiva.*⁵⁷⁹

No obstante este razonamiento no debe llevarse a los extremos, pues si se niega la impunidad pues existe la posibilidad de que el sujeto vuelva a intentar el delito se llegaría al absurdo de penar la intención del agente de cometer un delito en el futuro y no la realización de la tentativa como en derecho corresponde⁵⁸⁰. Por ello se habla de carácter definitivo desde el punto de vista abstracto o concreto, pues si se toma la cuestión abstracta se caería en el absurdo de exigir al agente no realizar la conducta en el futuro sobre el mismo sujeto pasivo u objeto. Lo anterior se desprende con toda claridad de la siguiente cita: *“El elemento objetivo del desistimiento consiste en que el autor abandone la ejecución del hecho. Se pregunta si el concepto de “hecho” debe determinarse concretamente o abstractamente. En el último caso existe sólo un desistimiento liberador de pena, si el autor no solo interrumpe la acción realmente empezada, sino si se aparta también para el futuro de un ataque equivalente al mismo objeto. En el primer caso consigue el autor el privilegio, si renuncia a la realización de la acción concretamente empezada, sin comprometerse para el futuro.*⁵⁸¹ Dentro de los seguidores de la posición que defiende el abandono abstracto se pueden mencionar autores como: Jagusch,

⁵⁷⁹ Ledesma, Guillermo A.C. (1982). “¿Abuso deshonesto o Tentativa de Violación?”. Doctrina Penal: Teoría y Práctica en las Ciencias Penales. Año 5 (Nº 19) p 541-553. Jul- Set. Buenos Aires, Argentina. p 543.

⁵⁸⁰ Pozuelo Pérez, Laura (2003). El Desistimiento en la Tentativa y la Conducta Postdelictiva. 1ª Edición. Valencia, España. Editorial Tirant to Blanch. p 255.

⁵⁸¹ Muñoz Conde, Francisco (1972). El Desistimiento Voluntario de Consumar el Delito. 1ª Edición. Barcelona, España. Editorial Bosch. p 113.

Baumann, Jescheck y Schroeder. Entre sus detractores se pueden citar: Mezger, Maurach, Heinitz, Schmidhaeuser y Latagliata.⁵⁸²

Latagliata considera que: *“(...) el querer abstracto no es un verdadero querer; sino simple programación a futuro, perteneciendo en todo caso a una etapa de ideación no punible”*⁵⁸³. Para Muñoz Conde debe tomarse en consideración el abandono desde el punto de vista concreto; lo que se pone de manifiesto en el siguiente razonamiento: *“La definitividad del desistimiento se mide con una consideración concreta, es decir, basta con que el sujeto abandone su propósito originario de cometer la acción típica concreta, independientemente de que en el futuro vuelva a intentarla de nuevo y de que incluso se reserve esta intención para más adelante.”*⁵⁸⁴

Otros sin embargo, consideran que se debe exigir tanto el abandono abstracto como concreto para poder conceder la impunidad⁵⁸⁵. Mientras que si se adopta la posición concreta, el carácter definitivo se enfoca en la acción que se ha comenzado a ejecutar y no más allá de eso. Considerar el abandono desde el punto de vista abstracto va más allá de los límites que debe imponer el derecho penal, y la aplicación del desistimiento dependería de juicios hipotéticos que no hacen sino restar seguridad jurídica al ordenamiento. Por ello se ha afirmado en doctrina lo siguiente: *“Si existiéramos*

⁵⁸² Muñoz Conde, Francisco (1972). El Desistimiento Voluntario de Consumar el Delito. 1ª Edición. Barcelona, España. Editorial Bosch. p.p. 114-115.

⁵⁸³ Fernández Moreno, R. y Madrigal Madrigal, J. (1995). El Desistimiento Voluntario de Consumar el Delito: Su Regulación en el Ordenamiento Jurídico Costarricense. Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica. p 187.

⁵⁸⁴ Muñoz Conde, Francisco (1991). Teoría General del Delito. 2ª Edición. Valencia, España. Editorial Tirant lo Blanch. p 171.

⁵⁸⁵ Fernández Moreno, R. y Madrigal Madrigal, J. (1995). El Desistimiento Voluntario de Consumar el Delito: Su Regulación en el Ordenamiento Jurídico Costarricense. Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica. p 188.

*para beneficiar al delincuente por la impunidad, la exteriorización de un propósito de enmienda que coarte a futuro su libre albedrío, puede tener inclusive ribetes de inconstitucionalidad.*⁵⁸⁶

Dejar su determinación hacia el futuro sería a lo sumo un acto preparatorio y tal vez se ubique en la fase interna o psicológica del delito, que tal y como fue analizada en el primer capítulo de esta investigación resulta impune. Resulta bastante acertado lo manifestado por Muñoz Conde, tal y como reza a continuación: *“La consideración abstracta coloca al interprete ante un imposible. El que el sujeto se prometa a sí mismo no volver a intentar cometer ese delito, es algo que el Derecho no puede exigir a nadie, sería una moralización intolerable el que se exigiera para conceder la impunidad “el propósito de enmienda”, la promesa decidida “de esta agua no beberé”.*⁵⁸⁷

El mismo razonamiento se desprende de la siguiente cita: *“La exigencia de que el sujeto renuncie, de por vida, a volver a cometer ese delito, traduce un contenido ético que va más allá de la regulación legal. Lo que se le reprocha al autor es el suceso individual que está ejecutando, no sus intenciones futuras.”*⁵⁸⁸

⁵⁸⁶ Fernández Moreno, R. y Madrigal Madrigal, J. (1995). El Desistimiento Voluntario de Consumar el Delito: Su Regulación en el Ordenamiento Jurídico Costarricense. Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica. p 271.

⁵⁸⁷ Muñoz Conde, Francisco (1972). El Desistimiento Voluntario de Consumar el Delito. 1ª Edición. Barcelona, España. Editorial Bosch. p 118.

⁵⁸⁸ Gil Lavedra, Ricardo Rodolfo (1977). “El Desistimiento Voluntario de la Tentativa”. Doctrina Penal: Teoría y Práctica en las Ciencias Penales. Año 1 (Nº 0) p 177-230. Jul- Dic. Buenos Aires, Argentina. p 201.

c. Ausencia de la Consumación del Delito

Es claro que para que se haga efectivo un desistimiento, el sujeto debe encontrarse en la fase ejecutiva del delito, pues si ingresa al ámbito de la consumación no podría verse beneficiado con la impunidad; a lo sumo podría valorarse el comportamiento posterior al delito para la determinación de la sanción a imponer⁵⁸⁹. Sin embargo, si debe tenerse como requisito indispensable que la consumación sea posible, pues de lo contrario no podría afirmarse la voluntariedad del desistimiento y consecuentemente la impunidad de la conducta⁵⁹⁰. Así se desprende de la siguiente frase: *“Evidentemente, en el supuesto de una tentativa inidónea, ya sea en los medios, en el objeto, o en el sujeto, el resultado no puede ser evitado, dado que su producción es imposible.”*⁵⁹¹ No obstante, se debe beneficiar al agente con la impunidad cuando según su plan no tenga conocimiento de esa imposibilidad, es por ello que se afirma lo que reza a continuación: *“Pero si él desconoce la inidoneidad y hace de su parte lo requerido –según su plan- para evitar la consumación se coincide en que debe admitirse la liberación de pena.”*⁵⁹²

Este aspecto es sumamente importante, pues la voluntariedad del desistimiento afecta el elemento subjetivo de la pena; mientras que la ausencia de consumación afecta directamente el elemento objetivo de la sanción, siendo ambos necesarios. Al respecto Muñoz Conde ha considerado que: *“La impunidad del desistimiento que, como ya hemos*

⁵⁸⁹ Solís Muñoz, Alejandro (1967). Jurisprudencia sobre el Desistimiento en la Tentativa. Memoria de Prueba para optar por el grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. p 30.

⁵⁹⁰ Ibidem, p 27. En el mismo sentido véase: Muñoz Conde, Francisco (1972). El Desistimiento Voluntario de Consumar el Delito. 1ª Edición. Barcelona, España. Editorial Bosch. p.p. 75-76.

⁵⁹¹ Gil Lavedra, Ricardo Rodolfo (1977). “El Desistimiento Voluntario de la Tentativa”. Doctrina Penal: Teoría y Práctica en las Ciencias Penales. Año 1 (Nº 0) p 177-230. Jul- Dic. Buenos Aires, Argentina. p 202.

⁵⁹² Ibid.

*dicho repetidas veces, es el reverso de las formas imperfectas de ejecución, supone la anulación del fundamento de extensión de la pena, debiendo anular tanto el fundamento subjetivo como el objetivo. La anulación del primer fundamento se da con la voluntariedad del desistimiento, la del segundo con la evitación de la consumación del delito. Sólo si se anulan ambos merece el que desiste la impunidad total.*⁵⁹³

b) REQUISITOS DEL DESISTIMIENTO

Se establecen requisitos tanto objetivos como subjetivos del desistimiento – y consecuentemente del arrepentimiento activo- que deben concurrir para que opere válidamente. En el caso de la tentativa inacabada, al no haberse llevado a cabo todos los actos que se requieren para que se tenga por configurado el delito, la exigencia objetiva es diversa del caso de la tentativa acabada o delito frustrado; pues: *“(...) el desistimiento de la tentativa exige el abandono de la acción típica que el autor, de acuerdo con su plan, ya inició, pero aun no se encuentra concluida con arreglo a su representación.*⁵⁹⁴ Mientras que en el caso del delito frustrado la exigencia se aumenta, pues ya se llevaron a cabo todas las acciones requeridas para consumir el delito, por ello se afirma que: *“(...) como el curso causal destinado a producir el resultado típico se ha desencadenado, la pura abstención ya no basta para evitar la realización de éste.*⁵⁹⁵

⁵⁹³ Muñoz Conde, Francisco (1972). El Desistimiento Voluntario de Consumar el Delito. 1ª Edición. Barcelona, España. Editorial Bosch. p.p. 136-137.

⁵⁹⁴ Cury Urzúa, Enrique (1977). Tentativa y Delito Frustrado: (El Proceso Ejecutivo del Delito). 1ª Edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. p 117.

⁵⁹⁵ *Ibidem*, p 118.

Desde el punto de vista subjetivo, se exige la voluntad de abandonar la ejecución del delito (en el caso de la tentativa inacabada) o bien la voluntad de realizar un comportamiento activo tendiente a la evitación de la consumación (en el supuesto de la tentativa acabada). Lo anterior se constata de la siguiente frase: *“Desde el punto de vista subjetivo, el desistimiento requiere la voluntad de abandonar la ejecución del hecho típico. Con ello se cumple el requisito más característico de la institución, pues es, justamente, la voluntariedad de la interrupción, lo que diferencia la tentativa punible de la desistida. Por otra parte, es la “voluntad de abandonar” la que al exteriorizarse “corta” la voluntad de realización, impidiendo el perfeccionamiento del dolo y, por consiguiente, la tipicidad de la conducta (...)*⁵⁹⁶

TÍTULO V. TEORÍAS QUE FUNDAMENTAN LA IMPUNIDAD DEL DESISTIMIENTO

Se ha elaborado un sinnúmero de teorías sobre el fundamento de la impunidad del desistimiento, que divagan en una serie de supuestos confusos para explicar el efecto de ese instituto; es claro que lo ideal sería contar con un solo criterio que permita dar solución a todos los casos posibles; no obstante, ello no es así, y ello ha motivado soluciones divergentes y hasta contradictorias en situaciones equivalentes. La doctrina más reciente ha hecho palpable este suceso tal y como se resalta en la siguiente nota: *“Pero la mayoría de las aportaciones acuden con demasiada frecuencia a fórmulas genéricas o a*

⁵⁹⁶ Cury Urzúa, Enrique (1977). *Tentativa y Delito Frustrado: (El Proceso Ejecutivo del Delito)*. 1ª Edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. p 123.

*conceptos excesivamente vagos (“razones político-criminales”, “razones preventivas”) que dificultan la comprensión de una institución como ésta, y sobre todo la determinación de su alcance. Estamos hablando de una figura penal cuya consecuencia es la impunidad, lo que significa que la imprecisión acerca de sus límites va a restar seguridad jurídica, permitiendo la existencia de zonas grises en las que puede estar negándose dicha impunidad pese a la realización de los elementos descritos en el precepto regulador del desistimiento (...)*⁵⁹⁷

Siguiendo a la autora Laura Pozuelo las teorías elaboradas se pueden clasificar de la siguiente manera⁵⁹⁸:

a) TEORÍAS JURÍDICAS

Surgen principalmente en la segunda mitad del Siglo XIX; se dividen en objetivas y subjetivas; las subjetivas fomentan la relevancia de la ausencia de la voluntad criminal para fundamentar la impunidad de la acción; mientras que las objetivas no pierden de vista ese aspecto, pero tratan de brindar una justificación más completa. A continuación se tratará de brindar un análisis de cada una de ellas.

⁵⁹⁷ Pozuelo Pérez, Laura (2003). El Desistimiento en la Tentativa y la Conducta Postdelictiva. 1ª Edición. Valencia, España. Editorial Tirant to Blanch. p 35.

⁵⁹⁸ *Ibidem*, p.p. 37-124.

a. Teorías Jurídicas Subjetivas

i. Teoría de la Anulación (Zacharia y Koestlin⁵⁹⁹)

Es claro que en la tentativa existe un dolo dirigido a la comisión de un hecho delictivo, y que da fundamento a su punibilidad; para esta tesis con el advenimiento del desistimiento se genera una especie de “anulación” de la “mala voluntad” expresada por el agente al iniciar los actos de ejecución del delito, y precisamente ello es lo que justifica la impunidad de la conducta⁶⁰⁰. En otras palabras, de acuerdo con esta tesis, la tentativa es anulada por la existencia de un desistimiento o un arrepentimiento activo. En doctrina se ha mencionado lo siguiente alrededor de esta teoría: “(...) *el desistimiento voluntario anula la acción penal, de tal modo que el hecho, en su totalidad, ya no es más tentativa.*”⁶⁰¹ Otro de los seguidores de esta postura es Pessina para quien: “(...) *el desistimiento es una causa de anulación (...) Sucede en este caso lo que acontece en el mundo físico, que dos fuerzas iguales y contrarias se destruyen, pues la actividad material es anulada por la actividad que impide la violación del derecho.*”⁶⁰²

⁵⁹⁹ Fernández Moreno, R. y Madrigal Madrigal, J. (1995). El Desistimiento Voluntario de Consumar el Delito: Su Regulación en el Ordenamiento Jurídico Costarricense. Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica. p 8.

⁶⁰⁰ Muñoz Conde, Francisco (1972). El Desistimiento Voluntario de Consumar el Delito. 1ª Edición. Barcelona, España. Editorial Bosch. p 14.

⁶⁰¹ Castillo González, Francisco (2003). Tentativa y Desistimiento Voluntario. 1ª Edición. San José, Costa Rica. Editorial Jurídica Continental. p 56.

⁶⁰² Ezaine Chaves, Amado (1986). Iter criminis: Actos preparatorios, Tentativa, Frustración, Consumación. San José, Costa Rica. p 65.

ii. Teoría de la Nulidad (Luden)

Dentro de la teoría general del derecho, el tema de la nulidad es uno de los más importantes y discutidos, pues los efectos jurídicos que derivan del mismo son abismales y por ello debe ser riguroso su análisis. Dentro del estudio de la figura del desistimiento se ha considerado que al sobrevenir éste es como si la voluntad de realizar el hecho delictivo nunca hubiera existido; y la base para semejante afirmación es que la acción debe concebirse como única e indivisible y por ello si “a medio camino del delito” se decide no continuar con su realización es como si la misma desapareciera y nunca hubiera surgido su relevancia desde el punto de vista jurídico⁶⁰³. En relación con esta teoría se ha mencionado lo siguiente: *“(...) la punibilidad de la tentativa está sujeta a la no existencia del desistimiento voluntario, pues la voluntad de consumación debe mantenerse durante toda la actividad criminal, que es una sola acción.”*⁶⁰⁴

iii. Teoría de la Debilidad o No Firmeza de la Voluntad (Zacharia)

Otros por su parte consideran que cuando el sujeto activo desiste voluntariamente de la comisión del ilícito, es porque la voluntad exteriorizada o dolo con que comenzó la ejecución del hecho no revestía la fuerza necesaria para llegar a la culminación del

⁶⁰³ Muñoz Conde, Francisco (1972). El Desistimiento Voluntario de Consumar el Delito. 1ª Edición. Barcelona, España. Editorial Bosch. p 15.

⁶⁰⁴ Castillo González, Francisco (2003). Tentativa y Desistimiento Voluntario. 1ª Edición. San José, Costa Rica. Editorial Jurídica Continental. p 56.

mismo, y por consiguiente el agente no es peligroso para la sociedad y no merece pena alguna al no alterar el ordenamiento jurídico⁶⁰⁵.

iv. Teoría de la Presunción (Herzog)

Semejante a la tesis anterior, esta postura plantea la presunción de que en caso de presentarse un conato, la voluntad criminal revestía la intensidad necesaria para alcanzar el resultado criminoso y con ello la consumación del delito querido por el agente; en cambio, frente a la hipótesis de presentarse un desistimiento, se revela lo contrario, esto es que la energía delictuosa no es capaz de alcanzar la realización del ilícito y esa es la razón principal para establecer su impunidad, pues la presunción antes denotada se cae por su propio peso⁶⁰⁶.

b. Teorías Jurídicas Objetivas

i. Negación de Antijuridicidad (Binding)

Los seguidores de esta tesis consideran que el ilícito debe valorarse como un todo, de forma tal que en caso de que el sujeto desista de la consecución del mismo, ya el

⁶⁰⁵ Fernández Moreno, R. y Madrigal Madrigal, J. (1995). El Desistimiento Voluntario de Consumar el Delito: Su Regulación en el Ordenamiento Jurídico Costarricense. Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica. p 11. En el mismo sentido véase: Muñoz Conde, Francisco (1972). El Desistimiento Voluntario de Consumar el Delito. 1ª Edición. Barcelona, España. Editorial Bosch. p 15.

⁶⁰⁶ Muñoz Conde, Francisco (1972). El Desistimiento Voluntario de Consumar el Delito. 1ª Edición. Barcelona, España. Editorial Bosch. p 15.

comportamiento desplegado no sería antijurídico y por ello debe afirmarse su impunidad por no constituir delito⁶⁰⁷. Es importante destacar que el desistimiento debe ser voluntario para provocar el efecto descrito; pues de no ser así, tanto la antijuridicidad de la conducta, como la punibilidad subsisten. Frente a esta postura se debe tomar en consideración que el delito se caracteriza por tratarse de un hecho típico, antijurídico y culpable, de forma tal que con la presencia del desistimiento el segundo nivel se excluye. En resumidas cuentas se establece: *“El desistimiento voluntario excluye en consecuencia, la antijuridicidad del tipo penal de la tentativa, pues el desistimiento voluntario implica el cumplimiento de un deber que se debe expresar siempre en la evitación del hecho externo, pues de otro modo las condiciones puestas en movimiento llegarían a producir el resultado lesivo para el bien jurídico.”*⁶⁰⁸ Esta teoría manifiesta que se genera una anulación de las condiciones puestas en marcha para la consecución del delito, de forma tal que ni siquiera puede concebirse la existencia de un conato⁶⁰⁹ Esta propuesta ha sido severamente criticada, por autores como Francisco Muñoz Conde, quien afirma que si se considerara correcta la tesis sostenida por Binding habría que aceptar que lo reprochado en la tentativa inacabada es la acción omitida por el agente, y en la tentativa inacabada la omisión en la evitación del fin propuesto, convirtiendo un delito de acción en un delito de omisión y viceversa⁶¹⁰.

⁶⁰⁷ Muñoz Conde, Francisco (1972). El Desistimiento Voluntario de Consumar el Delito. 1ª Edición. Barcelona, España. Editorial Bosch. p 16.

⁶⁰⁸ Castillo González, Francisco (2003). Tentativa y Desistimiento Voluntario. 1ª Edición. San José, Costa Rica. Editorial Jurídica Continental. p 57.

⁶⁰⁹ *Ibidem*, p 136.

⁶¹⁰ *Ibid.*

ii. Negación de Culpabilidad (Alfred y Welzel)

Sus defensores alegan que cuando la consumación no se genera por el desistimiento voluntario del agente del delito, se produce un cambio de la conducta del mismo que provoca un efecto sobre el juicio de reproche y la voluntad criminosa por él desplegada que le garantiza la impunidad. También se afirma que el desistimiento hace que la culpabilidad del sujeto activo se torne insignificante y por ello no se pueda atribuir pena alguna por su actuación. Otros de sus defensores son: Schröder, Roxin y Rudolphi para quienes con el advenimiento del desistimiento – y su correlativo arrepentimiento activo- se genera una anulación de la culpabilidad que excluye la penalidad.

c. Críticas

Estas teorías han perdido vigencia en la actualidad, y la principal objeción que han recibido por parte de los estudiosos es que es improcedente hablar de que hechos ocurridos en la realidad puedan considerarse como inexistentes o como anulados por el desistimiento –o el arrepentimiento activo-⁶¹¹ y consecuentemente de tenerse como válidas habría que admitir la impunidad de los partícipes, pues en estricta aplicación del principio de accesoriedad que informa la participación, lo accesorio sigue a lo

⁶¹¹ Roxin Claus (2001) “Acerca de la Ratio del Privilegio del Desistimiento en Derecho Penal”. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. (Nº 03-03). En: <http://criminet.ugr.es> (Consulta: 25 de febrero, 2009).

principal⁶¹². Asimismo se ha objetado que dejan de lado aspectos de política criminal y se centran principalmente en cuestiones meramente sistemáticas⁶¹³.

b) TEORÍAS POLÍTICO CRIMINALES O TEORÍA DEL “PUENTE DE ORO” (VON LISZT) O DEL “PUENTE DE PLATA” (FEUERBACH)

Postulan que el desistimiento es la última oportunidad que tiene el sujeto activo de apartarse de la consumación del delito y con ello quedar impune. Esta postura toma conciencia de que los hechos ocurridos no pueden reputarse inexistentes o anulados, pero propone que en virtud de razones de política criminal se le otorga una última oportunidad al agente para que renuncie a la realización del delito; para ejemplificar esta situación, establece una metáfora en el sentido de que a lo largo del camino del delito se le tiende al sujeto un puente de plata durante la ejecución del ilícito y si el mismo decide desviarse del camino criminoso y pasar por el puente obtiene la impunidad por haber renunciado a la consecución del resultado querido⁶¹⁴. Es lógico que solo mediante la concesión de la impunidad, el individuo se verá motivado a optar por el puente tendido, pues si de todas formas se castigara del mismo modo el comportamiento tanto en la

⁶¹² Mañalich Raffo, Juan Pablo (2004). “La Tentativa y el Desistimiento en el Derecho Penal. Algunas Consideraciones Conceptuales”. Revista de Estudios de la Justicia. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. (Nº 4) en: http://www.derecho.uchile.cl/cej/recej/recej4/archivos/tentativa%20y%20desistimiento%20_JPM_corregido%20_16_.pdf. (Consulta: 20 de marzo, 2009).

⁶¹³ Muñoz Conde, Francisco (1972). El Desistimiento Voluntario de Consumar el Delito. 1ª Edición. Barcelona, España. Editorial Bosch. p 18.

⁶¹⁴ Roxin Claus (2001) “Acerca de la Ratio del Privilegio del Desistimiento en Derecho Penal”. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. (Nº 03-03). En: <http://criminet.ugr.es> (Consulta: 25 de febrero, 2009).

tentativa como si sobreviene un desistimiento, en nada le beneficiaría escoger el segundo de los supuestos y continuaría la ejecución hasta el logro del fin propuesto⁶¹⁵.

Dentro de los principales argumentos que se presentan para atacar esta tesis se puede mencionar que en realidad el puente al que se hizo alusión, no constituye en verdad un estímulo para evitar la realización del injusto, ello pues en la generalidad de las situaciones, el sujeto desconoce la existencia de una figura que le puede otorgar la impunidad como lo es el desistimiento⁶¹⁶. Incluso en caso de que tuviera conocimiento de la situación, difícilmente el estímulo sea de tal magnitud que haga desistir al sujeto de la acción dañosa que se propone realizar y exigiría que el sujeto controle a plenitud el proceso de realización del delito desde el comienzo de la ejecución del mismo y tenga el desistimiento como un “As bajo la manga” que pueda utilizar en el momento oportuno, actuando de modo racional y sopesando pros y contras de su realización⁶¹⁷. Otros autores como Muñoz Conde han establecido que si bien es cierto, esta postura destaca la importancia de los fines pretendidos por el legislador con el otorgamiento de la

⁶¹⁵ Fernández Moreno, R. y Madrigal Madrigal, J. (1995). El Desistimiento Voluntario de Consumar el Delito: Su Regulación en el Ordenamiento Jurídico Costarricense. Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica. p 18. En el mismo sentido: Muñoz Conde, Francisco (1972). El Desistimiento Voluntario de Consumar el Delito. 1ª Edición. Barcelona, España. Editorial Bosch. p 19.

⁶¹⁶ Llobet Rodríguez, Javier (1989). “El Desistimiento Voluntario”. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Año 1 (Nº 1) p 49-56. Dic. San José, Costa Rica. p 49.

⁶¹⁷ Fernández Moreno, R. y Madrigal Madrigal, J. (1995). El Desistimiento Voluntario de Consumar el Delito: Su Regulación en el Ordenamiento Jurídico Costarricense. Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica. p 26. Véase además: Muñoz Conde, Francisco (1972). El Desistimiento Voluntario de Consumar el Delito. 1ª Edición. Barcelona, España. Editorial Bosch. p 25.

impunidad, pero se equivoca al considerar que la impunidad es un estímulo para que el sujeto deje de cometer la acción delictiva⁶¹⁸.

Otra de las objeciones que se formulan frente a esta postura es la que se muestra a continuación: “(...) *al sacrificar necesidades abstractas de pena en aras a la concreta salvación del objeto de ataque se cae en un pragmatismo contrario a la función de pacificación duradera que debe cumplir el derecho penal.*”⁶¹⁹

En tiempos modernos otros han considerado que esta teoría resulta favorable a los intereses de la víctima que al fin es quien aparece como afectada por la acción delictiva, sin embargo, algunos consideran que si se sigue esa línea de interpretación habría que beneficiar no solamente al sujeto que desiste voluntariamente de la consumación del delito sino también a aquel que lo hace de forma involuntaria, pues en ambos casos se impediría la consumación del injusto⁶²⁰.

Otros más bien han considerado que con una teoría como ésta se podría generar un resultado opuesto al querido, pues el sujeto consideraría que puede iniciar la ejecución de un delito y que antes de perpetrarlo completamente se le dará la oportunidad de escapar del efecto no querido por él; a saber, la punibilidad de su actuación.

⁶¹⁸ Muñoz Conde, Francisco (1972). El Desistimiento Voluntario de Consumar el Delito. 1ª Edición. Barcelona, España. Editorial Bosch. p 26.

⁶¹⁹ Reaño Peschiera, José Leandro (2005). “Sobre los Fundamentos de la Exención de Pena por “Desistimiento Voluntario” de la Tentativa”. Los Desafíos del Derecho Penal en el Siglo XXI: Libro Homenaje al Profesor Dr. Günther Jakobs. p. 341-381. Lima, Perú. ARA Editores. p 351.

⁶²⁰ Mañalich Raffo, Juan Pablo (2004). “La Tentativa y el Desistimiento en el Derecho Penal. Algunas Consideraciones Conceptuales”. Revista de Estudios de la Justicia. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. (Nº 4) en: http://www.derecho.uchile.cl/cej/recej/recej4/archivos/tentativa%20y%20desistimiento%20_JPM_corregido%20_16_.pdf. (Consulta: 20 de marzo, 2009).

Del mismo modo se objeta que no se puede justificar con esta tesis, los casos en que el sujeto desiste por razones diversas a lograr la impunidad, y que el efecto de estímulo podría generarse no solo con la concesión de impunidad, sino también con la atenuación de la pena⁶²¹.

c) TEORÍAS PREMIALES Y TEORÍA DE LA GRACIA

La teoría de la gracia o del premio plantea que la impunidad conseguida con el desistimiento, es un premio concedido por el sistema punitivo por haber reconducido la conducta y con ello hecho respetar la norma jurídica⁶²². Francisco Castillo comenta esta teoría de la siguiente manera: *“(...) el desistimiento voluntario es el premio que recibe quien, mediante él levanta la impresión negativa que su hecho había dejado en la comunidad, de modo que lo injusto de la tentativa es equilibrado, hasta cierto punto, por la actuación del agente que no prosigue con la consumación o que evita el resultado.”*⁶²³

El magistrado José Manuel Arroyo Gutiérrez considera que el fundamento de la impunidad del desistimiento viene dada por reconocer el Estado, el mérito al agente de no continuar con la ejecución del delito; lo anterior lo expresa con las siguientes palabras al

⁶²¹ Martínez Escamilla, Margarita (1997). “Dos Cuestiones Básicas del Desistimiento en Derecho Penal”. Política Criminal y Nuevo Derecho Penal: Libro Homenaje a Claus Roxin. 1ª Edición. p 331-340. Barcelona, España. Editorial: José María Bosch Editor. p 336.

⁶²² Llobet Rodríguez, Javier (1989). “El Desistimiento Voluntario”. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Año 1 (Nº 1) p 49-56. Dic. San José, Costa Rica. p 49. En el mismo sentido: Zaffaroni, Eugenio Raúl (2006). Manual de Derecho Penal: Parte General. 2ª Edición. Buenos Aires, Argentina. Editorial Ediar. p 660. Véase además: Muñoz Conde, Francisco (1972). El Desistimiento Voluntario de Consumar el Delito. 1ª Edición. Barcelona, España. Editorial Bosch. p 26.

⁶²³ Castillo González, Francisco (2003). Tentativa y Desistimiento Voluntario. 1ª Edición. San José, Costa Rica. Editorial Jurídica Continental. p.p. 137-138.

referirse al desistimiento: *“Es una especie de premio para dejar impune una acción que ya ha pasado a la ejecución; hay actos de ejecución claros que sin embargo el sistema no penaliza en razón de reconocer un cierto mérito.”*⁶²⁴

Conceptos tales como “premio” o “gracia” revelan dos cuestiones importantes; la primera de ellas es que se trata de una concesión otorgada por el Estado, y la segunda radica en que el desistimiento debe revestir el carácter de voluntario para poder merecer el beneficio de la impunidad.⁶²⁵ Hay quienes consideran que existe una diferencia entre la teoría de la gracia y la premial, pues la primera hace referencia a una especie de perdón por la conducta realizada, mientras que la segunda se enfoca más bien a una recompensa por no alcanzar el resultado dañoso.

Las críticas a estas teorías no se hicieron esperar, entre ellas se puede mencionar la de Schmidhauser para quien la función del Derecho no estriba en premiar a los delincuentes, pues debe actuar como regulador de las conductas peligrosas y lesivas de bienes jurídicamente tutelables⁶²⁶. Muñoz Conde por su parte plantea la hipótesis de la tentativa calificada; en el sentido de que en el curso de la ejecución del delito “A” se consuma el delito “B” que es más grave que el primero; de forma tal que si el agente una vez consumado el delito “B” decide desistir voluntariamente del delito “A” se concedería

⁶²⁴ Arroyo Gutiérrez, José Manuel (2009). Tentativa y Desistimiento en los Delitos Sexuales. Entrevista: Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. 3 de junio.

⁶²⁵ Gil Lavedra, Ricardo Rodolfo (1977). “El Desistimiento Voluntario de la Tentativa”. Doctrina Penal: Teoría y Práctica en las Ciencias Penales. Año 1 (Nº 0) p 177-230. Jul- Dic. Buenos Aires, Argentina. p.p. 186-187.

⁶²⁶ Fernández Moreno, R. y Madrigal Madrigal, J. (1995). El Desistimiento Voluntario de Consumar el Delito: Su Regulación en el Ordenamiento Jurídico Costarricense. Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica. p 36. En el mismo sentido: Muñoz Conde, Francisco (1972). El Desistimiento Voluntario de Consumar el Delito. 1ª Edición. Barcelona, España. Editorial Bosch. p.p. 29-30.

el premio o la gracia de la impunidad sobre el delito “A”; mas no así sobre el delito “B” que inclusive tiene una penalidad mayor⁶²⁷.

d) TEORÍAS DE LOS FINES DE LA PENA (ROXIN)

La teoría de la finalidad de la pena plantea que una vez sucedido un desistimiento voluntario de cometer un ilícito decae el fin de la pena y por ello carece de sentido imponer un castigo a la conducta desplegada hasta ese momento. En virtud de estas teorías se llega a la conclusión de que con el desistimiento voluntario las razones que en un principio justificaban la punibilidad de la conducta efectuada por el agente se eliminan y por ello su actuación deviene impune. Ello por cuanto una vez que el agente toma la decisión de no continuar con el delito, la necesidad de imposición de una sanción desaparece tanto desde el punto de vista de la prevención general como especial⁶²⁸. Lo anterior se refleja en la siguiente cita: *“El argumento central consiste en que en los casos de desistimiento voluntario la punibilidad jamás se encontraría justificada en virtud de algún posible fin de la pena. Desde una perspectiva preventivo-general, la pena no resultaría necesaria, “porque no se produce el resultado y el autor, al mostrarse fiel al Derecho en el momento decisivo, no da mal ejemplo a nadie”. Desde una perspectiva preventivo- especial, por otra parte, la necesidad de pena también resultaría excluida,*

⁶²⁷ Muñoz Conde, Francisco (1972). El Desistimiento Voluntario de Consumar el Delito. 1ª Edición. Barcelona, España. Editorial Bosch. p 31. En el mismo sentido véase: Fernández Moreno, R. y Madrigal Madrigal, J. (1995). El Desistimiento Voluntario de Consumar el Delito: Su Regulación en el Ordenamiento Jurídico Costarricense. Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica. p 38.

⁶²⁸ Llobet Rodríguez, Javier (1989). “El Desistimiento Voluntario”. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Año 1 (Nº 1) p 49-56. Dic. San José, Costa Rica. p.p. 49-50.

puesto que al desistir voluntariamente el agente “ha regresado al ámbito de la legalidad en relación con el hecho intentado y sus inclinaciones al delito, quizá todavía existentes, suministran tan pocos motivos para un castigo como puede hacerlo cualquier otra persona criminalmente peligrosa”⁶²⁹

Para Roxin esta postura es la dominante, pues desde un Derecho Penal de hecho, las circunstancias que provocan solamente una “inclinación nociva” no son suficientes para justificar la intervención del sistema punitivo⁶³⁰. A esta postura se ha objetado que existen supuestos en los cuales permanece la necesidad de la imposición de una pena y no obstante, se concede la impunidad por imperativo de ley, por lo que no puede tenerse como la única explicación válida⁶³¹. Del mismo modo se critica que si se optara por esta teoría las cuestiones de naturaleza preventiva se vuelven inseguras y difíciles de demostrar desde el punto de vista empírico⁶³², reduciéndose el problema a criterios de mercado y no a cuestiones de justicia⁶³³.

⁶²⁹ Mañalich Raffo, Juan Pablo (2004). “La Tentativa y el Desistimiento en el Derecho Penal. Algunas Consideraciones Conceptuales”. Revista de Estudios de la Justicia. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. (Nº 4) en: http://www.derecho.uchile.cl/cej/recej/recej4/archivos/tentativa%20y%20desistimiento%20_JPM_corregido%20_16_.pdf. (Consulta: 20 de marzo, 2009). En el mismo sentido: Reaño Peshiera, José Leandro (2005). “Sobre los Fundamentos de la Exención de Pena por “Desistimiento Voluntario” de la Tentativa”. Los Desafíos del Derecho Penal en el Siglo XXI: Libro Homenaje al Profesor Dr. Günther Jakobs. p. 341-381. Lima, Perú. ARA Editores. p 355.

⁶³⁰ Roxin Claus (2001) “Acerca de la Ratio del Privilegio del Desistimiento en Derecho Penal”. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. (Nº 03-03). En: <http://criminet.ugr.es> (Consulta: 25 de febrero, 2009).

⁶³¹ Martínez Escamilla, Margarita (1997). “Dos Cuestiones Básicas del Desistimiento en Derecho Penal”. Política Criminal y Nuevo Derecho Penal: Libro Homenaje a Claus Roxin. 1ª Edición. p 331-340. Barcelona, España. Editorial: José María Bosch Editor. p 337.

⁶³² Roxin Claus (2001) “Acerca de la Ratio del Privilegio del Desistimiento en Derecho Penal”. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. (Nº 03-03). En: <http://criminet.ugr.es> (Consulta: 25 de febrero, 2009).

⁶³³ Reaño Peshiera, José Leandro (2005). “Sobre los Fundamentos de la Exención de Pena por “Desistimiento Voluntario” de la Tentativa”. Los Desafíos del Derecho Penal en el Siglo XXI: Libro Homenaje al Profesor Dr. Günther Jakobs. p. 341-381. Lima, Perú. ARA Editores. p 356.

a. Teorías enfocadas desde la Prevención General⁶³⁴

i. Teoría de la Impresión

Bajo esta tesis se considera que al momento en que se inicia la ejecución de un delito se genera un mal ejemplo, una desestabilización en la sociedad y por ello con el desistimiento voluntario del agente, esa mala impresión se elimina o anula. A esta postura se objeta que es difícil determinar empíricamente la perturbación provocada; aunado a que la misma podría mantenerse aun cuando sobrevenga un desistimiento. Ahora en relación con el concepto de: “buen ejemplo” se ha mencionado que es sumamente impreciso y admitirlo puede ampliar de forma desmedida los límites de punibilidad.

ii. Teoría del Regreso a la Legalidad

También se le denomina “teoría de la conformidad con el contenido de la norma” o “teoría de la reintegración en la comunidad jurídica”. Su postulado básico radica en plantear el desistimiento como un retorno a la legalidad por parte del sujeto activo del ilícito, pues al comenzar a ejecutar el mismo se había desviado del camino del derecho; constituyendo un cumplimiento tardío de la función motivadora de la norma que a fin de cuentas cumple los fines de la prevención general del derecho penal. Se objeta a esta

⁶³⁴ El desarrollo que se efectúa a continuación toma como base la siguiente fuente bibliográfica: Pozuelo Pérez, Laura (2003). El Desistimiento en la Tentativa y la Conducta Postdelictiva. 1ª Edición. Valencia, España. Editorial Tirant to Blanch. p.p. 37-124.

posición que la resocialización es una posibilidad y un derecho para el agente, pero en ningún caso una obligación; y además se establece que puede llegar a restringir la aplicación de la impunidad en el desistimiento. Por su parte Laura Pozuelo plantea un aspecto que resulta de suma relevancia tener presente y es que una situación es el regreso a la legalidad desde el punto de vista formal, que implica no cometer delitos, y otra muy distinta es el regreso a la legalidad desde el ámbito material que exigiría una conversión del agente a nivel psíquico imponiendo una moral, lo cual va más allá del poder concedido al derecho penal.

iii. Teorías del Mantenimiento de la Vigencia de la Norma

1) Desde la postura de Jakobs

Jakobs postula que cuando el individuo decide llevar a cabo un hecho delictivo y comienza la ejecución del mismo está declarando su no reconocimiento a la vigencia de la norma; por lo que si decide voluntariamente desistir de su actuación está reconociendo la norma y por ello merece la impunidad.

2) Desde la postura de Freund

Esta tesis plantea que con el quebrantamiento de la vigencia de la norma se causa un daño; sin embargo, en caso de sobrevenir un desistimiento voluntario, ese quebranto solo se presentó en un breve lapso y por ello merece la impunidad.

3) Desde la postura de Schäfer

Plantea que con el comienzo de ejecución de un ilícito se pone en peligro bienes jurídicos tutelados por el Ordenamiento Jurídico, no obstante, en caso de que exista un desistimiento de parte del agente desaparece ese peligro y con ello la necesidad de pena.

b. Teorías enfocadas desde la Prevención Especial⁶³⁵

i. Teoría de la Menor Intensidad de la Voluntad Criminal o teoría Indiciaria

Esta postura considera que el sujeto cuya voluntad carece de intensidad para alcanzar el fin perseguido con la conducta por él desplegada no reviste un alto grado de peligrosidad y por ello no se encuentra justificada una penalización de la misma. A esta tesis se refuta que no necesariamente el desistimiento se genera por una disminución de

⁶³⁵ El desarrollo que se efectúa a continuación toma como base la siguiente fuente bibliográfica: Pozuelo Pérez, Laura (2003). El Desistimiento en la Tentativa y la Conducta Postdelictiva. 1ª Edición. Valencia, España. Editorial Tirant to Blanch. p.p. 37-124.

la energía criminal y la peligrosidad, sino que puede deberse a la casualidad, pues no en todos los supuestos la voluntad se debilita; además se menosprecia que la tentativa no solamente se compone del aspecto subjetivo –voluntad- sino también del objetivo, y ese también debe ser tomado en cuenta. Asimismo su aceptación conduciría a la aprobación de un derecho penal de autor, basado en la personalidad del autor y no en el hecho cometido por el mismo, lo cual no encaja dentro de nuestro sistema de derecho⁶³⁶.

Otra de las objeciones que resulta acertada es que el dolo no puede concebirse en grados; tal y como se muestra a continuación: *“Si es en el comienzo de ejecución, la “intensidad” de la voluntad no puede ser “poca” o “mucha”, sino la necesaria para ocupar su sitio en el tipo subjetivo. Según el parámetro que marca el dolo, la conducta será o no típica, pero no más o menos típica, porque el aspecto volitivo en el injusto no tiene grados. Si, en cambio, se está aludiendo al momento en que se desiste, la voluntad criminal tampoco es menos intensa, porque a esa altura, precisamente, ha dejado de existir.”*⁶³⁷

ii. Teoría de la Menor Peligrosidad del Sujeto

Según esta posición el sujeto revela una peligrosidad en caso de dar comienzo a la ejecución del delito; pues en principio su acción concluirá en un daño efectivo al bien

⁶³⁶ Muñoz Conde, Francisco (1972). El Desistimiento Voluntario de Consumar el Delito. 1ª Edición. Barcelona, España. Editorial Bosch. p 35.

⁶³⁷ Gil Lavedra, Ricardo Rodolfo (1977). “El Desistimiento Voluntario de la Tentativa”. Doctrina Penal: Teoría y Práctica en las Ciencias Penales. Año 1 (Nº 0) p 177-230. Jul- Dic. Buenos Aires, Argentina. p 188.

jurídico que se trata de evitar para los fines del derecho penal. Por ello si posterior a esa ejecución y antes de la consumación del ilícito, el agente desiste de manera voluntaria del mismo, se concibe que esa peligrosidad se excluye y por ello su actuación no merece sanción alguna. Dentro de las objeciones a esta posición puede mencionarse que no necesariamente el desistir de la comisión de un delito genera como regla general una menor peligrosidad del agente. Asimismo si se le exigiera al agente disminuir su peligrosidad para que su tentativa desistida resulte impune sería ampliar el principio de legalidad mediante una interpretación “contra reo” que resulta improcedente en el derecho penal; siendo lo correcto emitir un juicio sobre la conducta del sujeto y no sobre el autor del hecho.

e) TEORÍA DE LA UNIDAD

Esta postura plantea que la tentativa y el desistimiento forman una unidad; de forma tal que aunque en principio el sujeto puso en marcha la ejecución del delito si posteriormente desiste de este, el comportamiento desplegado ya no es merecedor de pena y por ello no debe ser sancionado. Se critica esta posición pues, con el razonamiento anterior no se ofrece el fundamento del desistimiento y la impunidad del mismo. Laura Pozuelo asegura que lo importante sería concebirlo no como una unidad psicológica, sino como una unidad valorativa, pues los hechos no se podrían eliminar o anular dado que existieron, lo que sí se podría concebir es que los mismos no se puedan valorar como tentativa si se ha presentado un desistimiento voluntario de la consumación del delito - bajo esta premisa el desistimiento excluiría el injusto típico de la tentativa-. Lo anterior se

manifiesta en el siguiente razonamiento: “(...) *tentativa y desistimiento forman una unidad en sentido valorativo: no se trata de borrar acto alguno del mundo, pues los hechos efectivamente han existido, sino de que esos actos no reciben, valorativamente, el calificativo de tentativa si ha mediado desistimiento, pues con este se ha cumplido el mismo deber que estaba en la base de aquella.*”⁶³⁸

f) TEORÍAS BASADAS EN LA ANTIJURIDICIDAD O EN LA CULPABILIDAD

a. Con relación a la Antijuridicidad

Las teorías elaboradas no consideran que con el advenimiento del desistimiento elimine la antijuridicidad de la conducta, sino que el injusto disminuye su gravedad. Dentro de las críticas a esta postura se puede mencionar que no fundamenta el menor disvalor del injusto.

b. Con relación a la Culpabilidad

⁶³⁸ Pozuelo Pérez, Laura (2003). El Desistimiento en la Tentativa y la Conducta Postdelictiva. 1ª Edición. Valencia, España. Editorial Tirant to Blanch. p 245.

i. Teoría de la Compensación de la Culpabilidad de Herzberg

También se le denomina: “Teoría del Pago de la Deuda”. El punto de partida de esta tesis es que una vez que el sujeto decide voluntariamente abandonar la ejecución del hecho, cumple con el deber de no continuar con el delito y repara su conducta; librándose de la sanción penal pues con su conducta compensó –no anuló– su culpabilidad. Así se menciona de seguido: *“(…) con la realización de una tentativa surge para el sujeto una “deuda jurídica”, consistente en evitar que se llegue a producir el resultado, de forma que si éste, mediante un desistimiento voluntario y eficaz, satisface esa deuda, decae la amenaza de pena.”*⁶³⁹

Roxin considera que esta corriente toma como punto de partida, que en el derecho común la voluntad del sujeto de no alcanzar el resultado hace decaer la conminación coactiva⁶⁴⁰. Esta postura es refutada pues se alega que el término “compensación” es muy impreciso, asimismo se deja un amplio arbitrio al juez para decidir los casos y no fundamenta claramente como varía el juicio de reproche que en principio fue iniciado, esto por cuanto: *“Si este pretendido deber único se formula como “el deber de abstenerse de producir el resultado típico”, cuando se inicia la ejecución aún no podría afirmarse su incumplimiento. Por el contrario, si se formula como “el deber de no iniciar conductas inmediatamente dirigidas a la producción del resultado”, ya se vería incumplido con el*

⁶³⁹ Reaño Feschiera, José Leandro (2005). “Sobre los Fundamentos de la Exención de Pena por “Desistimiento Voluntario” de la Tentativa”. Los Desafíos del Derecho Penal en el Siglo XXI: Libro Homenaje al Profesor Dr. Günther Jakobs. p. 341-381. Lima, Perú. ARA Editores. p 354.

⁶⁴⁰ Roxin Claus (2001) “Acerca de la Ratio del Privilegio del Desistimiento en Derecho Penal”. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. (Nº 03-03). En: <http://criminet.ugr.es> (Consulta: 25 de febrero, 2009).

*comienzo de la tentativa y entonces habría que fundamentar cómo a través del desistimiento se cumple un deber ya infringido.*⁶⁴¹

ii. Otras posturas

Unos hablan no de compensación sino de insignificancia de la culpabilidad⁶⁴² – como Welzel- al tener a la tentativa como desistida; mientras que otros hablan de total ausencia de culpabilidad. Se ha objetado a la teoría de la insignificancia de la culpabilidad el hecho de que para concebirse insignificante, la culpabilidad debería desistirse por motivos éticos o valiosos; lo cual no es aceptado por la doctrina dominante; al respecto Enrique Cury ha manifestado: *“(...) me parece imposible sostener que la culpabilidad es insignificante. Más bien uno se siente inclinado a dirigirle un reproche enérgico, pues la motivación codiciosa se adiciona al carácter frío y calculador. Sin embargo, sería desacertado privarlo de impunidad por el desistimiento, pues precisamente en estos casos, negársela equivale a instarlo para que prosiga hasta consumir (...) los fundamentos de la concepción pierden vigencia, puesto que la insignificancia de la culpabilidad solo existe,*

⁶⁴¹ Reaño Peshiera, José Leandro (2005). “Sobre los Fundamentos de la Exención de Pena por “Desistimiento Voluntario” de la Tentativa”. Los Desafíos del Derecho Penal en el Siglo XXI: Libro Homenaje al Profesor Dr. Günther Jakobs. p. 341-381. Lima, Perú. ARA Editores. p 355.

⁶⁴² Mañalich Raffo, Juan Pablo (2004). “La Tentativa y el Desistimiento en el Derecho Penal. Algunas Consideraciones Conceptuales”. Revista de Estudios de la Justicia. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. (Nº 4) en: http://www.derecho.uchile.cl/cej/recej/recej4/archivos/tentativa%20y%20desistimiento%20_JPM_corregido%20_16_.pdf. (Consulta: 20 de marzo, 2009). En el mismo sentido véase: Llobet Rodríguez, Javier (1989). “El Desistimiento Voluntario”. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Año 1 (Nº 1) p 49-56. Dic. San José, Costa Rica. p 49.

*precisamente cuando el sujeto desiste por motivos valiosos o susceptibles de ser reconducidos al valor.*⁶⁴³

g) TEORÍA DEL INTERÉS DE LA VÍCTIMA⁶⁴⁴

a. Postura de H.W Mayer

Mayer postula que el fin de protección debe enfocarse a la luz del interés de la víctima; por ello cuando el sujeto comienza la ejecución por actos encaminados a la realización de un delito se encuentra entre dos universos, pues si bien es cierto lo que ha empezado a realizar es contrario a derecho, por otro lado ha puesto en peligro el bien jurídico, pero ese daño se puede evitar; precisamente en ese momento es donde es dable el desistimiento. Lo importante es que signifique una ventaja para la víctima e implique la restitución de la paz que se había perdido con el inicio del comportamiento delictuoso.

b. Postura de Weinhold

Alega que el fundamento de la impunidad del desistimiento se basa no solo en el interés de la víctima, sino también en una deficiente formación de la voluntad. A esta

⁶⁴³ Cury Urzúa, Enrique (1977). Tentativa y Delito Frustrado: (El Proceso Ejecutivo del Delito). 1ª Edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. p.p. 113-114.

⁶⁴⁴ El desarrollo que se efectúa a continuación toma como base la siguiente fuente bibliográfica: Pozuelo Pérez, Laura (2003). El Desistimiento en la Tentativa y la Conducta Postdelictiva. 1ª Edición. Valencia, España. Editorial Tirant to Blanch. p.p. 37-124.

postura se critica que no es necesario hacer una referencia directa a la víctima, pues con la sola protección a los bienes jurídicos ya se están tutelando sus intereses. Asimismo en ocasiones existen delitos que no cuentan con una víctima en sentido estricto; llegando al absurdo de afirmar que en ellos no es posible el desistimiento.

h) OTRAS TEORÍAS⁶⁴⁵

a. Teoría de la Modificación Actual del Hecho (Jakobs)

Jakobs razona que lo importante para considerar válido el desistimiento es que exista la posibilidad de modificar el hecho, pues solamente cuando el autor tenga el control del mismo, es que podría renunciar a él y desistir de su actuación. Si el autor pierde ese control será un acto distinto que nada tiene que ver con el desistimiento. Este autor también resalta la posibilidad de un desistimiento parcial cuando evite solo algunos de los procesos causales peligrosos; pero el mismo no provocaría la impunidad. Del mismo modo considera que la posición de garante del sujeto nace antes de que se genere la tentativa. Además para Jakobs el desistimiento de uno de los sujetos no se extiende a los demás partícipes del hecho; lo anterior se constata claramente de la siguiente frase: *“En cuanto a la posición sistemática del desistimiento, Jakobs considera que éste constituye una modificación del hecho en todos los escalones del delito”, sin que por ello, no*

⁶⁴⁵ El desarrollo que se efectúa a continuación toma como base la siguiente fuente bibliográfica: Pozuelo Pérez, Laura (2003). El Desistimiento en la Tentativa y la Conducta Postdelictiva. 1ª Edición. Valencia, España. Editorial Tirant to Blanch. p.p. 37-124.

obstante, deba afirmarse la impunidad del partícipe al cual no resulta atribuible un desistimiento, pues “para los intervinientes que por su parte no desisten, el desistimiento del ejecutor representa un exceso (inverso) y por ello no es imputable como mérito; así pues, responden por participación en la tentativa que queda”.⁶⁴⁶

b. Teoría de la Omisión (Weinhold)

Esta tesis muestra que cuando un sujeto inicia un curso causal, surge la obligación de desistir del mismo, de efectuar una conducta idónea de salvamento y con ello evitar la producción del resultado. Existe por consiguiente un deber de garante que nace con la tentativa. La crítica a esta postura radica principalmente en que la tentativa no genera un deber de garante tal y como ocurre con los delitos de omisión impropia.

c. Teoría de la Disminución del Peligro (Jäger)

Jäger manifiesta que el fundamento del desistimiento no se deriva de aspectos político- criminales sino que, con la actitud voluntaria del sujeto de dejar de cometer el delito se disminuye el riesgo que se había creado a los bienes jurídicos tutelados.

⁶⁴⁶ Mañalich Raffo, Juan Pablo (2004). “La Tentativa y el Desistimiento en el Derecho Penal. Algunas Consideraciones Conceptuales”. Revista de Estudios de la Justicia. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. (Nº 4) en: http://www.derecho.uchile.cl/cej/recej/recej4/archivos/tentativa%20y%20desistimiento%20_JPM_corregido%20_16_.pdf. (Consulta: 20 de marzo, 2009).

d. Teoría de la Máxima Seguridad en la Salvación (Alcácer)

Esta postura plantea que no solamente se requiere que el sujeto decida no continuar o evitar el delito, sino que además es necesario que para ello opte por la opción más segura; por ejemplo: si “x” intenta matar a “y”, y luego decide no continuar y lo deja a cincuenta metros del hospital, es claro que no realizó el mejor esfuerzo por evitar el resultado, y por ello que el mismo acaezca depende del azar. En otras palabras, para esta postura: *“(…) la reestabilización que fundamenta la impunidad por “desistimiento voluntario” sólo deberá ser apreciada cuando el agente haya evitado el resultado lesivo a través de la realización de la acción óptima de salvación. Sólo cuando el agente se esfuerce por anular por completo el riesgo generado por su acción anterior podrá considerarse su desistimiento como una expresión de respeto hacia la pretensión de validez del bien jurídico.”*⁶⁴⁷

La autora Laura Pozuelo manifiesta que el desistimiento debe ser eficaz e imputable al autor de la tentativa; además modifica el hecho de la tentativa y por ello el comportamiento llevado a cabo deja de ser punible; e implica el cumplimiento de un deber que nace previo a la tentativa del delito.

Margarita Escamilla por su parte plantea que la impunidad del desistimiento viene dada por dos principios; a saber: el derecho penal como última ratio y el principio de

⁶⁴⁷ Reaño Peschiera, José Leandro (2005). “Sobre los Fundamentos de la Exención de Pena por “Desistimiento Voluntario” de la Tentativa”. Los Desafíos del Derecho Penal en el Siglo XXI: Libro Homenaje al Profesor Dr. Günther Jakobs. p. 341-381. Lima, Perú. ARA Editores. p.p. 357-358.

intervención mínima del derecho penal. Al respecto ha señalado: *“La idea de la justicia conmutativa no implica la necesidad de castigar penalmente todo lo que pueda parecer disvalioso, al igual que no por el simple hecho de que la incriminación de un comportamiento pueda ser útil desde un punto de vista preventivo, éste necesariamente ha de incriminarse. A mi juicio la impunidad y no la atenuación en estos casos puede resultar coherente con los principios de última ratio y de intervención mínima que han de inspirar el ejercicio del ius puniendi, así como en el valor que nuestro Código Penal concede a la efectiva producción del resultado.”*⁶⁴⁸

TÍTULO VI. TEORÍAS SOBRE LA UBICACIÓN DEL DESISTIMIENTO DENTRO DE LA TEORÍA DEL DELITO.

Las teorías antes analizadas y referidas al fundamento de la impunidad en el desistimiento, tienen una influencia directa en la ubicación que se le otorgue al mismo dentro de la teoría del delito; ejemplo de ello se muestra en la siguiente cita: *“(…) las variantes tradicionales de las teorías jurídicas tienden a comprender el desistimiento como un elemento negativo del tipo de la tentativa. Bajo la teoría del puente de oro, en cambio, el desistimiento es entendido, mayoritariamente, como una causa personal de exclusión (o anulación) de la pena, o sea, como una excusa legal absolutoria. Las teorías de la insignificancia o del resarcimiento de la culpabilidad, por su parte, han de entender que el desistimiento opera en el ámbito de la culpabilidad como categoría sistemática. Y*

⁶⁴⁸ Martínez Escamilla, Margarita (1997). “Dos Cuestiones Básicas del Desistimiento en Derecho Penal”. Política Criminal y Nuevo Derecho Penal: Libro Homenaje a Claus Roxin. 1ª Edición. p 331-340. Barcelona, España. Editorial: José Maria Bosch Editor. p 339.

*por último, la teoría del fin de la pena, al menos en la formulación de Roxin, conduce a concebir el desistimiento como una causa de exclusión de la responsabilidad.*⁶⁴⁹

Las teorías de ubicación sistemática del desistimiento son sumamente importantes pues dependiendo del enfoque que se le dé, así va a ser la consecuencia jurídica para el autor del delito o los autores o partícipes del mismo. Se pueden clasificar de la siguiente manera⁶⁵⁰:

- a) LA QUE UBICAN EL DESISTIMIENTO COMO UNA CAUSA DE EXCLUSIÓN DE LA TIPICIDAD O COMO UN ELEMENTO NEGATIVO DEL TIPO (Defendida por Reinhard v. Hippel):

Esta teoría considera que el desistimiento debe considerarse una causa de exclusión de la tipicidad o como elemento negativo del tipo, y por ello es improcedente que se piense como causa de exclusión de la pena pues, la penalidad es un aspecto que se valora una vez que se ha producido el hecho. Esta postura puede ser analizada desde el punto de vista gramatical, según el cual la definición del desistimiento se incluye dentro de la redacción que brinda el código penal sustantivo sobre la tentativa; desde el aspecto ontológico, pues el individuo tiene la posibilidad de dirigir el curso causal antes de que su

⁶⁴⁹ Mañalich Raffo, Juan Pablo (2004). "La Tentativa y el Desistimiento en el Derecho Penal. Algunas Consideraciones Conceptuales". Revista de Estudios de la Justicia. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. (Nº 4) en: http://www.derecho.uchile.cl/cej/recej/recej4/archivos/tentativa%20y%20desistimiento%20_JPM_corregido%20_16_.pdf. (Consulta: 20 de marzo, 2009).

⁶⁵⁰ Pozuelo Pérez, Laura (2003). El Desistimiento en la Tentativa y la Conducta Postdelictiva. 1ª Edición. Valencia, España. Editorial Tirant to Blanch. p.p. 217-231.

actividad se convierta en acción⁶⁵¹. De acuerdo a esta teoría si se presenta el desistimiento se excluye la tentativa⁶⁵²; ejemplo de ello es la cita que se muestra de seguido: *“(...) el desistimiento representa un tercer límite del concepto de tentativa; es decir, que esta se configuraría con el principio de ejecución, con la no realización de todos los actos necesarios y con la ausencia de desistimiento voluntario. Es decir, que al formar parte el desistimiento de la propia definición de tentativa, si aquél se produce, desaparece la tipicidad de ésta.”*⁶⁵³

Por ejemplo, si se toma como base el numeral 24 del “Código Penal”, se puede concluir que la tentativa se configura cuando existiendo actos directamente encaminados a la consumación, estos no se presentan por causas ajenas a la voluntad del agente, de forma tal que en caso de presentarse un desistimiento voluntario –en la tentativa inacabada- o bien la figura del arrepentimiento activo – en la tentativa acabada- se llega a la conclusión de que no hay tentativa, pues el hecho no se genera por causas dependientes a la voluntad del agente y por ello propias al mismo.

Tomando en consideración lo anterior se ha afirmado lo que reza a continuación: *“(...)la tentativa es la puesta en peligro concreto de bienes jurídicos, el desistimiento voluntario, que hace desaparecer esa puesta en peligro del bien jurídico*

⁶⁵¹ Muñoz Conde, Francisco (1972). El Desistimiento Voluntario de Consumar el Delito. 1ª Edición. Barcelona, España. Editorial Bosch. p.p. 44-48.

⁶⁵² Cury Urzúa, Enrique (1977). Tentativa y Delito Frustrado: (El Proceso Ejecutivo del Delito). 1ª Edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. p.p. 116-117.

⁶⁵³ Gil Lavedra, Ricardo Rodolfo (1977). “El Desistimiento Voluntario de la Tentativa”. Doctrina Penal: Teoría y Práctica en las Ciencias Penales. Año 1 (Nº 0) p 177-230. Jul- Dic. Buenos Aires, Argentina. p 179.

tutelado, es un elemento negativo del tipo penal de la tentativa, vista la acción típica de la tentativa ex post y según el punto de vista del Juez que pronuncia la sentencia.”⁶⁵⁴

Zaffaroni manifiesta que en virtud de la dialéctica del iter criminis, el desistimiento anula la tipicidad previa; y ello lo defiende, aún y cuando es consciente de las críticas que se han desarrollado frente a esa posición; la siguiente cita es prueba irrefutable de ello: *“Se objeta que el desistimiento no puede borrar una tipicidad que ya existía. Esta objeción se debe a que no se percibe que el acto de desistimiento voluntario es una modificación del hecho, pues la revocación cancela el peligro de lesión que ocurre porque el plan en una etapa posterior sufre una evolución dialéctica extrema: el autor decide anular voluntariamente una tipicidad iniciada. El pensamiento que objeta la atipicidad parte de la equiparación del dolo del delito consumado con el del delito tentado, no observando que es un dolo que se interrumpe por sí mismo. En la dialéctica del iter criminis siempre la etapa posterior cancela a la anterior, y cuando lo posterior es un desistimiento, la cancelación se traduce en atipicidad de la anterior e inexistencia de la posterior.”⁶⁵⁵*

Esta postura es criticada pues se dice que un desistimiento no puede eliminar una tipicidad ya configurada, además, se alega que tanto el desistimiento como la tentativa son figuras totalmente independientes de la fase de ejecución, por lo que no hay razón para alterar la segunda en virtud de la primera⁶⁵⁶. También se reclama que la tentativa es

⁶⁵⁴ Castillo González, Francisco (2003). Tentativa y Desistimiento Voluntario. 1ª Edición. San José, Costa Rica. Editorial Jurídica Continental. p 57.

⁶⁵⁵ Zaffaroni, Eugenio Raúl (2006). Manual de Derecho Penal: Parte General. 2ª Edición. Buenos Aires, Argentina. Editorial Ediar. p 659.

⁶⁵⁶ Gil Lavedra, Ricardo Rodolfo (1977). “El Desistimiento Voluntario de la Tentativa”. Doctrina Penal: Teoría y Práctica en las Ciencias Penales. Año 1 (Nº 0) p 177-230. Jul- Dic. Buenos Aires, Argentina. p 181.

típica desde el momento en que se inicia la comisión del hecho, por lo cual si posteriormente la ejecución cesa no se puede borrar lo ya efectuado⁶⁵⁷. Del mismo modo los detractores de la teoría objetan que aceptar que el desistimiento excluye la tipicidad beneficiaría a los partícipes del hecho aunque los mismos no hayan desistido pues al ser la participación una figura accesoria si el delito no existe, tampoco podría imputarse delito alguno a los partícipes. El jurista nacional Javier Llobet manifiesta lo anterior al expresar: *“Si se dijese que el desistimiento voluntario produce la atipicidad de la conducta, entonces los partícipes se beneficiarían del desistimiento del autor, ya que al no ser típica la acción de éste no podrían responder penalmente, de acuerdo con la accesoriedad limitada”*⁶⁵⁸ Además se objeta que con un efecto como este se motivaría al delincuente a dar comienzo a su actuación pues tiene la oportunidad de salvarse a tiempo.

b) LA QUE CONSIDERA EL DESISTIMIENTO COMO UNA CAUSA DE EXCLUSIÓN DE LA ANTIJURIDICIDAD (Defendida por Binding):

Esta posición parte de la idea de que con el desistimiento se reduce e inclusive se elimina el injusto, por tanto si el delito es la acción típica, antijurídica y culpable, el segundo supuesto no sería comprobado y por ello no podría configurarse el delito. Esto es así pues se considera que la acción se presenta como una unidad, por lo que con la configuración del desistimiento voluntario la actuación del sujeto concebida en su

⁶⁵⁷ Hassel, Guillermo en www.monografias.com (Consulta: 21 de febrero, 2009).

⁶⁵⁸ Llobet Rodríguez, Javier (1989). “El Desistimiento Voluntario”. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Año 1 (Nº 1) p 49-56. Dic. San José, Costa Rica. p 50.

totalidad deja de ser antijurídica⁶⁵⁹. Sin embargo, sus críticos alegan que no puede concebirse posible la eliminación del injusto de la tentativa; pues lo contrario sería concebir el desistimiento como una causa de justificación retroactiva. Aunado al hecho de que de concebirse como unitaria la acción desplegada por el sujeto habría que afirmar la impunidad tanto en el desistimiento voluntario como en el involuntario, pues en ambos supuestos se eliminan las condiciones que llevarían a la producción del resultado y es claro que la antijuridicidad no constituye un juicio condicionado⁶⁶⁰. Otra de las objeciones a esta teoría es desarrollada por Muñoz Conde para quien se convierte un delito de acción en uno de omisión y viceversa, pues siguiendo el razonamiento de esta postura en la tentativa acabada o delito frustrado lo que se castiga es la omisión de evitar el resultado y en la tentativa inacabada se sanciona la inactividad omitida por el autor⁶⁶¹.

c) LA QUE ESTABLECE EL DESISTIMIENTO COMO UNA CAUSA DE EXCLUSIÓN DE LA CULPABILIDAD (en abstracto) O CAUSA DE EXCULPACIÓN (en concreto)

Esta tesis postula que con el desistimiento el fin de prevención (general y especial) sería alcanzado sin necesidad de intervención del aparato sancionatorio del Estado, lo cual fundamenta la impunidad de la tentativa desistida o abandonada⁶⁶². Uno de los defensores de esta postura es Sauer; para quien el desistimiento anula la culpabilidad

⁶⁵⁹ Muñoz Conde, Francisco (1972). El Desistimiento Voluntario de Consumar el Delito. 1ª Edición. Barcelona, España. Editorial Bosch. p 53.

⁶⁶⁰ *Ibidem*, p.p. 53-56.

⁶⁶¹ *Ibidem*, p 55.

⁶⁶² Zaffaroni, Eugenio Raúl (2006). Manual de Derecho Penal: Parte General. 2ª Edición. Buenos Aires, Argentina. Editorial Ediar. p 659.

pues el sujeto domina la decisión criminal de la voluntad⁶⁶³. Dentro de las críticas que se efectúan a esta tesis se puede mencionar que el desistimiento no elimina la culpabilidad, sino que la conducta inicialmente culpable queda exculpada al sobrevenir un desistimiento, pues al dar comienzo a la ejecución ya el reproche se encuentra fundado⁶⁶⁴. Asimismo se objeta que no se establece claramente cuál es la relación entre la tentativa y el desistimiento para que este pueda modificar el juicio de reproche del conato. Por su parte para Muñoz Conde el juicio de culpabilidad es un juicio de reproche que ya se encuentra presente al momento de dar comienzo a la ejecución del delito; razón por la cual, el desistimiento voluntario vendría a disminuir ese reproche mas no lo excluye; lo anterior se manifiesta en las siguientes líneas: *“Los intentos realizados hasta ahora de incluir el desistimiento en el ámbito de la culpabilidad, no están de acuerdo con el principio de la culpabilidad por el hecho individual. La culpabilidad es un juicio de valor, un reproche, que se refiere en las formas imperfectas de ejecución al momento en que comienza la ejecución del delito. En este momento deben estar presentes todos los elementos que fundamentan este reproche. Las circunstancias posteriores únicamente pueden atenuar o agravar el grado de reprochabilidad del hecho pero no fundamentar o excluir el reproche mismo.”*⁶⁶⁵

⁶⁶³ Gil Lavedra, Ricardo Rodolfo (1977). “El Desistimiento Voluntario de la Tentativa”. Doctrina Penal: Teoría y Práctica en las Ciencias Penales. Año 1 (Nº 0) p 177-230. Jul- Dic. Buenos Aires, Argentina. p 182.

⁶⁶⁴ Ibidem, p 183.

⁶⁶⁵ Muñoz Conde, Francisco (1972). El Desistimiento Voluntario de Consumar el Delito. 1ª Edición. Barcelona, España. Editorial Bosch. p 59.

d) LA QUE OPTA POR UBICAR EL DESISTIMIENTO COMO UNA CAUSA PERSONAL DE EXCLUSIÓN O LEVANTAMIENTO DE LA PENA O COMO ASPECTO DE MEDICIÓN DE LA PENA

El desistimiento puede considerarse desde dos puntos de vista:

- a. Como causa personal de exclusión o levantamiento de pena (entre otros defendida por Maggiore⁶⁶⁶ y también llamadas excusas legales absolutorias): A modo de aclaración cabe destacar que la exclusión se diferencia del levantamiento, pues la primera se presenta durante la ejecución del hecho – como la inmunidad-, mientras que la segunda se produce con posterioridad al hecho – como la amnistía o el indulto, eliminando una punibilidad que ya existe. El desistimiento en sus dos modalidades –desistimiento propiamente dicho y arrepentimiento activo-, se presenta como una causa personal de exclusión de la pena de forma tal que la conducta sigue siendo típica, antijurídica y culpable; no obstante, lo que se excluye es la punibilidad, pero sigue siendo delito⁶⁶⁷. Por ello la frase que se muestra a continuación afirma: *“El desistimiento voluntario no puede hacer desaparecer la antijuridicidad y la culpabilidad de la acción ya realizada. Por ello, es simplemente una causa personal*

⁶⁶⁶ Ezaine Chaves, Amado (1986). Iter criminis: Actos preparatorios, Tentativa, Frustración, Consumación. San José, Costa Rica. p 65.

⁶⁶⁷ Muñoz Rubio, Campo Elias (1974-1975). “Las Formas de Aparición del Delito”. Cuadernos Panameños de Criminología. Vol. 1. (Nº 3 y 4): p 13-47. Nov. Panamá. p 33. En el mismo sentido consúltese: Muñoz Conde, Francisco (1991). Teoría General del Delito. 2ª Edición. Valencia, España. Editorial Tirant lo Blanch. p.p. 156-157. Véase además: Fernández Moreno, R. y Madrigal Madrigal, J. (1995). El Desistimiento Voluntario de Consumar el Delito: Su Regulación en el Ordenamiento Jurídico Costarricense. Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica. p 87.

*de exclusión de la pena.*⁶⁶⁸ De esta manera las reglas de aplicación del desistimiento deben ser valoradas una vez que se concluya el análisis de la culpabilidad.⁶⁶⁹ Por ello en doctrina se citan como características de las excusas legales absolutorias el hecho de que se encuentran expresamente reguladas y por ello constituyen *numerus clausus*, además son estrictamente personales de forma tal que no se comunica a los demás partícipes del hecho, implican la supresión de la sanción, dejan intacto el delito y obedecen a razones político criminales, puesto que desde el punto de vista utilitario no sería procedente la imposición de una pena⁶⁷⁰.

Se dice en esta postura que el efecto del desistimiento no consiste en otorgar la caducidad de una pena merecida; sino que el acto desplegado por el sujeto nunca se hizo merecedor de la misma en virtud de la decisión voluntaria de no continuar con el ilícito.⁶⁷¹

Marcelo Sancinetti es partidario de esta postura, pues el desistimiento no hace desaparecer la infracción que ya se ejecutó, sino que cae la utilidad de la sanción penal.

⁶⁶⁸ Castillo González, Francisco (2003). Tentativa y Desistimiento Voluntario. 1ª Edición. San José, Costa Rica. Editorial Jurídica Continental. p 57.

⁶⁶⁹ *Ibidem*, p 139.

⁶⁷⁰ Fernández Moreno, R. y Madrigal Madrigal, J. (1995). El Desistimiento Voluntario de Consumar el Delito: Su Regulación en el Ordenamiento Jurídico Costarricense. Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica. p.p. 88-89.

⁶⁷¹ Gil Lavedra, Ricardo Rodolfo (1977). "El Desistimiento Voluntario de la Tentativa". Doctrina Penal: Teoría y Práctica en las Ciencias Penales. Año 1 (Nº 0) p 177-230. Jul- Dic. Buenos Aires, Argentina. p 184.

Al ser una causa personal de exclusión de la pena, el desistimiento del autor no beneficia a los partícipes, o el desistimiento de uno de los partícipes no se hace extensivo al autor y a los otros partícipes. Así lo reconoce Javier Llobet en el siguiente párrafo: *“(...) si fuera una causa personal de exclusión de la penalidad, el desistimiento del autor no beneficiaría a los partícipes, siguiendo la teoría de la accesoriidad limitada hoy dominante. Lo anterior de acuerdo con la regla de la no comunicabilidad de las circunstancias personales que excluyen la penalidad, establecida en el art. 49 del Código Penal”*⁶⁷²

Este aspecto ha sido fuertemente criticado por Zaffaroni pues los restantes serían penados por su aporte a un curso causal que en realidad no fue peligroso, pues el mismo fue cancelado con el desistimiento operado⁶⁷³. Asimismo se ha objetado que a pesar de que pone en claro el nivel en que debe ser ubicado dentro de la teoría del delito, deja de lado un cúmulo de interrogantes que se plantean en relación con el tema⁶⁷⁴. Se ha refutado además que no se puede asimilar la inmunidad, el indulto o la amnistía con el desistimiento pues su naturaleza es totalmente diversa. Asimismo se ha dicho que no se configura una excusa legal absolutoria, sino más bien constituye una circunstancia que sobreviene por voluntad del autor y hace decaer la pretensión punitiva del Estado⁶⁷⁵.

⁶⁷² Llobet Rodríguez, Javier (1989). “El Desistimiento Voluntario”. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Año 1 (Nº 1) p 49-56. Dic. San José, Costa Rica. p 50.

⁶⁷³ Zaffaroni, Eugenio Raúl (2006). Manual de Derecho Penal: Parte General. 2ª Edición. Buenos Aires, Argentina. Editorial Ediar. p.p. 659-660.

⁶⁷⁴ Gil Lavedra, Ricardo Rodolfo (1977). “El Desistimiento Voluntario de la Tentativa”. Doctrina Penal: Teoría y Práctica en las Ciencias Penales. Año 1 (Nº 0) p 177-230. Jul- Dic. Buenos Aires, Argentina. p 185.

⁶⁷⁵ Hassel, Guillermo en www.monografias.com (Consulta: 21 de febrero, 2009).

- b. Como un aspecto de medición de la pena, dentro de cuya tendencia la imposición de la misma no dependería de la necesidad o no de la sanción sino de razones preventivas.

e) OTRAS CONCEPCIONES

Jäger establece que el desistimiento es un tipo autónomo de impunidad, ubicado en la estructura de imputación y por ello es independiente del injusto y la culpabilidad. Sin embargo, sus críticos alegan que con ese razonamiento no se soluciona la ubicación que debe tener el mismo dentro de la teoría del delito.

Valga destacar –a modo de conclusión- que algunos consideran que es sumamente difícil –por no decir imposible- ubicar el desistimiento y su consecuencia jurídica dentro de la teoría del delito, y lo que interesa es tener claro que la impunidad que se concede al agente obedece a razones de política criminal⁶⁷⁶.

⁶⁷⁶ Fernández Moreno, R. y Madrigal Madrigal, J. (1995). El Desistimiento Voluntario de Consumar el Delito: Su Regulación en el Ordenamiento Jurídico Costarricense. Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica. p 102.

TÍTULO VII. EL DESISTIMIENTO EN CASOS DE PARTICIPACIÓN CRIMINAL Y CONCURSO DE DELITOS

a) PARTICIPACIÓN CRIMINAL

El tema de la participación ha sido de los más controvertidos en materia de desistimiento y precisamente éste ha sido el que ha dejado de lado teorías que tratan de explicar la figura del desistimiento; pues si se considera que el desistimiento genera la atipicidad, la falta de antijuridicidad o la ausencia de culpabilidad llevaría a la conclusión lógica de ausencia del delito y si ello es así, llevará también a la impunidad de los partícipes, lo que podría provocar injusticias y efectos no deseados desde el punto de vista de la política criminal.

La accesoriidad se puede concebir desde el punto de vista externo o interno; desde la primera concepción se hace énfasis en que para que la acción de un partícipe sea relevante jurídicamente se requiere el comienzo de la ejecución del hecho principal; y desde el aspecto interno hace referencia a que el injusto del partícipe deriva del injusto del autor principal.⁶⁷⁷

⁶⁷⁷ Sancinetti, Marcelo A. (2005). "Ilícito Penal sin Desvalor de Resultado". Los Desafíos del Derecho Penal en el Siglo XXI: Libro Homenaje al Profesor Dr. Günther Jakobs. p. 269-292. Lima, Perú. ARA Editores. p 285.

Es importante determinar en qué momento surge la responsabilidad penal de los partícipes de un delito, y ello se presenta: “(...) cuando el autor principal realiza la acción de tentativa.”⁶⁷⁸

Se pueden identificar tres momentos en los cuales va a surgir efectos diversos del desistimiento de los partícipes (cómplices e instigadores); a saber en caso de que el mismo se presente en los actos preparatorios del delito, en los actos de tentativa o posterior a la consumación del ilícito.

El desistimiento que se configura en los actos preparatorios del delito, produce que la conducta de los partícipes quede impune; pues la relevancia jurídica surgiría al momento de iniciarse los actos de ejecución del delito. Francisco Castillo plantea diversas hipótesis sobre este punto; a saber: “En el caso de que el delito sea consumado, no hay punibilidad de los partícipes que acordaron su participación con el autor en los actos preparatorios, si su contribución al hecho punible ya no es causal para la consumación o si tal contribución, por determinadas razones no se le puede imputar o si falta identidad entre el hecho acordado y el hecho tentado o consumado, a menos que el delito distinto haya sido previsto por el partícipe o aceptado por él como consecuencia probable de la acción emprendida.”⁶⁷⁹

Si ya el delito se encuentra en estado de tentativa, el desistimiento del partícipe no beneficia al autor y viceversa –esto si se tiene en consideración el desistimiento como una

⁶⁷⁸ Castillo González, Francisco (2003). Tentativa y Desistimiento Voluntario. 1ª Edición. San José, Costa Rica. Editorial Jurídica Continental. p 160.

⁶⁷⁹ *Ibid.*

causa personal de exclusión de no punibilidad⁶⁸⁰, pues el principio de que lo accesorio sigue a lo principal debe ser desaplicado⁶⁸¹.

Siguiendo a Laura Pozuelo se distinguen tres tipos de situaciones⁶⁸²

- Que se presenten varios coautores y solo uno desista
- Que concurra autor y partícipe y desista el autor
- Que se presente autor y partícipe y desista el partícipe

La situación se puede resolver recurriendo a la teoría de la “accesoriedad limitada”, de acuerdo con la cual, si bien es cierto la participación es una figura accesorio, ello no lo es totalmente, por lo cual aún y cuando el autor desista, la impunidad que ello genera no se extiende al partícipe. Ello es así pues: *“(...) es un principio básico del Derecho penal que nadie puede ser hecho responsable por el injusto de otro, ello significa que el partícipe, al igual que el autor, realiza su propio injusto, pues no cabe entender que el injusto del partícipe solo comience a existir desde el momento en el que se manifiesta el injusto del autor principal (...) para la punición del partícipe no hará falta que el autor realice un hecho típico y antijurídico, sino que bastará con que de comienzo a los actos ejecutivos”⁶⁸³.*

⁶⁸⁰ Castillo González, Francisco (2003). Tentativa y Desistimiento Voluntario. 1ª Edición. San José, Costa Rica. Editorial Jurídica Continental. p 163.

⁶⁸¹ Pavón Vasconcelos, Francisco (1982). Breve Ensayo sobre la Tentativa. 3ª Edición. México. Editorial Porrúa, S.A. p 124.

⁶⁸² Pozuelo Pérez, Laura (2003). El Desistimiento en la Tentativa y la Conducta Postdelictiva. 1ª Edición. Valencia, España. Editorial Tirant to Blanch. p.p. 270-281.

⁶⁸³ *Ibidem*, p 279.

Así ha sido considerado por Pavón Vasconcelos al establecer que: “(...) *el desistimiento del autor principal no beneficia sino a él en lo personal y no a quienes hayan verificado actos de cualquier naturaleza en cooperación con el autor. Respecto a éstos, la interrupción del proceso ejecutivo y la inconsumación del resultado se han debido a causas ajenas a su voluntad. Si el principio de la accesoriedad fuese admitido sin limitación alguna, la inculpabilidad del autor principal, derivada de la atipicidad de su conducta, traería indudablemente el efecto de borrar la culpabilidad de las conductas convergentes y cooperantes en los actos ejecutivos realizados por aquél, posición a todas luces imposible de sostener por sus consecuencias inadmisibles.*”⁶⁸⁴

Sancinetti plantea que la conducta del partícipe debe ser punible, salvo que se reserve desde el comienzo de la ejecución una posibilidad segura de retirar su aporte al hecho o de neutralizar el riesgo que con la acción ha creado el autor principal del hecho, por ello considera que no se puede llevar a los extremos el principio de accesoriedad que rige la materia, esto por cuanto: “*Sólo una dogmática de la participación sin principio de accesoriedad, que evalúe en forma aislada lo ilícito del comportamiento de cada interviniente, puede llevar a soluciones justas*”⁶⁸⁵.

La tesis que predomina en la actualidad –que no se aplica en nuestro país- postula que para que el partícipe sea beneficiado con la impunidad del desistimiento, no

⁶⁸⁴ Pavón Vasconcelos, Francisco (1982). Breve Ensayo sobre la Tentativa. 3ª Edición. México. Editorial Porrúa, S.A. p 118.

⁶⁸⁵ Sancinetti, Marcelo A. (2005). “Ilícito Penal sin Desvalor de Resultado”. Los Desafíos del Derecho Penal en el Siglo XXI: Libro Homenaje al Profesor Dr. Günther Jakobs. p. 269-292. Lima, Perú. ARA Editores. p.p. 282-285. En el mismo sentido véase: Salas Beteta, Christian (2007). “El Iter Criminis y los Sujetos Activos del Delito”. Revista Internauta de Práctica Jurídica. (Nº 19). Ene-Jun. Lima, Perú. En: http://www.ripj.com/art_jcos/art_jcos/num19/RIPJ_19/EX/19-11.pdf (Consulta: 22 de febrero, 2009).

solamente requiere retirar su contribución del hecho sino también realizar una acción tendiente a impedir el resultado dañoso. A tal argumento se han dado dos justificaciones, en primer lugar que *“(..) quien ha dado una contribución causal al delito, no puede resultar impune con una simple manifestación de que desistió del delito (retiro de la contribución), mientras los demás partícipes o el autor continúan con la consumación”*⁶⁸⁶ y en segundo lugar se dice con respecto a los partícipes: *“Esta peligrosidad objetiva del hecho no desaparece, únicamente por la circunstancia de que uno de los partícipes retire su contribución.”*⁶⁸⁷ Esta teoría no está exenta de críticas pues se dice que si la responsabilidad penal es personalísima, con solo retirar la contribución sería suficiente para verse beneficiado por el desistimiento. Entre los críticos se puede mencionar a Jescheck que considera que con ello se genera la obligación de responder por un hecho ajeno⁶⁸⁸.

Siguiendo la misma línea, Enrique Cury plantea que únicamente es necesario retirar la contribución o abstenerse de la misma -en caso de que no se haya producido aún el aporte correspondiente-, es por lo anterior que manifiesta: *“Cuando en la ejecución del hecho intervienen varias personas, aquella de entre ellas que desiste debe retirar su contribución a la tarea común en caso de que la haya ya realizado. En cambio, si el partícipe aún no ha contribuido con su parte a la ejecución, le basta con abstenerse de hacerlo (...) lo menos que puede pedírsele es que exteriorice la interrupción de su dolo de consumir, retirando el aporte ejecutado. Si más tarde, sin embargo, los otros*

⁶⁸⁶ Castillo González, Francisco (2003). Tentativa y Desistimiento Voluntario. 1ª Edición. San José, Costa Rica. Editorial Jurídica Continental. p 164.

⁶⁸⁷ *Ibidem*, p 167.

⁶⁸⁸ *Ibidem*, p 168.

concurrentes perfeccionan el delito a pesar de todo, eso ya no puede afectar al desistente (...) El concurrente que retira su aporte demuestra estar dispuesto a respetarlos. No se divisa motivo alguno para imponerle, además, la obligación de obtener que otros se plieguen a su decisión; mucho menos la de constituirse en custodio de la incolumidad del bien jurídico, pues algo así no se reclama de los ciudadanos ordinarios.”⁶⁸⁹

Javier Llobet expresa que la tesis válida es considerar el esfuerzo que realice el partícipe, pues, exigir la ausencia de la consumación resulta excesivo y contrario a la responsabilidad penal personal, por ello establece dos supuestos en los cuales el partícipe se debe beneficiar de la impunidad producto del desistimiento; a saber: “(...) a) cuando *(haciendo inofensiva su contribución al hecho o de otro modo) impide espontáneamente la consumación del hecho en cuya tentativa había participado, o b) cuando se empeña espontánea y seriamente en impedir la consumación, si el hecho, no se consume sin su intervención o se comete independientemente de su anterior contribución.*”⁶⁹⁰

En supuestos de autoría mediata si el autor mediato desiste de consumir el delito, la figura del desistimiento beneficiará tanto a éste como al instrumento⁶⁹¹, precisamente porque éste se comporta como una fuerza mecánica, totalmente manipulable.

⁶⁸⁹ Cury Urzúa, Enrique (1977). Tentativa y Delito Frustrado: (El Proceso Ejecutivo del Delito). 1ª Edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. p.p. 119-121.

⁶⁹⁰ Llobet Rodríguez, Javier (1989). “El Desistimiento Voluntario”. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Año 1 (Nº 1) p 49-56. Dic. San José, Costa Rica. p 53.

⁶⁹¹ Castillo González, Francisco (2003). Tentativa y Desistimiento Voluntario. 1ª Edición. San José, Costa Rica. Editorial Jurídica Continental. p 164. En el mismo sentido: Fernández Moreno, R. y Madrigal Madrigal, J. (1995). El Desistimiento Voluntario de Consumar el Delito: Su Regulación en el Ordenamiento Jurídico Costarricense. Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica. p 211.

Situaciones en que se presente la figura de la instigación, deben valorarse pues, el instigador al realizar su aporte, pierde el dominio del curso causal, porque la realización del hecho delictivo será totalmente discrecional del autor del hecho; por lo tanto para beneficiarse de la impunidad del desistimiento es necesario: *“(...) un comportamiento activo que le permita bien interrumpir el proceso delictivo del autor en la tentativa inacabada o evitar eficazmente la verificación de la consumación de la actividad criminal por él provocada.”*⁶⁹²

En el caso del cómplice lo que se requiere es que retire su contribución al autor o co-autores, salvo que su aporte haya sido dado en su totalidad en cuyo caso se aplica la misma exigencia descrita anteriormente para el instigador. Y en el supuesto de que existan varios autores del hecho se requiere que el que decide desistir anule el efecto de su aporte o impida la consumación del hecho⁶⁹³. Sin embargo, se debe tomar en consideración que si el otro co-autor o los demás co-autores obtienen el resultado de un modo distinto al establecido en el plan no se debe negar la impunidad del desistimiento, tal y como se expone de seguido: *“(...) si el delito se consumase de forma distinta de la planeada, debe entenderse que el desistimiento es igualmente relevante porque habrá*

⁶⁹²Fernández Moreno, R. y Madrigal Madrigal, J. (1995). El Desistimiento Voluntario de Consumar el Delito: Su Regulación en el Ordenamiento Jurídico Costarricense. Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica. p 210. En el mismo sentido: Zaffaroni, Eugenio Raúl (2006). Manual de Derecho Penal: Parte General. 2ª Edición. Buenos Aires, Argentina. Editorial Ediar. p 665.

⁶⁹³ Fernández Moreno, R. y Madrigal Madrigal, J. (1995). El Desistimiento Voluntario de Consumar el Delito: Su Regulación en el Ordenamiento Jurídico Costarricense. Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica. p 210.

*hecho fracasar el emprendido conforme a cuyo plan concreto tenía el dominio del hecho.*⁶⁹⁴

Ahora en relación con el desistimiento que sucede con posterioridad a la consumación del delito, solo produce efectos jurídicos en casos determinados en la ley, en nuestro ordenamiento jurídico podemos destacar el caso de los atentados políticos, en los cuales se exime de castigo a los seguidores y funciona como atenuante en caso de los promotores; el supuesto del secuestro extorsivo cuando se libera al rehén dentro de los tres días siguientes sin consecuencias gravosas y sin lograr el objetivo propuesto genera una disminución de los extremos de la pena a imponer; y el falso testimonio que en caso de retractarse antes del dictado de la sentencia podría conducir al otorgamiento del perdón judicial del delito cometido, entre otros⁶⁹⁵.

b) CONCURSO DE DELITOS

Se han elaborado discusiones en torno al tema del desistimiento operado cuando hay concurso de delitos, pues para unos si existe concurso aparente, la impunidad del delito desistido beneficia al consumado, mientras que para otros esa posibilidad deviene improcedente. Enrique Cury establece al respecto: *“Algunos autores sostienen que procede la impunidad del delito consumado cuando éste se encontraba en relación de*

⁶⁹⁴ Zaffaroni, Eugenio Raúl (2006). Manual de Derecho Penal: Parte General. 2ª Edición. Buenos Aires, Argentina. Editorial Ediar. p 666.

⁶⁹⁵ Castillo González, Francisco (2003). Tentativa y Desistimiento Voluntario. 1ª Edición. San José, Costa Rica. Editorial Jurídica Continental. p.p. 168-169.

*concurso aparente con el desistido. Esta solución que, en principio, resulta atractiva, no tiene fundamento.*⁶⁹⁶ Ello por cuanto en el concurso aparente existe una relación de subsidiariedad de la pena menor a la mayor, por lo que la mayor obstaculiza la imposición de la menor, sin embargo, al desistirse del delito que tiene la pena mayor, el impedimento para imponer la pena menor desaparece y opera en toda su plenitud⁶⁹⁷.

Esto tiene relación con lo desarrollado en el capítulo anterior sobre la tentativa calificada, pues los efectos del desistimiento no se extienden a aquellos ilícitos que se tengan por consumados, es por ello que: *“(...) todo delito consumado, aun cuando tenga una estrecha relación concursal con el delito principal del cual se ha desistido, debe ser punible y sancionado.”*⁶⁹⁸

La presente investigación aborda el tema del delito de violación y el delito de abuso sexual –otrora abuso deshonesto- y es sabido que entre ambos delitos se presenta un concurso ideal, de forma tal que de consumarse el delito de violación, la penalidad correspondiente a ese ilícito absorbe la del delito de abuso sexual; sin embargo, en el caso de que el agente decida no continuar con la ejecución del delito de violación, pero haya llevado a cabo actos propios del delito de abuso sexual, lo procedente conforme a derecho es aplicar la sanción correspondiente a este último, pues al concederse la impunidad al delito principal, el principio de absorción que impedía la imposición de la penalidad

⁶⁹⁶ Cury Urzúa, Enrique (1977). Tentativa y Delito Frustrado: (El Proceso Ejecutivo del Delito). 1ª Edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. p 135.

⁶⁹⁷ Fernández Moreno, R. y Madrigal Madrigal, J. (1995). El Desistimiento Voluntario de Consumar el Delito: Su Regulación en el Ordenamiento Jurídico Costarricense. Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica. p 205.

⁶⁹⁸ *Ibidem*, p 204.

menor –por el abuso sexual- desaparece y en consecuencia el delito menor adquiere individualidad y como tal debe ser sancionado. Así se considera en el siguiente párrafo: *“En el concurso ideal, el principio de absorción mediante el cual la penalidad mayor absorbe la menor (por ejemplo, la pena de la estafa absorbe la pena del delito de uso de documento falso), desaparece con la impunidad del delito principal por el Desistimiento voluntario del agente. Al desaparecer de esa forma el principio de absorción, la pena menor adquiere su propia independencia.”*⁶⁹⁹

TÍTULO VIII. EL DESISTIMIENTO EN LOS DIVERSOS TIPOS DE DELITOS

Es importante señalar algunas de las particularidades que se presentan con el desistimiento en los diversos tipos de ilícitos, pues su naturaleza determina su aplicación. A continuación un análisis de algunos de ellos⁷⁰⁰:

a) DELITOS DE MERA ACTIVIDAD

Estos no requieren la producción del resultado para tenerse por consumados, el desistimiento debe generarse al inicio de la ejecución, por ejemplo, en el caso de

⁶⁹⁹ Fernández Moreno, R. y Madrigal Madrigal, J. (1995). El Desistimiento Voluntario de Consumar el Delito: Su Regulación en el Ordenamiento Jurídico Costarricense. Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica. p.p. 204-205.

⁷⁰⁰ Pozuelo Pérez, Laura (2003). El Desistimiento en la Tentativa y la Conducta Postdelictiva. 1ª Edición. Valencia, España. Editorial Tirant to Blanch. p.p. 292-317.

allanamiento de morada se podrían considerar como un desistimiento voluntario cuando el sujeto ha comenzado a forzar la cerradura y desiste.

b) DELITOS DE OMISIÓN PROPIA

Como la consumación del mismo opera en el momento en que el agente deja pasar la última oportunidad de efectuar el comportamiento exigido, el desistimiento debe generarse antes de que llegue ese instante.

c) DELITOS DE CONSUMACIÓN ANTICIPADA

Son delitos tales como la falsificación de moneda para su introducción en el tráfico comercial, de forma tal que si en determinado momento cesa la finalidad de introducción, no se perfecciona el elemento subjetivo y con ello lo procedente es declarar la configuración de un desistimiento.

d) DELITOS DE PELIGRO

Se debe establecer una diferencia entre los delitos de peligro abstracto y los delitos de peligro concreto; siendo los primeros aquellos en los cuales basta realizar una conducta peligrosa, por lo que se adelanta la barrera de punibilidad. Mientras en los segundos, el resultado exigido en el tipo es la puesta en peligro del bien jurídico. En principio en los

delitos de peligro abstracto es sumamente difícil pensar en un desistimiento pues la diferencia entre los actos preparatorios y los actos de ejecución es de difícil determinación; por otro lado, en los delitos de peligro concreto, el desistimiento puede operar si el agente despliega un comportamiento que evite la lesión.

e) DELITOS CONTINUADOS Y DELITOS DE EFECTOS PERMANENTES

No plantean dificultades en relación con el desistimiento siempre que se genere antes de la consumación.

SECCIÓN II. ¿EXISTE REGULACIÓN NORMATIVA DE LA FIGURA DEL DESISTIMIENTO?

Es curioso descubrir que en la historia independiente de nuestro país, la regulación del desistimiento ha sido un aspecto común en la legislación; y fue únicamente en los códigos penales de 1880 y en el actual que se ha mostrado un gran vacío tanto en el aspecto del desistimiento voluntario como en el caso del arrepentimiento activo. Este vacío ha causado graves problemas de interpretación que en ocasiones no hacen sino menguar la seguridad jurídica y con ello violentar los derechos de los ciudadanos, pues los jueces y en general el poder judicial ha sido creado con la finalidad de aplicar la ley; no de crearla y ello podría provocar un desbalance en el sistema de frenos y contrapesos que fundamentan una democracia como la nuestra. El jurista nacional Francisco Castillo

hace referencia a este aspecto tal y como se desprende de la siguiente frase: *“Todos nuestros Códigos Penales regularon el desistimiento voluntario y algunos también el arrepentimiento activo, con excepción del Código de 1880 y del Código Penal vigente. Sin embargo, tanto al desistimiento voluntario o al arrepentimiento activo se llega por una interpretación “a contrario” (analógica) de las disposiciones sobre la tentativa y la consumación.”*⁷⁰¹

Ejemplo de ello es que en el Código Penal de 1941 se establecía en el numeral 39 lo siguiente: *“(...) la tentativa no es punible cuando el agente de modo espontáneo desiste de la ejecución del delito o imposibilita su consumación pero se penarán los actos ya realizados que constituyan una infracción por sí mismos.”*⁷⁰²

Al consultársele al magistrado Carlos Chinchilla Sandí (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia) sobre alguna razón por la cual esta figura no se encuentre regulada, el mismo manifestó: *“Por decisión del legislador, no creo que existiera una motivación especial para no regularlo de modo expreso.”*⁷⁰³

Al no existir una norma expresa que regule el instituto del desistimiento los jueces han tenido que recurrir a la integración del sistema, para lo cual cuentan con las fuentes

⁷⁰¹ Castillo González, Francisco (2003). *Tentativa y Desistimiento Voluntario*. 1ª Edición. San José, Costa Rica. Editorial Jurídica Continental. p 21.

⁷⁰² Padilla Castro, Guillermo (1967). “La Tentativa”. *Revista de Ciencias Jurídicas*. (Nº 10) p 63-82. San José, Costa Rica. p 78.

⁷⁰³ Chinchilla Sandí, Carlos (2009). *La Tentativa y el Desistimiento en los Delitos Sexuales*. Entrevista: Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. 3 de junio.

del derecho, entre ellas los principios generales y la costumbre⁷⁰⁴. Es por ello que en el tema bajo estudio en este acápite resulta aplicable lo establecido en el artículo 5° de la “Ley Orgánica del Poder Judicial”, el cual establece lo siguiente:

“Los tribunales no podrán ejercer su ministerio sino a petición de parte, a no ser en los casos exceptuados por la ley; pero, una vez requerida legalmente su intervención, deberán actuar de oficio y con la mayor celeridad, sin que puedan retardar el procedimiento valiéndose de la inercia de las partes, salvo cuando la actividad de éstas sea legalmente indispensable.

Los tribunales no podrán excusarse de ejercer su autoridad o de fallar en los asuntos de su competencia por falta de norma que aplicar y deberán hacerlo de conformidad con las normas escritas y no escritas del ordenamiento, según la escala jerárquica de sus fuentes.

Los principios generales del Derecho y la jurisprudencia servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento escrito y tendrán el rango de la norma que interpreten, integren o delimiten. Cuando se trate de suplir la ausencia y no la insuficiencia de las disposiciones que regulen una materia, dichas fuentes tendrán rango de ley.

Los usos y costumbres tendrán carácter supletorio del Derecho escrito.” (El subrayado y la negrilla son suplidos)

De dicho texto normativo se puede colegir que en el caso del desistimiento los principios generales del derecho y la jurisprudencia van a contar con rango de ley, pues

⁷⁰⁴ Ministerio Público. (2004). Teoría del Delito: Desistimiento Voluntario, Tentativa Acabada e Inacabada, Deslinde. En: http://ministeriopublico.poder-judicial.go.cr/publicaciones/boletines_jurisp/2004/JUR11-2004.pdf (Consulta: 19 de febrero, 2009).

al no existir norma legal que le otorgue contenido, es imperativo para los jueces resolver los casos concretos integrando el ordenamiento jurídico en el caso de presentarse una laguna como la que tiene este instituto, de forma tal que no podrían aplicar el derecho vigente, por no existir regulación debiendo en consecuencia crearlo⁷⁰⁵. Así lo ha manifestado el magistrado de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia: Carlos Chinchilla Sandí al expresar: *“El desistimiento no es una figura que se haya incorporado en nuestra legislación como está en otros países como España y Alemania, sino que es una figura creada jurisprudencialmente (...) El desistimiento no fue contemplado por lo difícil de deslindarlo de la tentativa, y no es una figura que la jurisprudencia se haya dedicado a desarrollar en muchos votos; hay una zona gris en la que hay que ver si se aplica un instituto u otro. Es una figura de doctrina que se integra por medio de la jurisprudencia, sin embargo, tampoco se utiliza mucho porque los actos que empiezan a ejecutarse son tentativa, esto por cuanto, la teoría que maneja la tentativa es que cualquier acto de ejecución deja el hecho tentado.”*⁷⁰⁶

Sin embargo, no es un secreto que en ocasiones y sobretodo en temas álgidos como los delitos sexuales esta situación podría contribuir a la arbitrariedad judicial y a obtener un efecto contrario a lo propuesto por la norma, que es precisamente la integración normativa. Este vacío ha generado la emisión de sentencias contradictorias que no hacen sino menguar la seguridad jurídica, la cual es uno de los objetivos principales del derecho.

⁷⁰⁵ Castillo González, Francisco (2003). Tentativa y Desistimiento Voluntario. 1ª Edición. San José, Costa Rica. Editorial Jurídica Continental. p 127.

⁷⁰⁶ Chinchilla Sandí, Carlos (2009). La Tentativa y el Desistimiento en los Delitos Sexuales. Entrevista: Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. 3 de junio.

La existencia de una laguna en el ordenamiento jurídico per se no implica que el ordenamiento jurídico sea defectuoso o que el legislador no haya previsto la situación; pues en ciertos casos se trata de no regular ciertas figuras para no constreñir al juzgador y el mismo pueda adaptar la figura a la realidad jurídica y social en un contexto determinado: *“Es necesario entender que no todas las lagunas legales que existen son contrarias al plan del orden jurídico. A menudo el legislador conscientemente deja conceptos imprecisos que deben ser llenados, considerando los intereses en juego en la concreta situación, por el juez o la doctrina, porque considera problemático, por diferentes razones, llenar él mismo el concepto.”*⁷⁰⁷

Se ha dicho que la regulación del desistimiento proviene de una interpretación a contrario sensu del numeral 24 del “Código Penal”; es decir, con aplicación de la analogía. Ante esto podría alegarse que la analogía es improcedente en materia penal; sin embargo, en este tema lo que opera es una analogía in bonam partem -en beneficio del reo- y por ello resulta aplicable. Cuando la ausencia de consumación se deba a causas propias al agente se debe concebir la existencia de un Desistimiento Voluntario; sin embargo, ese razonamiento ha recibido varias críticas, pues causas pueden ser muchas, ejemplo de ello es la cita que se presenta a continuación: *“Causas independientes del autor, son la mayoría, pero no siempre que el autor desiste por una de esas causas, el desistimiento deviene involuntario. En las reacciones del ser humano provocadas por circunstancias nimias: supersticiones, fenómenos atmosféricos, no podría negarse el desistimiento por falta de voluntad del agente, aún cuando aquél obedezca a esas*

⁷⁰⁷ Castillo González, Francisco (2003). Tentativa y Desistimiento Voluntario. 1ª Edición. San José, Costa Rica. Editorial Jurídica Continental. p 128.

*circunstancias exógenas al arbitrio del agente. En consecuencia, no es la causa la que tiene que ser independiente, sino la voluntad del autor.*⁷⁰⁸

Asimismo se ha mencionado que con la interpretación en sentido contrario del artículo 24 antes mencionado no se puede extraer la impunidad del agente en caso de llevarse a cabo un desistimiento. Del mismo modo si se considerara que el desistimiento elimina la tentativa, habría que extender los beneficios del desistimiento a todos los partícipes del hecho, por la unidad de acción, cuando lo cierto es que el desistimiento es algo propio, que se aplica de forma personal y por ello no puede beneficiar a los demás.⁷⁰⁹

Resulta relevante destacar en este momento de la investigación una propuesta de lege ferenda para el desistimiento, establecida por el jurista nacional Francisco Castillo que marca un norte a seguir; a saber: *“No se aplicará la pena correspondiente a la tentativa a quien voluntariamente desiste del delito intentado o voluntariamente impide su consumación. Cuando el delito no se consume, sin que la acción de quien desiste no haya tenido que ver con la no consumación, éste será impune cuando voluntaria y seriamente trató de impedir la consumación. El desistimiento voluntario o el arrepentimiento activo no hacen desaparecer la responsabilidad por los actos ya realizados, que constituyan delitos por sí mismos.*⁷¹⁰

⁷⁰⁸ Fernández Moreno, R. y Madrigal Madrigal, J. (1995). El Desistimiento Voluntario de Consumar el Delito: Su Regulación en el Ordenamiento Jurídico Costarricense. Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica. p 219.

⁷⁰⁹ *Ibidem*, p.p. 221-225.

⁷¹⁰ Castillo González, Francisco (2003). Tentativa y Desistimiento Voluntario. 1ª Edición. San José, Costa Rica. Editorial Jurídica Continental. p 173.

SECCIÓN III. CONSIDERACIONES ESPECÍFICAS RESPECTO DEL DESISTIMIENTO EN LOS DELITOS SEXUALES DESDE EL PUNTO DE VISTA DOCTRINARIO

Previo al análisis de supuestos específicos de la figura del desistimiento cabe destacar que este tipo de delitos posee una connotación diversa al resto, pues desde tiempo atrás han recibido los peores castigos –tales como: el ser quemado en la hoguera, el destierro, ser enviado a las galeras, los azotes, la prisión, multa y hasta la muerte⁷¹¹-, pues envuelven la afectación a bienes jurídicos como la libre autodeterminación sexual y aspectos como el honor, el pudor y la honra de la víctima y sus familiares⁷¹². En tiempos antiguos las consideraciones sobre los delitos sexuales no eran tan satanizadas; es con el advenimiento del Cristianismo que ello se presenta, pues para esta doctrina todo contacto es impuro.⁷¹³ Dentro de los delitos sexuales es la violación la más grave y por ello las consideraciones para tener como válido un desistimiento son de difícil determinación⁷¹⁴. Así se desprende de la resolución número: 168 de las diez horas y cincuenta y cinco minutos del dieciséis de agosto de mil novecientos ochenta y ocho emitida por parte del Tribunal Superior Penal de Pérez Zeledón que de modo contundente expresa: *“La violación es el más grave de los delitos sexuales, pues no sólo es un atentado a la libertad*

⁷¹¹ Barrera Domínguez, Humberto (1995). Delitos Sexuales: Derecho Comparado, Doctrina y Jurisprudencia. 3ª Edición. Colombia. Ediciones Librería del Profesional. p 38.

⁷¹² *Ibidem*, p 31.

⁷¹³ Rodríguez Vega, Alejandro (1966). El Delito de Violación. Monografía para optar por el Título de Licenciado en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica. p.p. 12-14.

⁷¹⁴ *Ibidem*, p 19.

*sexual, sino que constituye una ofensa al pudor de la víctima, a su seguridad, a su tranquilidad e, incluso a su integridad física y moral.*⁷¹⁵

Aunado a lo anterior, tal y como se analizó en la introducción de la presente investigación; a pesar de que el ideal del derecho es que las decisiones de los Tribunales de Justicia se desarrollen en un ambiente de objetividad, lo cierto es que los medios de comunicación ejercen una influencia importante en lo que en definitiva resuelva el juez. Así fue reconocido por el propio magistrado José Manuel Arroyo Gutiérrez al manifestar: *“El ambiente está muy sensible a las decisiones técnicas en general, desde si se decreta o no una prisión preventiva, hasta lo que pudiera interpretarse como decisiones favorables a los agresores sexuales. Sin embargo, los funcionarios judiciales están para aplicar la ley y solo la ley.”*⁷¹⁶

Otros operadores jurídicos, por su parte, afirman que no es importante esa influencia en la toma de decisiones; tal es el caso del magistrado Carlos Chinchilla Sandí, quien al consultarle el punto expresó de modo enfático: *“Si bien es cierto uno está bombardeado por cuestiones mediáticas, ello no debería ser determinante para que el juez resuelva si está en presencia de un desistimiento o una tentativa. Para el análisis científico ello debe ser intrascendente porque debe resolver el asunto con base en los hechos y en el*

⁷¹⁵ Chavarría Bolaños, P.; Fonseca Sáenz, A. y Ling Jiménez, L. (2003). El Imputado en los Delitos Sexuales. ¿Un Criminal sin Sentencia? Seminario de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Ciudad Universitaria Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica. p 107.

⁷¹⁶ Arroyo Gutiérrez, José Manuel (2009). Tentativa y Desistimiento en los Delitos Sexuales. Entrevista: Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. 3 de junio.

*caso concreto. No debe estar sometido en su decisión a lo que mediáticamente se informa.*⁷¹⁷

Lo mencionado por los señores magistrados constituye el “deber ser” del buen funcionamiento de la Administración de Justicia; no obstante, lo cierto es que ello no se cumple en la generalidad de los casos, pues el entorno condiciona, y por ello cada sentencia y resolución emitida por parte de un Tribunal va permeada del contexto en el que se desarrolló; y ello tiene explicación en que el “Derecho” -en caso de que se considere como “ciencia”- constituye una “ciencia blanda” en la cual no se pueden encontrar soluciones unívocas y criterios verdaderos o falsos -como si existen en las “ciencias duras”- sino solamente conclusiones probables y por ello vulnerables frente a un argumento contrario.

Ello por cuanto la influencia mediática muestra la información de la forma que más convenga a sus intereses y de la manera que más impacto genere en la sociedad. Por ello en caso de que un sujeto sea procesado por un delito sexual (violación o abuso sexual), los medios manipulan la información y realizan un juicio paralelo que es presentado a la sociedad; y ésta a su vez se forma una “opinión” -del todo influenciada- sobre el particular que en este tipo de ilícitos lleva en la mayoría de los casos a la culpabilidad del agente. En razón de lo anterior resulta del todo atinado el título dado a una tesis de grado de nuestra Facultad; a saber: “El Imputado en los Delitos Sexuales: un Criminal sin Sentencia”; la cual a lo largo de su desarrollo establece lo siguiente: “(...) el

⁷¹⁷ Chinchilla Sandí, Carlos (2009). La Tentativa y el Desistimiento en los Delitos Sexuales. Entrevista: Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. 3 de junio.

sujeto primeramente es etiquetado por los diversos agentes intervinientes, para luego ser estigmatizado por la opinión pública, dejando así una certeza en la sociedad, la cual no precisamente coincide con la realidad jurídica y fáctica del sujeto⁷¹⁸(...) Al hablar de estigmatización, hacemos referencia a un alto grado de señalización social, “consiste en la existencia de ideas preconcebidas sobre las características de ciertas personas o determinados grupos de personas.”⁷¹⁹

No obstante, con ello no quiero decir que el “deber ser” esté dado por que los medios de comunicación se mantengan al margen de las decisiones jurídicas; pues lo cierto es que en un Estado Social y Democrático de Derecho es necesaria la confrontación de opiniones y las críticas a la Administración de Justicia; el problema se presenta cuando la información dada no es del todo correcta –que podría considerarse como “desinformación”- y ello genera una visión mediatizada y en desacuerdo con lo que sucede realmente, dejando de lado el “estado absoluto de inocencia” que cobija al imputado hasta que se dicte una sentencia firme en su contra -en virtud de lo establecido en el numeral: 39 de la “Constitución Política”, y en el numeral: 9 del “Código Procesal Penal” vigente en la actualidad- y deslegitimando el sistema de derecho imperante. Ello se constata de la siguiente frase: *“(...) la labor irresponsable de presentar la información de algunos periodistas no se limita a cometer errores por desconocimiento de la Teoría del Delito, sino que en el supuesto en que los Tribunales de Justicia se pronuncian emitiendo una sentencia absolutoria, no son capaces de reconocer su error y enmendarlo, sino que*

⁷¹⁸ Chavarría Bolaños, P.; Fonseca Sáenz, A. y Ling Jiménez, L. (2003). El Imputado en los Delitos Sexuales. ¿Un Criminal sin Sentencia? Seminario de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Ciudad Universitaria Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica. p 223.

⁷¹⁹ *Ibidem*, p 231.

se desprenden de su responsabilidad argumentando que si salió en libertad el sujeto que él previamente había responsabilizado por la comisión de un hecho delictivo, se debió a un “tecnicismo legal”, deslegitimando al ordenamiento jurídico.”⁷²⁰

Indudablemente existen criterios jurídicos para arribar a una solución, no obstante, la intuición constituye parte importante de la toma de decisiones, lo que en sinnúmero de casos lleva a conclusiones inseguras y cuestionables. Por ello se ha afirmado: *“(...) no debe esperarse mucho de la intuición para resolver problemas jurídicos: en primer lugar, porque es un criterio que varía de una persona a otra; en segundo lugar, porque los casos no son siempre tan inequívocos (...).”⁷²¹*

Hay que tener claro que este aspecto es difícil controlarlo, pues somos seres humanos, con prejuicios y visiones diversas de las cuales no podemos independizarnos totalmente al momento de tomar decisiones, por lo que por más objetivo que se crea ser siempre existe un aspecto subjetivo que envuelve esas consideraciones. Por ello se ha considerado que: *“(...) los individuos que toman parte (en cualquier medida) en el tema de los delitos sexuales, actúan cargados de subjetividades e ideologías, confundiendo así, su propia percepción del fenómeno o de conceptos éticos o morales, con la realidad del caso en particular.”⁷²²*

⁷²⁰ Chavarría Bolaños, P.; Fonseca Sáenz, A. y Ling Jiménez, L. (2003). El Imputado en los Delitos Sexuales. ¿Un Criminal sin Sentencia? Seminario de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Ciudad Universitaria Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica. p 252.

⁷²¹ Muñoz Conde, Francisco (1972). El Desistimiento Voluntario de Consumar el Delito. 1ª Edición. Barcelona, España. Editorial Bosch. p 76.

⁷²² Chavarría Bolaños, P.; Fonseca Sáenz, A. y Ling Jiménez, L. (2003). El Imputado en los Delitos Sexuales. ¿Un Criminal sin Sentencia? Seminario de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Ciudad Universitaria Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica. p 282.

Tomando en cuenta lo anterior, es que resulta sumamente relevante que los operadores jurídicos reciban una capacitación adecuada en el tema, que les permita discernir los criterios meramente jurídicos de los personales; para así garantizar los derechos del imputado y la estabilidad del sistema, no dejándose llevar por los perjuicios que envuelven el tema de los delitos sexuales y apliquen al caso concreto lo que en derecho corresponde.

Al consultarle al Magistrado José Manuel Arroyo Gutiérrez sobre el tema consideró que a pesar de lo analizado anteriormente no hay inseguridad jurídica aún y cuando existan fallos diversos y hasta contradictorios para casos similares; por ello ante la pregunta de si considera que exista algún tipo de inseguridad jurídica manifestó: *“No, si técnicamente se tienen claros los presupuestos, perfectamente todos los casos pueden ser resueltos técnicamente, lo que no significa que no haya márgenes de interpretación, ya que los criterios pueden ser diferentes aunque en ambos casos técnicamente resueltos. No es un tema de inseguridad jurídica sino de interpretación que puede llevar a diferentes soluciones pero que son desde el punto de vista lógico y jurídico válidas.”*⁷²³

Aunado a lo anterior en varias resoluciones de la Sala se ha establecido que en el tema de los delitos sexuales el solo dicho de la víctima es suficiente para tener por configurado el delito; lo cual en parte tiene mucha lógica, pues este tipo de ilícitos generalmente se efectúan sin la presencia de testigos, no obstante, en ocasiones puede generar injusticias e inseguridad jurídica. En razón de lo anterior se ha establecido: *“Es*

⁷²³ Arroyo Gutiérrez, José Manuel (2009). Tentativa y Desistimiento en los Delitos Sexuales. Entrevista: Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. 3 de junio.

*aquí donde se presenta el grave problema para el indiciado, ya que el testimonio de la parte ofendida es “prueba suficiente para condenar”, vasta (sic) con la simple versión del supuesto afectado, para que se tenga como la prueba fundamental y se dicte una sentencia condenatoria.*⁷²⁴

Al respecto resulta de suma relevancia destacar un extracto de una obra que marca de modo contundente el aspecto mencionado; a saber: *“A pesar de que son las relaciones sexuales lo que mancomuna más a las personas, quizá no hay en el campo moral ni en el jurídico nada en que sean tan dispares los criterios para deslindar los campos de lo lícito y de lo ilícito, tanto más cuanto lógicamente debe aceptarse que sólo por excepción (cuando ofenden intereses necesarios a la vida en sociedad) pueden ser objeto de represión penal.*⁷²⁵

Estos ilícitos han recibido diversas denominaciones, las cuales revelan los diversos aspectos que involucran. Entre ellas se pueden mencionar: atentados contra las costumbres, delitos contra la moral pública y las buenas costumbres, crímenes y delitos de moralidad, delitos contra el orden de las familias y la moralidad pública, delitos contra la decencia y la moral pública, delitos contra la honestidad, entre otros⁷²⁶. Así se refleja en la siguiente cita: *“(...) la mayoría de estos delitos sancionan conductas que afectan de*

⁷²⁴Chavarría Bolaños, F.; Fonseca Sáenz, A. y Ling Jiménez, L. (2003). El Imputado en los Delitos Sexuales. ¿Un Criminal sin Sentencia? Seminario de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Ciudad Universitaria Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica. p 296.

⁷²⁵Barrera Domínguez, Humberto (1995). Delitos Sexuales: Derecho Comparado, Doctrina y Jurisprudencia. 3ª Edición. Colombia. Ediciones Librería del Profesional. p 24.

⁷²⁶Rodríguez Vega, Alejandro (1966). El Delito de Violación. Monografía para optar por el Título de Licenciado en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica. p 28. En el mismo sentido véase: Barrera Domínguez, Humberto (1995). Delitos Sexuales: Derecho Comparado, Doctrina y Jurisprudencia. 3ª Edición. Colombia. Ediciones Librería del Profesional. p.p. 31-33.

manera principal el bien de la libertad de autodeterminación sexual, no obstante, pueden resultar reflejadamente protegidas las “buenas costumbres”, el “honor sexual”, e incluso “la honestidad”...⁷²⁷

Asimismo, es destacable el hecho de que los delitos sexuales son considerados por gran parte de la doctrina como delitos de resultado –para la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia es un delito de mera actividad⁷²⁸–, por cuanto para que se tengan por consumados es necesario que se produzca el resultado lesivo⁷²⁹ y la mayoría de la doctrina los considera como delitos de propia mano, pues requieren que el sujeto los ejecute por sí y no por interpuesta persona⁷³⁰. No obstante, aún siendo ilícitos de resultado es difícil pensar que en ellos sea posible la tentativa acabada o delito frustrado. Lo anterior se desprende de la siguiente frase: *“La propia configuración objetiva de la frustración impide apreciarla en algunos delitos, ya que es difícil en ellos admitir que se realicen todos los actos ejecutivos sin que el resultado se produzca. Así sucede, por ejemplo, en las agresiones sexuales, en la violación y en los delitos de simple actividad.”⁷³¹*

⁷²⁷ Chavarría Bolaños, P.; Fonseca Sáenz, A. y Ling Jiménez, L. (2003). El Imputado en los Delitos Sexuales. ¿Un Criminal sin Sentencia? Seminario de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Ciudad Universitaria Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica. p.p. 68-69.

⁷²⁸ Chinchilla Sandí, Carlos (2009). La Tentativa y el Desistimiento en los Delitos Sexuales. Entrevista: Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. 3 de junio.

⁷²⁹ Muñoz Conde, Francisco (1991). Teoría General del Delito. 2ª Edición. Valencia, España. Editorial Tirant lo Blanch. p 162.

⁷³⁰ Salas Beteta, Christian (2007). “El Iter Criminis y los Sujetos Activos del Delito”. Revista Internauta de Práctica Jurídica. (Nº 19). Ene-Jun. Lima, Perú. En: http://www.ripj.com/art_jcos/art_jcos/num19/RIPJ_19/EX/19-11.pdf (Consulta: 22 de febrero, 2009).

⁷³¹ Muñoz Conde, Francisco (1991). Teoría General del Delito. 2ª Edición. Valencia, España. Editorial Tirant lo Blanch. p 169.

Dentro de las consecuencias que conlleva la especial apreciación sobre los delitos de índole sexual cabe destacar que en supuestos en los cuales podría tenerse por consumado un delito de abuso sexual, se ha optado por determinar el delito de violación en grado de tentativa⁷³². Al respecto se ha establecido que: *“(...) para calificar el hecho como tentativa, debe poderse establecer que “el propósito” del agente era el acceso carnal, en el que la violación consiste, y no simplemente un torpe desahogo, cosa no frecuente, y que hace encuadrar el hecho como abuso deshonesto consumado.”*⁷³³

Parte de los argumentos para reforzar esta tesis, consiste en determinar que el dolo con que actuó el agente era el de conseguir la penetración y por ello se debe sancionar en total congruencia con el mismo. Reflejo de lo antes esbozado es la cita que se muestra a continuación: *“(...) la circunstancia de que el encartado ni siquiera apoyara su pene en la vagina de la víctima no empece a conceptualizar toda la secuencia criminosa como un conato punible de violación, porque los tocamientos impúdicos y la posterior reducción de la menor por parte del encartado hasta colocarla bajo su cuerpo resultan exteriorizaciones inequívocas en orden a la consumación del coito violento.”*⁷³⁴

Llobet por su parte ha manifestado: *“(...) si el sujeto desiste voluntariamente de consumir la violación que pretendía, debe responder por los tocamientos libidinosos que*

⁷³² Rodríguez Vega, Alejandro (1966). El Delito de Violación. Monografía para optar por el Título de Licenciado en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica. p 40.

⁷³³ *Ibidem*, p 41.

⁷³⁴ Ledesma, Guillermo A.C. (1982). “¿Abuso deshonesto o Tentativa de Violación?”. Doctrina Penal: Teoría y Práctica en las Ciencias Penales. Año 5 (Nº 19) p 541-553. Jul- Set. Buenos Aires, Argentina. p.p. 542-543.

*hubiese realizado en su intento, por lo que debe ser condenado por abusos deshonestos.*⁷⁷³⁵

El magistrado Carlos Chinchilla Sandí -en la entrevista realizada- manifestó que la dicotomía delito de violación en grado de tentativa/delito de abuso sexual consumado, es un tema de siempre; ello por cuanto: *“Muchas veces las violaciones inician con tocamientos de carácter sexual. A los menores el victimario empieza a hacerle tocamientos y termina con una agresión sexual de violación. Es complicado determinarlo si el tocamiento no me da la dirección de que va dirigido a consumir un hecho más grave. Deben existir factores de la conducta delictiva que determinen que va dirigido a la penetración. Distinto es encontrar una persona con la víctima, a la que ya deporsí ha tocado en sus partes de carácter erógeno sexual y ya le haya quitado sus prendas íntimas y esté a punto de introducir su pene y en ese momento sea sorprendido por un tercero. Pero a veces las líneas no son tan claras*⁷⁷³⁶

Dentro de la definición de la tentativa se expresa que para que ésta se tenga por configurada se requiere que el resultado no se genere por causas ajenas a la voluntad del agente. Algunos autores han marcado una diferencia entre causas ajenas y causas independientes a la voluntad del agente y han afirmado la posibilidad de la voluntariedad del desistimiento en el segundo supuesto, tal y como se muestra de la siguiente cita: *“Causas independientes de la voluntad son casi todas las que se producen en el mundo*

⁷³⁵ Llobet Rodríguez, Javier (1989). “El Desistimiento Voluntario”. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Año 1 (Nº 1) p 49-56. Dic. San José, Costa Rica. p 54.

⁷³⁶ Chinchilla Sandí, Carlos (2009). La Tentativa y el Desistimiento en los Delitos Sexuales. Entrevista: Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. 3 de junio.

*circundante del individuo. Pero no siempre que el sujeto desista por la producción de una de estas causas será su desistimiento involuntario*⁷³⁷

Puede presentarse el supuesto de la voluntad condicionada del sujeto, que podría generar duda sobre la voluntariedad de su desistimiento, en caso de que decida no continuar con el hecho delictivo; supuesto llamado por Francisco Castillo como “resolución del hecho con reserva de retirada”, por cuanto el agente: *“(...) toma la resolución de cometer el hecho, pero toma también la decisión de retirarse de la ejecución, en el caso de que aparezcan determinadas dificultades. Por ejemplo, A toma la resolución de violar a una niña menor de 12 años, pero también había decidido previamente suspender los actos de ejecución en el caso de que ella gritara u opusiera resistencia.*”⁷³⁸ La confusión se presenta por cuanto es claro que al poner dicha condición no se está eliminando el dolo y en caso de que no continúe con la realización del delito se debería a las dificultades – ajenas a su voluntad- que tendrían por configurada la tentativa.

El delito de violación debe analizarse detalladamente, de forma tal que, si el agente tiene la posibilidad de seguir actuando y aún así no lo hace, debe afirmarse la impunidad de su comportamiento al haber operado un desistimiento: *“(...) no existe tentativa frustrada, en tanto que el autor esté en posibilidad de seguir empleando la fuerza para obtener sus relaciones sexuales. Por consiguiente, si él, pudiendo continuar con la*

⁷³⁷ Muñoz Conde, Francisco (1972). El Desistimiento Voluntario de Consumar el Delito. 1ª Edición. Barcelona, España. Editorial Bosch. p 70.

⁷³⁸ Castillo González, Francisco (2003). Tentativa y Desistimiento Voluntario. 1ª Edición. San José, Costa Rica. Editorial Jurídica Continental. p.p. 52-53.

*ejecución, desiste voluntariamente de realizar nuevos actos estamos en presencia de un caso de impunidad.*⁷³⁹

No obstante, debe tenerse en cuenta que para algunos autores, aún y cuando la consumación pueda lograrse, si del hecho pueden derivarse consecuencias que el agente no estaría dispuesta a soportar, no podría considerarse la voluntariedad del desistimiento. Así lo reconoce Llobet al considerar que: *“(...) tampoco existe desistimiento voluntario cuando la consumación todavía es posible, pero el proseguir en la ejecución del delito puede producirle al sujeto consecuencias tan graves que racionalmente no podía haberlas aceptado.*⁷⁴⁰

Mientras que para otros no debería negarse la configuración del desistimiento voluntario pues para ello no es necesario que los motivos que lleven al agente a no continuar con el propósito revistan carácter ético o valioso; ni tampoco requiere que sea una actitud espontánea del agente; de exigirse esos requisitos se estarían sobrepasando los límites que le corresponden al derecho penal en su función de contención de la criminalidad. Enrique Cury ha manifestado al respecto lo siguiente: *“(...) a mí me parece que el desistimiento es voluntario siempre que el autor se represente la posibilidad material de consumir (aunque hacerlo impone un riesgo considerable), y, sin embargo abandona (...) La ley sólo pretende que aceptemos la vigencia de sus valoraciones, no que las hagamos nuestras, pues “la función represiva del derecho penal no es una expresión*

⁷³⁹Castillo González, Francisco (2003). Tentativa y Desistimiento Voluntario. 1ª Edición. San José, Costa Rica. Editorial Jurídica Continental. p 142.

⁷⁴⁰ Llobet Rodríguez, Javier (1989). “El Desistimiento Voluntario”. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Año 1 (Nº 1) p 49-56. Dic. San José, Costa Rica. p.p. 50-51.

*del anhelo de realizar, mediante la justicia penal temporal, un ideal moral absoluto, sino un medio necesario para obtener, en forma justa, la defensa de la comunidad”.*⁷⁴¹

Se ha planteado la interrogante de lo que sucede cuando la víctima grita, y por consiguiente si la decisión del sujeto de no continuar con el hecho sea o no voluntaria. Al respecto se ha marcado una diferencia, considerándose voluntario el desistimiento cuando la víctima grita, pero sus gritos no sean escuchados por terceros, e involuntario cuando dicha situación pueda presentarse⁷⁴². Sin embargo, ello no es de fácil determinación y así lo ha considerado Muñoz Conde al expresar: *“(...) los gritos y voces de auxilio de la víctima no excluyen absolutamente la posibilidad de consumación del delito de violación, a no ser que acudan por esta causa terceras personas, por lo que si el sujeto desiste solo por las voces y gritos habrá que acudir a una valoración de su proceso de motivación para negar la voluntariedad (...)*⁷⁴³.

Al consultarle al magistrado Carlos Chinchilla Sandí sobre el tema manifestó: *“Depende de los ejemplos concretos, si el sujeto está realizando la acción y cercanamente hay gente y sus gritos pueden perturbar que alguien llegue no está desistiendo, está dejando en tentativa su hecho porque piensa que llegará alguien y lo sorprenderá. Sería un factor externo a él. Los gritos de la mujer y la intervención del tercero logran el mismo cometido que es impedir que él consume la acción. Si no hay posibilidad de escuchar los*

⁷⁴¹ Cury Urzúa, Enrique (1977). *Tentativa y Delito Frustrado: (El Proceso Ejecutivo del Delito)*. 1ª Edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. p.p. 124-125.

⁷⁴² Castillo González, Francisco (2003). *Tentativa y Desistimiento Voluntario*. 1ª Edición. San José, Costa Rica. Editorial Jurídica Continental. p 149.

⁷⁴³ Muñoz Conde, Francisco (1972). *El Desistimiento Voluntario de Consumar el Delito*. 1ª Edición. Barcelona, España. Editorial Bosch. p 105.

*gritos él está desistiendo, sin embargo, ello hay que valorarlo en la actualidad, porque es difícil en cierto medio. Por ejemplo, el ataque repentino, donde ataca por detrás a la mujer y se mete en un lote baldío, pero qué tan adentro debe estar para asegurarse de que nadie va a escuchar los gritos?*⁷⁴⁴ Tomándolo la situación con cierta perspicacia e inseguridad.

También se ha cuestionado a nivel doctrinario lo que sucede cuando el agente decide no continuar con el ilícito sexual, pues la víctima se encuentra con la menstruación. Para Francisco Castillo este desistimiento no es voluntario, por tratarse de una circunstancia exterior, que incluso puede actuar sobre la psiquis del agente e impedirle su realización, pues el mismo no soporta ver la sangre⁷⁴⁵. Otros autores corroboran ese razonamiento y destacan: *“En el caso del agresor sexual que desiste por el rechazo al comprobar que su víctima tenía la menstruación, tampoco habría regreso a la legalidad, porque está desistiendo por razones que en absoluto encajarían con la idea del respeto al Derecho –si no hubiera sido por esa circunstancia seguramente habría continuado con la agresión–.”*⁷⁴⁶ La misma opinión es compartida por el magistrado José Manuel Arroyo Gutiérrez con ocasión de la entrevista realizada⁷⁴⁷. Para el magistrado Carlos Chinchilla Sandí no cabe duda que se trata de una tentativa y asemeja el supuesto al caso en el que la víctima esté contagiada de VIH y le transmita el conocimiento al sujeto

⁷⁴⁴Chinchilla Sandí, Carlos (2009). La Tentativa y el Desistimiento en los Delitos Sexuales. Entrevista: Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. 3 de junio.

⁷⁴⁵ Castillo González, Francisco (2003). Tentativa y Desistimiento Voluntario. 1ª Edición. San José, Costa Rica. Editorial Jurídica Continental. p 149.

⁷⁴⁶ Pozuelo Pérez, Laura (2003). El Desistimiento en la Tentativa y la Conducta Postdelictiva. 1ª Edición. Valencia, España. Editorial Tirant to Blanch. p 84.

⁷⁴⁷ Arroyo Gutiérrez, José Manuel (2009). Tentativa y Desistimiento en los Delitos Sexuales. Entrevista: Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. 3 de junio.

activo del delito; para justificar la conclusión anterior expresó: *“Si se cataloga la conducta como un desistimiento sería estar premiando al sujeto y desprotegiendo a la víctima. Interesante sería pensar que la víctima le comunique al sujeto “tengo SIDA”, pues un desistimiento de su parte no podría ser catalogado como voluntario. Hay una tentativa porque un factor externo le impide continuar, porque le da miedo contagiarse; por ello si consideramos voluntario el desistimiento estaríamos premiando al sujeto.”*⁷⁴⁸

Laura Pozuelo toca un aspecto importante en relación con este supuesto fáctico, pues afirma que la imposición de la sanción se debería en mayor medida al rechazo de la víctima y no por la perturbación social que el comportamiento pueda generar, y asume que negar la impunidad es contrario a derecho: *“A gran parte de la sociedad puede parecerle rechazable dejar impune al sujeto que desiste de la violación ante la vista de una cicatriz en el abdomen de la víctima o por el hecho de que tenga la menstruación, con lo que podrían ser aducidas razones de prevención general para imponer la pena, pero entonces se estarían introduciendo en los criterios preventivos generales contenidos que les son ajenos: en los ejemplos propuestos no se estaría haciendo alusión únicamente a la perturbación social que supone el ataque a la libertad sexual, sino al hecho de que el sujeto desprecia a la víctima, en vez de desistir del delito por respeto a su libertad sexual”*⁷⁴⁹ (...) si se negase la impunidad al sujeto que desiste por asco, no se le estaría negando por razones jurídicas, (...) sino porque personalmente a ese sujeto se le

⁷⁴⁸ Chinchilla Sandí, Carlos (2009). La Tentativa y el Desistimiento en los Delitos Sexuales. Entrevista: Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. 3 de junio.

⁷⁴⁹ Pozuelo Pérez, Laura (2003). El Desistimiento en la Tentativa y la Conducta Postdelictiva. 1ª Edición. Valencia, España. Editorial Tirant to Blanch. p 94.

*consideraría menos digno de obtener la impunidad dado el origen de sus motivaciones, lo que en ningún caso puede admitirse.*⁷⁵⁰

Del mismo modo se ha considerado el caso en el que el agente no pueda consumar el hecho debido al escaso desarrollo sexual de la víctima; en cuyo supuesto se ha manifestado por la mayoría de la doctrina la involuntariedad del desistimiento. Lo anterior se constata de la siguiente cita: *“(...) afirma el procesado, cuyos dichos se dan por plenamente probados, que el acceso carnal no se produjo porque “se dio cuenta que (la víctima) era muy chica y su miembro viril no se introducía en la parte genital de la misma”. Aquí no pueden caber dudas de ninguna especie, respecto de que el desistimiento se ha debido a circunstancias que, según las vivenció el autor, hacían imposible la consumación, lo que descarta de plano la “voluntariedad” (...)*⁷⁵¹

Delitos diversos a los estudiados en la presente investigación, suponen que el descubrimiento del acto por la víctima puede determinar la involuntariedad del desistimiento; no obstante en los delitos de violación y abuso sexual ello no es procedente, pues de lo contrario se impediría de modo rotundo la aplicación de este instituto. Por ello Francisco Castillo afirma: *“No impide el desistimiento voluntario el descubrimiento del hecho por la víctima, cuando el conocimiento del hecho por ella es necesario conforme al tipo penal, como ocurre en los delitos que comportan, como elemento constitutivo del*

⁷⁵⁰ Fozuelo Pérez, Laura (2003). El Desistimiento en la Tentativa y la Conducta Postdelictiva. 1ª Edición. Valencia, España. Editorial Tirant to Blanch. p 253.

⁷⁵¹ Gil Lavedra, Ricardo Rodolfo (1977). “El Desistimiento Voluntario de la Tentativa”. Doctrina Penal: Teoría y Práctica en las Ciencias Penales. Año 1 (Nº 0) p 177-230. Jul- Dic. Buenos Aires, Argentina. p 193.

*tipo, la violencia, la intimidación o la amenaza. Resolver lo contrario sería hacer imposible el desistimiento en tales delitos.*⁷⁵²

Sin embargo, en este punto se deben realizar ciertas precisiones; si -como lo considera Muñoz Conde- el sujeto se quería aprovechar de la oscuridad para no ser reconocido, pero a pesar de ello la víctima lo reconoce, y por ello desiste de continuar con su acción, debe considerarse el desistimiento involuntario, pues se trata de una tentativa fracasada propia⁷⁵³. Mientras que para otros el hecho de que el autor del hecho sea reconocido por la víctima no reviste mayor relevancia, pues lo importante es que tenga la posibilidad de consumir el ilícito y por ello si desiste contando con la opción mencionada no hay razón para negar la voluntariedad del desistimiento⁷⁵⁴.

Si desiste por miedo a ser denunciado –miedo concreto a la pena- generalmente se afirma la involuntariedad; pero podríamos preguntarnos qué sucede cuando confluye tanto el miedo como la vergüenza del agresor en su decisión de no continuar con el delito; ante ello se ha propuesto una solución cual es la de determinar el motivo determinante y decisivo y con base en ello afirmar la existencia o no de la voluntariedad⁷⁵⁵.

⁷⁵² Castillo González, Francisco (2003). Tentativa y Desistimiento Voluntario. 1ª Edición. San José, Costa Rica. Editorial Jurídica Continental. p 154.

⁷⁵³ Muñoz Conde, Francisco (1972). El Desistimiento Voluntario de Consumar el Delito. 1ª Edición. Barcelona, España. Editorial Bosch. p 105.

⁷⁵⁴ Cury Urzúa, Enrique (1977). Tentativa y Delito Frustrado: (El Proceso Ejecutivo del Delito). 1ª Edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. p 126.

⁷⁵⁵ Pozuelo Pérez, Laura (2003). El Desistimiento en la Tentativa y la Conducta Postdelictiva. 1ª Edición. Valencia, España. Editorial Tirant to Blanch. p 202.

También podría considerarse el caso en el que el sujeto activo le tiene miedo a los rayos o a los truenos y en el momento de comenzar la ejecución del hecho cae un rayo y en razón de ello desiste. Para el magistrado Carlos Chinchilla Sandí: *“Si cae un rayo y le da miedo hay desistimiento de su acción porque objetivamente un rayo no impide que se cometa un hecho delictivo a menos que caiga exactamente donde se ubican el sujeto y la víctima, donde el factor sí alteró la situación.”*⁷⁵⁶

Otro de los supuestos que se ha considerado es cuando el sujeto desiste en virtud de la promesa de la víctima de mantener relaciones sexuales con él posteriormente, o de pagarle una suma de dinero. Algunos estudiosos consideran que no se puede afirmar la voluntariedad mientras que para otros sí, siendo por ello un tema controvertido en el plano doctrinal y con mayor razón en la práctica jurídica. La autora Laura Pozuelo pone de manifiesto las tendencias existentes al manifestar: *“(...) algunos autores consideran que este desistimiento habrá sido voluntario en la medida en la que no había imposibilidad objetiva, ni siquiera en sentido psíquico, y porque los motivos han sido autónomos. Otros afirman la involuntariedad de este desistimiento, o bien niegan la propia existencia de éste.”*⁷⁵⁷

Entre los juristas que consideran la posibilidad de que el desistimiento del agente sea voluntario se puede mencionar a Llobet para quien: *“No se requiere que el desistimiento esté fundado en motivos éticos valiosos, por ejemplo remordimiento,*

⁷⁵⁶ Chinchilla Sandí, Carlos (2009). La Tentativa y el Desistimiento en los Delitos Sexuales. Entrevista: Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. 3 de junio.

⁷⁵⁷ Pozuelo Pérez, Laura (2003). El Desistimiento en la Tentativa y la Conducta Postdelictiva. 1ª Edición. Valencia, España. Editorial Tirant to Blanch. p 181.

*arrepentimiento, vergüenza, piedad, etc. Por ejemplo no deja de ser voluntario el desistimiento en una tentativa de violación, si es como consecuencia de la promesa de la mujer de tener relaciones sexuales con posterioridad, o bien a causa de la promesa de la víctima de pagar una cantidad de dinero.*⁷⁵⁸

Del mismo modo Muñoz Conde ha manifestado la posibilidad de que se configure un desistimiento voluntario en ese supuesto; pues la definitividad exigida por el desistimiento debe enfocarse desde el punto de vista concreto y no abstracto –tal y como se analizó anteriormente–, pues lo que el individuo realice con posterioridad no debe ser tomado en consideración: *“(...) creo definitivo el desistimiento del que renuncia a consumir la violación, porque la mujer promete entregarse voluntariamente en otro lugar, más tarde, etc.*⁷⁵⁹

Asimismo ha sido considerado por Enrique Cury para quien no se debe excluir la voluntariedad del abandono del proyecto delictivo, en este supuesto, pues la promesa hecha por la víctima podría ser inclusive engañosa⁷⁶⁰.

Mientras que para otros como Baumann y Jescheck el agente no puede ser beneficiado con la impunidad por cuanto su renuncia a la consumación debe basarse en principios éticos valorables; pues con su actuación ya se había quebrantado la resistencia

⁷⁵⁸ Llobet Rodríguez, Javier (1989). “El Desistimiento Voluntario”. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Año 1 (Nº 1) p 49-56. Dic. San José, Costa Rica. p 51.

⁷⁵⁹ Muñoz Conde, Francisco (1991). Teoría General del Delito. 2ª Edición. Valencia, España. Editorial Tirant lo Blanch. p 171.

⁷⁶⁰ Cury Urzúa, Enrique (1977). Tentativa y Delito Frustrado: (El Proceso Ejecutivo del Delito). 1ª Edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. p 126.

de la mujer⁷⁶¹. Este criterio ha sido criticado por Muñoz Conde, quien ha manifestado lo siguiente: *“(...) cuando dice Bockelmann que el que desiste de consumir la violación porque la mujer le promete para más tarde la entrega voluntaria no merece el perdón “pues en el mejor de los casos cambia el papel de violador por el de seductor”, tiene sin duda razón desde un punto de vista moral, pero no jurídico, pues la seducción –fuera de los casos tipificados como delito de estupro– es en nuestro Derecho penal impune.”*⁷⁶²

También se ha tomado en cuenta lo que sucede cuando el sujeto deja de lado la ejecución del delito, pues la víctima le recuerda un ser querido; siendo que este supuesto es considerado en la mayoría de los casos como un desistimiento voluntario. Al respecto se ha postulado: *“(...) si desiste porque la víctima le recuerda a su hermana muerta, y eso le hace rechazar la idea de la agresión sexual en sí, el regreso al ámbito del derecho, y con ello, de la impunidad de la tentativa, seguramente no sería negado.”*⁷⁶³

Entre los casos que son considerados en la doctrina como supuestos de desistimiento involuntario, se encuentra la eyaculación precoz del sujeto activo y la presencia de terceros⁷⁶⁴, siempre y cuando la misma sea determinante para evitar la consumación del ilícito⁷⁶⁵. Por otra parte si aumenta la posibilidad de que el agente sea

⁷⁶¹ Fernández Moreno, R. y Madrigal Madrigal, J. (1995). El Desistimiento Voluntario de Consumar el Delito: Su Regulación en el Ordenamiento Jurídico Costarricense. Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica. p 188.

⁷⁶² Muñoz Conde, Francisco (1972). El Desistimiento Voluntario de Consumar el Delito. 1ª Edición. Barcelona, España. Editorial Bosch. p 95.

⁷⁶³ Pozuelo Pérez, Laura (2003). El Desistimiento en la Tentativa y la Conducta Postdelictiva. 1ª Edición. Valencia, España. Editorial Tirant to Blanch. p 84.

⁷⁶⁴ Muñoz Conde, Francisco (1972). El Desistimiento Voluntario de Consumar el Delito. 1ª Edición. Barcelona, España. Editorial Bosch. p.p. 104-105.

⁷⁶⁵ Solís Muñoz, Alejandro (1967). Jurisprudencia sobre el Desistimiento en la Tentativa. Memoria de Prueba para optar por el grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. p 48.

descubierto y por ello desiste, algunos autores han afirmado la voluntariedad del mismo, y para fundamentar su dicho exponen el siguiente argumento: *“Si el autor desiste porque, por ejemplo, en contra de sus previsiones han aumentado considerablemente las dificultades o las posibilidades de ser descubierto, todavía existe por definición la posibilidad objetiva de consumir, y con ello la de decidir, por lo que el desistimiento debe ser considerado voluntario.”*⁷⁶⁶

La no comisión del delito por la resistencia puesta por la víctima, genera controversia y, por ello se debe aclarar que para que se hable de tentativa fracasada propia es necesario que la oposición de la ofendida(o) sea de tal magnitud que venza la fuerza desplegada por el agente; pues de ser vencible dicha resistencia, podrían plantearse problemas de interpretación por la disyuntiva de escoger entre un desistimiento voluntario o involuntario⁷⁶⁷. Así se constata con vista de la siguiente frase: *“Hay desistimiento voluntario de quien desiste ante la resistencia opuesta por la víctima, insuficiente para impedir seriamente el curso ordinario del delito.”*⁷⁶⁸

La misma línea de interpretación es seguida por el magistrado de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia: Carlos Chinchilla Sandí; quien ante la entrevista realizada sobre el tema manifestó: *“Si la fuerza no es importante y teniéndola dominada,*

⁷⁶⁶ Martínez Escamilla, Margarita (1997). “Dos Cuestiones Básicas del Desistimiento en Derecho Penal”. Política Criminal y Nuevo Derecho Penal: Libro Homenaje a Claus Roxin. 1ª Edición. p 331-340. Barcelona, España. Editorial: José María Bosch Editor. p 334.

⁷⁶⁷ Muñoz Conde, Francisco (1972). El Desistimiento Voluntario de Consumar el Delito. 1ª Edición. Barcelona, España. Editorial Bosch. p 104.

⁷⁶⁸ Gil Lavedra, Ricardo Rodolfo (1977). “El Desistimiento Voluntario de la Tentativa”. Doctrina Penal: Teoría y Práctica en las Ciencias Penales. Año 1 (Nº 0) p 177-230. Jul- Dic. Buenos Aires, Argentina. p 209.

*el sujeto activo decide no hacerlo hay un desistimiento; si la fuerza es suficiente para impedirselo habría una tentativa, pero cuando la víctima no es tan fuerte es diferente.*⁷⁶⁹

No obstante, lo anterior algunos consideran que sea cual sea la resistencia opuesta por la víctima debe determinarse como involuntario el desistimiento; entre ellos se puede citar al magistrado de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia: José Manuel Arroyo Gutiérrez, quien enfáticamente manifestó al entrevistarlo: *“Hay una tentativa y habría un factor ajeno a la voluntad, sería una tentativa inacabada porque se encuentra con una resistencia que normalmente un hecho de esos no supondría.”*⁷⁷⁰

Autores como Jäger afirman la voluntariedad en varios de los supuestos antes analizados, pues la supuesta “causa ajena” no ostenta la fuerza necesaria para negar que la decisión del agente sea voluntaria, por ello se analiza lo siguiente: *“En supuestos como los de compasión ante la víctima, impresión emocional, o miedo a la pena, sin que hayan cambiado las circunstancias, o vergüenza ante el hecho, entiende Jäger que habrá voluntariedad, igual que en el caso de que el autor haya sido convencido para desistir, o simplemente si el desistimiento se ha originado por la aparición de un tercero. Y es así porque en estos supuestos entiende que falta la presión coactiva necesaria para excluir la autonomía de decisión responsable. Del mismo modo, no habría involuntariedad por presión coactiva en el caso del violador que desiste porque la víctima se ofrece a*

⁷⁶⁹ Chinchilla Sandí, Carlos (2009). La Tentativa y el Desistimiento en los Delitos Sexuales. Entrevista: Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. 3 de junio.

⁷⁷⁰ Arroyo Gutiérrez, José Manuel (2009). Tentativa y Desistimiento en los Delitos Sexuales. Entrevista: Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. 3 de junio.

mantener voluntariamente con él relaciones sexuales, o porque tiene la menstruación.”

771

SECCIÓN IV. EL DESISTIMIENTO EN LOS DELITOS SEXUALES: SU APLICACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA PATRIA

TÍTULO I. GENERALIDADES

La jurisprudencia nacional ha considerado que la figura del desistimiento – y consecuentemente de la figura del arrepentimiento activo- deviene de una interpretación a contrario sensu del artículo 24 del “Código Penal” que da contenido a la figura de la tentativa; pues al señalar el mismo que: “Hay tentativa cuando (...)”, en caso de no presentarse los requisitos señalados estaríamos ante la figura del desistimiento. Así lo manifestó inclusive el magistrado José Manuel Arroyo Gutiérrez quien expresó: *“Hay muchas cuestiones en la Teoría General del Derecho Penal que se deducen a contrario de conformidad con un riguroso enfoque lógico. Si el artículo: 24 del “Código Penal” dice qué es una tentativa, una interpretación a contrario sensu dice qué es un desistimiento.”*⁷⁷²

⁷⁷¹ Pozuelo Pérez, Laura (2003). El Desistimiento en la Tentativa y la Conducta Postdelictiva. 1ª Edición. Valencia, España. Editorial Tirant to Blanch. p 212.

⁷⁷² Arroyo Gutiérrez, José Manuel (2009). Tentativa y Desistimiento en los Delitos Sexuales. Entrevista: Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. 3 de junio.

Sin embargo, el jurista nacional Francisco Castillo ha cuestionado dicha conclusión y expresa: *“El efecto del desistimiento voluntario, de excluir la pena de la tentativa deriva, en consecuencia del artículo 73 Cód. Pen. a contrario sensu y no del artículo 24 Cód. Pen., a contrario sensu.”*⁷⁷³

Incluso tomando en cuenta lo anterior es claro que el desistimiento no se encuentra regulado de modo expreso y por ello los tribunales de justicia se han visto en la necesidad de recurrir a la doctrina y a la integración del ordenamiento jurídico. Se dice que fue con el voto número: 249-F-1995 de las diez horas con veinticinco minutos del cinco de mayo de mil novecientos noventa y cinco, que concretamente se aceptó la posibilidad de aplicar la figura del desistimiento en el derecho penal costarricense⁷⁷⁴. Así lo reconoce la Sala Tercera al mencionar en uno de sus votos lo siguiente: *“Por su parte, aunque el desistimiento no está regulado expresamente en nuestro ordenamiento jurídico, la doctrina admite en forma unánime que esta figura se produce cuando, habiéndose realizado actos ejecutivos de un delito, este no llega a consumarse por la libre decisión del autor; es decir, cuando el sujeto activo abandona voluntariamente la empresa delictiva, desistiendo del plan que había comenzado a ejecutar.”*⁷⁷⁵

Resulta destacable una de las definiciones que se han elaborado jurisprudencialmente sobre el desistimiento; a saber: *“(...) la doctrina denomina*

⁷⁷³ Castillo González, Francisco (2003). *Tentativa y Desistimiento Voluntario*. 1ª Edición. San José, Costa Rica. Editorial Jurídica Continental. p 130.

⁷⁷⁴ Tribunal de Casación Penal del Tercer Circuito Judicial de Alajuela, Sección Primera. San Ramón. Resolución N° 550-2008 de las nueve horas con cincuenta minutos del veintiuno de noviembre de dos mil ocho.

⁷⁷⁵ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 706-F-1993 de las nueve horas con treinta minutos del diecisiete de diciembre del mil novecientos noventa y tres.

desistimiento voluntario de cometer el delito el caso del autor que, tras iniciar los actos de ejecución de un delito y teniendo conciencia de la posibilidad real de su consumación, espontáneamente decide detener definitivamente el acto (en tanto no sea porque circunstancias ajenas a su voluntad impiden efectivamente la consumación del delito), presentándose en dos modalidades, según se trate de una tentativa inacabada (en la que basta con que el sujeto interrumpa voluntariamente la conducta, también se denomina desistimiento pasivo) o de una tentativa acabada (en que el desistimiento supone un hacer activo, por lo que también se le denomina arrepentimiento activo)⁷⁷⁶.

Esta diferencia entre la tentativa acabada e inacabada ha sido establecida claramente en otros fallos; que manifiestan: *“Si, por el contrario, el hecho permanece en el estadio de la tentativa, debe distinguirse: si el autor no ha hecho todavía todo lo que le parece necesario para la producción de la consumación, es suficiente para el desistimiento que deje de seguir actuando (desistimiento de la tentativa inacabada). Si en cambio, se han producido ya, según su criterio todas las condiciones del resultado, de tal forma que la producción del resultado solo depende del efecto autónomo de factores causales o de la actuación de terceros, entonces el autor debe desarrollar una actividad contraria para evitar el resultado (desistimiento de la tentativa acabada)⁷⁷⁷*

Lo importante es saber que tanto en el desistimiento voluntario como en el involuntario hay una decisión del agente, por ello lo relevante es determinar los motivos

⁷⁷⁶ Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José. Resolución N° 561-2003 de las nueve horas con veinticuatro minutos del veinte de junio de dos mil tres.

⁷⁷⁷ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 1340-2006 de las quince horas con cuarenta y cinco minutos del veintiuno de diciembre de dos mil seis. En el mismo sentido: Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 624-2006 de las diez horas del treinta de junio de dos mil seis.

que llevaron al agente a decidir de la manera que lo hizo. Ello se desprende de la entrevista realizada al Magistrado de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia: José Manuel Arroyo Gutiérrez al destacar: *“Si ocurriera un factor ajeno a la voluntad del agente que lo haga desistir, en el caso concreto habría que ver qué factor y cuán importante es ese factor para que se pueda hablar de un desistimiento (...) Todos los factores que incidan en la voluntad de ejecución en mi criterio son valorables efectivamente como desistimiento; ya sea una característica de la víctima, o de un hecho de la naturaleza o de un factor natural que interviene para que el hecho no se cometa.”*⁷⁷⁸

También se ha marcado vía jurisprudencial diferencias importantes en cuanto a la tentativa y el desistimiento, un ejemplo de ello se puede constatar de la siguiente frase: *“En el desistimiento los motivos por los que el agente se determina a interrumpir la ejecución del delito encuentran su origen en la interioridad psíquica del sujeto, sin que concurren influencias externas capaces de hacer modificar su conducta (puede producirse, por ejemplo, por razones de conciencia, por miedo a la pena, vergüenza, piedad, arrepentimiento, etc). En la tentativa, por el contrario, son más bien esas influencias externas concurrentes las que motivan la determinación, privando a esta del rasgo de la voluntariedad que caracteriza al simple desistir (y conviene recordar que en los casos de la tentativa acabada, para que opere el desistimiento o arrepentimiento y sus consabidos efectos es necesario que el agente no solo deje de actuar en forma voluntaria, sino que además realice una conducta que tenga como resultado evitar la consumación*

⁷⁷⁸ Arroyo Gutiérrez, José Manuel (2009). Tentativa y Desistimiento en los Delitos Sexuales. Entrevista: Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. 3 de junio.

del delito).⁷⁷⁹ Lo anterior por cuanto en ambos supuestos el agente opta o decide abandonar su propósito, por lo que lo determinante es poder establecer cuáles fueron las causas que llevaron al sujeto a desistir.

Otra resolución estableció que el mencionar la palabra “desistimiento” dentro del texto del fallo, no implica que el agente haya dejado de cometer el delito voluntariamente, y ello tiene pleno sentido, pues el sujeto desiste de realizar el hecho por causas dependientes o independientes a él; por lo que lo verdaderamente importante es determinar si dicho desistimiento fue o no voluntario⁷⁸⁰.

TÍTULO II. REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES A OTROS DELITOS

El caso de un delito de robo simple resulta destacable, pues en el mismo los sujetos ingresaron al lugar y posteriormente no se llevaron ningún objeto e inclusive pusieron un candado al marcharse, por lo que el tribunal de juicio dictó una sentencia absolutoria al considerar que se había generado un desistimiento; lo cual tiene consecuencias sumamente importantes: *“Aunque expresamente no hay fundamentación al respecto, por la absolutoria decretada es claro que el tribunal excluyó tácitamente las teorías que consideran que lo que se excluye es la sanción pues en este caso hubiese procedido a dictar una sentencia condenatoria (declaratoria que resulta inscribible en el Registro*

⁷⁷⁹ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 65-2005 de las once horas del cuatro de febrero de dos mil cinco. En el mismo sentido: Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 1301-2006 de las diez horas veinte minutos del veintiuno de diciembre de dos mil seis.

⁷⁸⁰ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 1390-2004 de las nueve horas con cuarenta minutos del tres de diciembre de dos mil cuatro.

*Judicial conforme lo establece el artículo 5 de la Ley de Registro y Archivo Judiciales) mas no le hubiese impuesto pena alguna pues, conforme a la posición jurisprudencial citada, el desistimiento es una causa de exclusión de la penalidad, nada de lo cual se hizo en el caso concreto.*⁷⁸¹

Analizado un caso de robo agravado, la Sala Tercera consideró que no existía desistimiento voluntario, pues el agente no prosiguió con el delito, pues producto del forcejeo con la víctima, esta resultó herida y aquél se asustó; lo que debe considerarse como una causa ajena a la voluntad del agente; ya que de no haberse dado el forcejeo el delito se hubiera consumado. No obstante, la magistrada suplente Rosario Fernández Vindas salvó su voto y consideró que si procedía la aplicación del desistimiento voluntario al caso concreto; fundamentándose en los siguientes argumentos: *“Ante la negativa del ofendido y su renuncia a entregarle el dinero y el reloj que portaba, el acusado Aguirre Romero le lanzó un golpe con el tubo al ofendido, logrando impactarle en la cabeza, producto de lo cual el ofendido cayó al suelo y sufrió una lesión que le incapacitó por espacio de una semana para el desempeño de sus labores habituales, e inmediatamente el acusado huyó del lugar .”* (cf. folio 212, el destacado en negrita es nuestro). *Atendiendo a este cuadro fáctico, no existió ningún acontecimiento externo al imputado, sino su propia decisión, que le impidiera continuar con la acción de desapoderar al ofendido de sus bienes, de ahí que el hecho no puede calificarse, como lo calificó el Tribunal a quo, como robo agravado en estado de tentativa, pues esta no se configura, sino que estamos ante un desistimiento de la actividad delictiva por parte del autor (...)si bien inicialmente hubo*

⁷⁸¹ Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José. Resolución N° 1380-2007 de las nueve horas con cincuenta y cinco minutos del veintinueve de octubre de dos mil siete.

resistencia del ofendido para que no se le quitaran sus bienes, en un posterior momento ya su resistencia estaba vencida, y la no consumación del hecho solo respondió a la propia decisión del encartado, y no “a causas independientes del agente”, como se requiere para la existencia de la tentativa, según se regula en el artículo 24 del Código Penal (...) De modo que no elimina la voluntariedad del desistimiento, la circunstancia de la que víctima esté sangrando, como el caso en examen, aunque asumamos que ante ello el autor se asusta, le da miedo, y por ello huye sin continuar con la acción que llevaba al desapoderamiento de los bienes del ofendido, pues siempre la no continuación de la acción depende de la voluntad del autor, independiente de una imposición externa.”⁷⁸²

La figura del desistimiento fue examinada en el supuesto de un delito de estafa mediante uso de documento falso. El caso concreto se refería a un sujeto que se dirigió a una institución bancaria con la finalidad de cambiar un cheque, siendo éste falso; no obstante, cuando ya lo había presentado en la ventanilla junto con su cédula de identidad y se había probado su legitimidad, aprovechó que el cajero se ausentó un momento del cubículo para retirarse sin lograr su propósito. Dicha conducta fue calificada como estafa por el Tribunal Superior Primero Penal, Sección Primera mediante sentencia número: 52 de las dieciséis horas del seis de abril de mil novecientos noventa y tres como tentativa; no obstante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia declaró con lugar el recurso de casación interpuesto por la defensa, y absolvió al imputado de toda pena y responsabilidad, pues consideró que la actuación del sujeto debe catalogarse como un desistimiento.

⁷⁸² Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 624-2006 de las diez horas del treinta de junio de dos mil seis.

Al respecto resulta importante destacar el siguiente extracto: *"En efecto, primeramente se afirma que el encartado "aprovechó" la ausencia del cajero para retirarse del lugar, lo cual constituye lógicamente una decisión personal, no forzada por ninguna circunstancia externa. Luego se especifica que, como el cajero se retiró del cubículo, el imputado "asumió para sí que se había comprobado algún hecho anormal" y que por ello se ausentó súbitamente. Sin embargo, desde este punto de vista tampoco se está acreditando ninguna circunstancia ajena a la voluntad del imputado que haya impedido la consumación, sino que lo que se describe es la simple "creencia" o el "convencimiento" del sujeto activo, quien, por esa causa dependiente de su fuero interno, o sea, el temor a ser descubierto, decide abandonar la ejecución del plan delictuoso. Hay que tomar en cuenta que, de acuerdo con la doctrina mayoritaria, el desistimiento no exige que el imputado renuncie a su propósito por una causa noble o desinteresada; basta que voluntariamente decida abandonar la empresa delictiva, con independencia de los motivos personales que lo lleven a actuar así (...) Cabe señalar, por último, que en casos como el presente, donde el desistimiento se produjo antes de que el agente realizara actos subsumibles -por sí mismos- en alguna figura penal, lo que se configura es un hecho atípico, pues se trata de una situación que no está regulada de modo expreso en la ley. El caso debe regirse, en consecuencia, por el principio de legalidad: "nullum crimen, nulla poena, sine previa lege" (artículo 1 del Código Penal)."*⁷⁸³

Este criterio ha sido defendido por el magistrado Carlos Chinchilla Sandí (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia) quien vehementemente en la entrevista realizada

⁷⁸³ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 706-F-1993 de las nueve horas con treinta minutos del diecisiete de diciembre del mil novecientos noventa y tres.

manifestó: *“El desistimiento es parte de la acción. La acción es un estadio anterior a la valoración de la tipicidad misma; con el desistimiento la acción sería atípica porque la conducta no llega a ser típica.”*⁷⁸⁴

En otro caso en el cual la persona trataba de ingresar droga al Centro Penitenciario “La Reforma” se negó el desistimiento, pues la imputada entregó la marihuana y la cocaína en el momento en que los oficiales del lugar procedieron a efectuarle la revisión obligatoria, por lo que se concluyó que la decisión de no continuar con el delito se debió a causas ajenas a su voluntad, cual es el temor de ser descubierta. Sin embargo, lo más destacable de esta resolución es que considera que el desistimiento excluye la tipicidad de la conducta, lo cual tal y como se analizó anteriormente genera consecuencias importantes a nivel de participación criminal; como muestra de lo anterior presento el siguiente extracto: *“Este hecho no puede considerarse como un desistimiento voluntario, figura que no se encuentra regulada expresamente en nuestra ley, pero requiere que el delito no se hubiera consumado. Como bien lo señala el propio defensor público, debe entenderse que los hechos punibles o son consumados o quedan en tentativa, ésta implica, conforme al artículo 24 del Código Penal, que por circunstancias ajenas a la voluntad del agente el hecho no se consuma, de modo que si es su voluntad lo que lo impide, no habría un hecho típico, en el entendido que esta figura es un amplificador de los tipos penales regulados en la parte especial del Código penal.”*⁷⁸⁵ En el mismo sentido se pronunció en otro de sus votos: *“(..) una lectura del numeral 24 del*

⁷⁸⁴ Chinchilla Sandí, Carlos (2009). La Tentativa y el Desistimiento en los Delitos Sexuales. Entrevista: Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. 3 de junio.

⁷⁸⁵ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 886-2004 de las diez horas con quince minutos del veintitrés de julio de dos mil cuatro.

Código Penal conforme lo dispone el artículo 2 de ese código conduce a concluir que sólo puede sancionarse a una persona, al menos, cuando sus actos sean susceptibles de ser tipificados como tentativa y si el desistimiento voluntario impide que exista tentativa (pues la enerva), necesariamente, en nuestro derecho hoy vigente (pues el Proyecto de Código Penal en discusión en la Asamblea Legislativa tiene variaciones en este sentido), el desistimiento voluntario excluye la tipicidad de la conducta pues el "tipo" penal de la tentativa (artículo 24 del Código Penal) no se cumple, eso al margen de la corrección o incorrección dogmática que se le pueda hacer a esa postura pero en estricto respeto a nuestro derecho vigente.⁷⁷⁸⁶

Otros votos en cambio, consideran el desistimiento como una causa de exclusión de la pena, con efectos totalmente diferentes a que si se piensa como atípica la conducta; es por ello que la Sala Tercera ha manifestado: *"(...) el desistimiento sí puede admitirse como una causa de exclusión de pena para el autor cuando éste ha decidido voluntariamente no continuar la ejecución del hecho delictivo, es decir, cuando su actuar no se detiene por hechos que él no puede controlar, sino por un comportamiento activo de su parte que demuestra una voluntad de no realizar lo prohibido por la norma antepuesta al tipo penal concreto que se trate."*⁷⁷⁸⁷ En el mismo sentido se expresa la Sala en otra de sus resoluciones; a saber: *"(...) el desistimiento si puede admitirse como una causa de exclusión de pena para el autor cuando éste ha decidido voluntariamente no continuar la ejecución del hecho delictivo, es decir, cuando su actuar no se detiene por*

⁷⁸⁶ Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José. Resolución N° 1380-2007 de las nueve horas con cincuenta y cinco minutos del veintinueve de octubre de dos mil siete.

⁷⁸⁷ Tribunal de Casación Penal del Tercer Circuito Judicial de Alajuela, Sección Primera. San Ramón. Resolución N° 550-2008 de las nueve horas con cincuenta minutos del veintiuno de noviembre de dos mil ocho.

*hechos que él no puede controlar, sino por un comportamiento activo de su parte que demuestra una voluntad de no realizar lo prohibido por la norma antepuesta al tipo penal concreto que se trate. Siendo así las razones de su fuero interno que lo conducen a tal decisión no interesan para la calificación de su voluntad, sino los hechos exteriorizados que permiten considerar su deseo de no continuar con una ejecución que puede perfectamente terminarse. (...) El desistimiento voluntario sólo produce la impunidad del que desiste. De acuerdo con la opinión dominante es una causa personal de levantamiento de la pena, ya que el desistimiento no afecta ni a la tipicidad ni a la antijuridicidad y tampoco la culpabilidad queda compensada más que en cierta medida.*⁷⁷⁸⁸

Es importante tener presente que en un caso de tentativa de homicidio la defensa alegaba en casación que lo correcto era considerar la consumación de las lesiones en el delito aludido, pues el sujeto desistió de continuar con la agresión; sin embargo, la Sala consideró que una vez que se lleva a cabo el acto idóneo para conseguir el fin –en el caso concreto el machetazo en la cabeza de la víctima con la finalidad de matarla- ya no es posible la procedencia del desistimiento, pues el advenimiento del resultado no depende del agente y está abandonado al curso causal⁷⁸⁹.

Muy ligado con este caso en otro supuesto también se negó la configuración del desistimiento voluntario, pues el homicidio no se llegó a consumir por la resistencia que

⁷⁸⁸ Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José. Resolución N° 1380-2007 de las nueve horas con cincuenta y cinco minutos del veintinueve de octubre de dos mil siete.

⁷⁸⁹ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 1488-2007 de las diez horas con cuarenta y cinco minutos del catorce de diciembre de dos mil siete.

opuso la víctima, tal y como se desprende del siguiente extracto: *“(...)es efectivamente la resistencia opuesta por el perjudicado dentro del automotor, que no puede desligarse de lo acontecido posteriormente fuera del vehículo, lo que constituye el factor desencadenante, ajeno a la voluntad del inculpaado que lo compele a abandonar el sitio de los hechos sin que el ilícito perseguido se consumara, o por lo menos, no se logró demostrar que el convicto entrara en posesión de los bienes del ofendido que desaparecieron (un anillo y dinero en efectivo), sin que pueda entenderse este “abandono” del justiciable, según lo pretende el impugnante, como un desistimiento voluntario de su representado.”*⁷⁹⁰

En relación con el arrepentimiento activo también se han pronunciado nuestros Tribunales, pues en un caso en que el sujeto hirió con un cuchillo a la víctima, es claro que el dolo era de matarla; mas ante las súplicas de la víctima y su promesa de que volvería con él, el mismo decidió no matarla y llevarla a un hospital para que la atendieran; por lo que se determinó el arrepentimiento activo del sujeto en relación con el delito de homicidio, sin embargo, al presentarse una tentativa calificada, el delito de lesiones graves se tuvo por consumado. A continuación un fragmento de la sentencia que establece lo anterior: *“La razón por la cual la conducta fue calificada como lesiones graves –y no como tentativa de homicidio– obedece a que medió un desistimiento del delito originalmente propuesto o, para ser más precisos, un arrepentimiento activo, ya que M. C. no solo puso fin a sus actos homicidas, sino que además adoptó las medidas necesarias para evitar que se produjera el resultado (la muerte), trasladando a la*

⁷⁹⁰ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 1301-2006 de las diez horas veinte minutos del veintiuno de diciembre de dos mil seis.

*agraviada a una clínica con el fin de que recibiera atención médica. En supuestos como el que se examina, se está en presencia de una tentativa acabada de homicidio, de modo que el arrepentimiento activo y la efectiva evitación del resultado, tienen como consecuencia que el agente responda solo por los hechos punibles que alcanzaron consumación, en este caso, las lesiones graves.*⁷⁹¹

TÍTULO III. REFERENCIA JURISPRUDENCIAL A LOS DELITOS SEXUALES (VIOLACIÓN Y ABUSO SEXUAL)

Ahora propiamente en el ámbito de los delitos sexuales cabe destacar un voto, que tiene como precedente un fallo del Tribunal Penal de Juicio del Primer Circuito Judicial de San José, en el cual se condenó por el delito de tentativa de violación a un sujeto que decidió no continuar con la ejecución del delito pues alguien tocó la puerta de la habitación donde se encontraban y la víctima siempre opuso resistencia para impedir la afectación. Al respecto la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia manifestó: *“(...) no resulta inconsecuente la derivación que hizo el tribunal de mérito, ya que el actuar de Bonilla Hernández no manifiesta a este respecto la necesaria voluntariedad que caracteriza el desistimiento, y por ello la tentativa de violación resulta acabada pero impedida la continuación hacia la siguiente fase del iter criminis por factores externos al agente, con lo que la aplicación del artículo 24 del Código Penal no es incorrecta.*⁷⁹² A pesar de que estoy de acuerdo con lo resuelto por el a quo; me parece que debieron

⁷⁹¹ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 41-2008 de las nueve horas con veinticinco minutos del veinticinco de enero de dos mil ocho.

⁷⁹² Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 1208-1998 de las ocho horas con cincuenta y cinco minutos del once de diciembre de mil novecientos noventa y ocho.

tomarse en consideración otras circunstancias para resolver el asunto; ejemplo de ello es que se valora el arrepentimiento del autor únicamente como factor para la imposición de la pena, y se le negó el efecto de impunidad de que goza el desistimiento; lo anterior se pone de manifiesto en la siguiente frase: *“Debe hacersele, entonces, un reproche del injusto que tome en cuenta esa circunstancia, así como su comportamiento en el momento de los hechos, no sólo en cuanto a su comportamiento posterior, consistente en ayudar a bañarse a la víctima, de pagarle el transporte hasta su hogar, de corregir en lo posible su error y de colaborar con la justicia en la averiguación de los hechos que se le acusaban. El monto de pena a imponer debe calcularse valorando en beneficio del condenado, como lo hace también el tribunal de mérito, que en este caso el encierro no puede producirle ningún efecto positivo de resocialización, ya que su actitud personal de arrepentimiento y de intento de enmienda manifiesta por sí una actitud integrativa al marco de lo dispuesto por las normas que debe reafirmarse por medio de una actitud estatal de comprensión de su actitud frente al injusto realizado (...)el desistimiento sí puede admitirse como una causa de exclusión de pena para el autor cuando éste ha decidido voluntariamente no continuar la ejecución del hecho delictivo, es decir, cuando su actuar no se detiene por hechos que él no puede controlar, sino por un comportamiento activo de su parte que demuestra una voluntad de no realizar lo prohibido por la norma antepuesta al tipo penal concreto que se trate.”*⁷⁹³

Determinar el grado de voluntariedad con que actuó el individuo es difícil, pues no fue solamente dejar de realizar el acto sino que desplegó actos propios de un

⁷⁹³ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 1208-1998 de las ocho horas con cincuenta y cinco minutos del once de diciembre de mil novecientos noventa y ocho.

arrepentimiento, propios de su convicción interna; que deberían considerarse a efecto de otorgar la impunidad siempre que no se haya configurado un abuso sexual –o abuso deshonesto como regulaba la legislación anterior-; en cuyo caso habría que absolverlo por el delito de violación y castigarlo por el que se tuvo por consumado. Este caso es uno de los que se encuentran en la llamada: “zona gris” y por ello en el juego de pesos y contrapesos se podría optar por ambas soluciones, sin poder negar con seguridad la incorrección de una de ellas.

Dentro de los supuestos que reflejan que se trata de una zona gris, se encuentra el hecho de que el encontrarse en un hotel puede ser un entorno favorable para la comisión del hecho, por lo que el escuchar un grito o un “quejido” podría tenerse como una situación normal. Al consultarle al Magistrado José Manuel Arroyo Gutiérrez sobre el tema manifestó: *“Si la persona ha consentido en ir incluso a un lugar donde se supone es para tener relaciones sexuales y en determinado momento reconsidera la situación y le dice al sujeto “no quiero”; obviamente habrá violación si el sujeto continúa con la acción. Es un caso diferente a si una persona es secuestrada y llevada a un hotel a la fuerza para consumir un acceso carnal no consentido. Las consideraciones que pueda tener un sujeto para desistir tienen que ser concretas; es decir, no abstractas: “podría haber alguien”, “podría venir alguien de afuera”, esos temores en mi criterio sí podrían dar pie para la consideración de un desistimiento porque una cosa es que la mujer grite y hayan golpes*

*de pared, y otra es la pura imaginación del agente de que las cosas le pueden salir mal y en razón de ello desiste.*⁷⁹⁴

Se podría mencionar que uno de los poquísimos fallos que admiten la procedencia del desistimiento en el delito de violación es uno dictado por parte del Tribunal de Juicio del Segundo Circuito Judicial de la Zona Atlántica y confirmado por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, en el cual, sorprendentemente no solamente se otorga la impunidad al imputado por el delito de violación sino también se niega la existencia del delito de abuso deshonesto (o abuso sexual), por faltar la connotación sexual de los actos por él desplegados; en lo que interesa el voto mencionado expone lo siguiente: *“(..)* en el caso concreto lo que medió fue un desistimiento voluntario, pues la falta de consumación del delito obedeció de manera exclusiva a la voluntad del imputado A.J., quien decidió no continuar ejecutando su propósito, no obstante que, de haber proseguido con el mismo, hubiere alcanzado el objetivo que se había fijado (...) el desistimiento voluntario "quedó acreditado con la versión que sobre los hechos brindó la ofendida cuando aseguró que luego de forcejear con el imputado, con quien evidentemente no quería mantener relaciones sexuales, aquél le indicó que estaba bien, que iba a salir del dormitorio a vestirse, lo que ella aprovechó para salir finalmente de la casa de su madre (...) Aún cuando se pueda tener por demostrado que M.S-gritaba y pateaba al imputado, no es precedente sostener que ello haya constituido una circunstancia ajena al inculpatado, lo suficientemente poderosa como para afirmar que impidió la consumación del delito (...) No basta para que exista el delito de abusos deshonestos un simple tocamiento o un

⁷⁹⁴Arroyo Gutiérrez, José Manuel (2009). Tentativa y Desistimiento en los Delitos Sexuales. Entrevista: Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. 3 de junio.

*despliegue de fuerza sobre la persona ofendida, sino que para ello se requiere la presencia del elemento subjetivo, es decir los actos materiales que se ejecuten deben conllevar una connotación sexual, es decir ser objetivamente impúdicos o libidinosos conforme a la significación subjetiva concedida por el agente*⁷⁹⁵.

Otro de los votos a destacar en el tema del desistimiento fue emitido por el Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José, en el que el sujeto activo (quien era menor de edad) trató de meterle el pene en el ano al ofendido (también menor de edad); sin embargo, no llegó a la consumación del mismo, y se determinó que al no tener certeza sobre los motivos que impidieron el resultado se optó por aplicar el desistimiento; tal y como se muestra a continuación: *"toda tentativa requiere no sólo que el sujeto haya iniciado la ejecución del delito por actos directamente encaminados a su consumación, sino que es necesario que ésta no se haya producido por " causas independientes del agente " (artículo 24 del Código Penal). En la especie está claro que S. C. trató de introducir su miembro viril en el ano del ofendido, pero no se determinó con igual claridad que haya sido alguna circunstancia ajena a su voluntad la que le impidió la consumación. Sobre ese tema, el fallo se limita a indicar que el encartado no le introdujo el pene al menor en el ano porque: " Probablemente no se atrevió pues O. refiere que le dolía y que donde lo puso fue en la parte del círculo de la cola." (Folio 146). Lo anterior significa (en un grado de duda que debe favorecer al acusado) que la falta de consumación pudo obedecer a circunstancias dependientes de la voluntad del propio*

⁷⁹⁵Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 1191-1999 de las nueve horas con veintiocho minutos del diecisiete de setiembre de mil novecientos noventa y nueve.

*agente, con lo que estaríamos no ante una tentativa, sino más bien ante un desistimiento del delito de violación por vía anal.*⁷⁹⁶

En un voto muy interesante, la Sala Tercera estableció –contrario a la tendencia general- la procedencia de un delito de abuso sexual consumado, en lugar de la tentativa del delito de violación; aún y cuando de la situación fáctica se desprende que el dolo del sujeto pasivo se dirigía a la penetración de la víctima. Lo anterior se constata con vista del siguiente extracto: *“En efecto, los jueces de mérito establecieron que el imputado desistió voluntariamente del delito de violación que originalmente se propuso, pues a pesar de que si así lo hubiera querido, bien pudo consumir la penetración o acceso carnal sin el consentimiento del sujeto pasivo: “... a la fuerza y mientras la sostenía, le desabrocha el pantalón colegial y le baja el zipper (sic) ... y en esa posición sin que ella pudiera prestar resistencia, por la diferencias de fuerzas, procede a tocarla en forma libidínosa, porque tocarla en sus partes íntimas no es más que eso, e intenta meterle el dedo y el pene, lo que no logra porque ella se resiste, y lucha, y cierra sus piernas, es cierto que el imputado desiste de mantener relaciones sexuales, porque la ofendida no se lo permite ... cierto es que si el encartado hubiera querido hubiera podido accederla carnalmente, no obstante ante la negativa y resistencia de la menor no lo hace, incluso le anuncia que no le hará nada, que no se preocupe, lo cual le dice mientras continúa con sus tocamientos indebidos ...”.*⁷⁹⁷

⁷⁹⁶ Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José. Resolución N° 707-2007 de las diez horas con cuarenta y cinco minutos del veintiocho de junio del dos mil siete.

⁷⁹⁷ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 1008-2006 de las diez horas con quince minutos del seis de octubre de dos mil seis.

Otro interesante fallo me hace dudar acerca del dolo del autor, pues me parece que hasta cierto punto podría considerarse que existía consentimiento de la ofendida; a continuación un extracto del mismo donde ello se manifiesta de modo contundente: *“A folios 119 a 120 de la sentencia, el a quo explica que del relato de I. P. T. deriva que el encartado, de forma expresa y directa, intimidando con un arma punzo cortante, le indicó que deseaba “...culear...” [sic] a una mujer de raza negra (y la ofendida lo era). La experiencia demuestra que aquel término constituye una forma ordinaria y vulgar de denominar el mantenimiento de relaciones sexuales genitales. Se argumenta en el fallo que, como consecuencia de esa amenaza, la víctima simuló acceder a su petición desatándose parte de la blusa y desabrochando unos botones de su prenda de vestir inferior, momento en que el imputado no sólo abre la cremallera de su pantalón logrando observar aquélla su vello pubiano, sino que procura llevarla a un aposento de la casa, situación que la ofendida aprovecha para huir corriendo. De esta manera, no queda duda de que la pretensión de G. H. era acceder carnalmente a la denunciante y, por lo tanto, de la existencia de un dolo de violación.”*⁷⁹⁸ No se pone en duda el dolo con que el sujeto dio comienzo a los actos de ejecución del delito; sin embargo, la posterior conducta de la víctima pudo haber hecho creer al autor que contaba con el consentimiento de la ofendida. Por lo expuesto considero que este es un caso que podría dar origen a opiniones diversas e incluso contradictorias.

Javier Llobet cita un fallo de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, a saber; la resolución número: 45 –F-1981; en la cual se varió la calificación jurídica del

⁷⁹⁸ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 463-2007 de las quince horas con quince minutos del dieciséis de mayo de dos mil siete.

ilícito de violación a abusos deshonestos, pues a pesar de que hubo forcejeo entre la víctima y el agente, la ofendida quedó inconsciente y no logró probarse la penetración. La justificación para la toma de esa decisión fue que: *“(...) no caben presunciones en la interpretación de la prueba, cuando resulten perjudiciales para el imputado.”*⁷⁹⁹

Un fallo que merece comentarse es la sentencia datada de las diecisiete horas y veinte minutos del ocho de agosto de mil novecientos setenta y nueve emitida por parte de la Sala Primera Penal; en la cual se denegó la existencia de una tentativa de violación aún en caso de que el agente fue descubierto por la hermana de la víctima, quien comenzó a pedir auxilio. Es claro que se trata de un fallo un tanto controvertido, pues esa situación no fue considerada como una causa ajena a la voluntad del agente. A modo de ilustración se puede mencionar un pequeño extracto del fallo mencionado: *“Si bien inicialmente el acusado tuvo la intención de poseer carnalmente a la ofendida, ya que la persiguió y sostuvo una fuerte lucha con ella, la verdad es que ese hecho delictuoso no se llevó a cabo por la decisión voluntaria del imputado que desistió de la misma cuando vio que una hermana de aquella corrió a pedir auxilio en el vecindario, razón por la que no estamos ante un caso de tentativa de violación, toda vez que ese delito requiere que la acción punible que se propuso realizar el sujeto activo se haya malogrado por causas ajenas a su voluntad.”*⁸⁰⁰

⁷⁹⁹ Llobet Rodríguez, Javier (1989). “El Desistimiento Voluntario”. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Año 1 (Nº 1) p 49-56. Dic. San José, Costa Rica. p 54.

⁸⁰⁰ Fernández Moreno, R. y Madrigal Madrigal, J. (1995). El Desistimiento Voluntario de Consumar el Delito: Su Regulación en el Ordenamiento Jurídico Costarricense. Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica. p 243.

Cuando el agente desiste de continuar con la acción por los gritos de la víctima, - pues le genera temor ser descubierto por un tercero que acuda ante el ruido generado - generalmente se ha afirmado su involuntariedad. Mientras que si desiste por el dolor que le genera a la víctima la penetración, considero que debería aceptarse la posibilidad de configuración de un desistimiento voluntario –obviamente sancionando aquellas conductas que en el ínterin se consumen- pues el dolor no debería ser una causa que le impida continuar con la realización del hecho. No obstante en uno de los fallos de la Sala Tercera se determinó que ambos supuestos deben considerarse casos de desistimiento involuntario y por consiguiente el agente no debe verse beneficiado con la impunidad, tal y como queda constando en la siguiente transcripción: *“(...)L. B. R. no logró su objetivo por el dolor que aquejó la menor de edad al tratar de penetrarla (folio 57 vuelto ya mencionado), lo cual es una circunstancia exterior al imputado (...) Al decir que la niña lloró por el dolor y que el acusado cesó la penetración por temor a que con su llanto alertara a quienes estaban en la vivienda sobre lo que estaba sucediendo, el Tribunal no está incluyendo una circunstancia que sorpresivamente varíe la acusación, pues en los términos en que está redactada, se puede entender que fue por la reacción de la menor ofendida que el imputado interrumpió la relación causal.”⁸⁰¹*

⁸⁰¹ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 438-2006 de las nueve horas con cuarenta minutos del diecinueve de mayo de dos mil seis.

SECCIÓN V. CONCEPCIÓN DEL DESISTIMIENTO EN ORDENAMIENTOS JURÍDICOS EXTRANJEROS

TÍTULO I. GENERALIDADES

El vacío legislativo con que cuenta nuestro código penal sobre este instituto no debe extrañar, pues la situación no se presenta de forma exclusiva en nuestro país; esto por cuanto, en legislaciones como la chilena está presente la misma laguna y ello ha presentado graves problemas de interpretación; lo cual se corrobora mediante la siguiente cita que se muestra a continuación: *“La jurisprudencia (...) cumple la finalidad de cubrir el vacío de la legislación penal que, como hemos visto en el Capítulo Segundo, no contempla una norma que se refiera expresamente a aquella (...) la fuerza jurídica y moral que emana de la Corte Suprema, en su calidad de tribunal de casación destinado a regularizar la aplicación de la ley, permiten que la interpretación que haga este Tribunal pueda servir como modelo para los casos futuros, aunque no sea impuesta en forma obligatoria.”*⁸⁰²

En nuestro derecho en caso de presentarse un “Desistimiento Malogrado” no se atribuye una consecuencia específica, a lo sumo sería valorado a la hora de la imposición

⁸⁰² Solís Muñoz, Alejandro (1967). *Jurisprudencia sobre el Desistimiento en la Tentativa*. Memoria de Prueba para optar por el grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. p 78.

de la pena como elemento atenuante; distinto así del caso alemán en el cual, al igual que en el supuesto de presentarse un desistimiento voluntario se otorga la impunidad⁸⁰³.

TÍTULO II. JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL EN OTROS DELITOS

Mediante sentencia número: 2289 fechada veinte de abril de mil ochocientos noventa y siete la Corte de Concepción (Chile) aceptó la aplicación del desistimiento en un caso en el cual varios asaltantes detuvieron a la víctima para robarle inmovilizando el caballo en que venía la misma, pues esta se encontraba en estado de ebriedad y consecuentemente era incapaz de oponer resistencia al ataque; por lo cual nada impedía que los sujetos consumaran el hecho y aún así decidieron no continuar con la ejecución. Valga aclarar que en caso de que se hubieran presentado terceras personas al lugar de los hechos, la solución no sería tan clara, pues habría que valorar si el desistimiento fue voluntario o más bien producto de la coacción⁸⁰⁴.

La Sala Primera Argentina determinó mediante resolución del veintidós de febrero de mil novecientos setenta y cuatro que si el ladrón se asoma en el lugar en el cual piensa ingresar para apoderarse de bienes ajenos y al analizar la situación no encuentra ningún artículo que le interese desiste voluntariamente de consumir el hecho⁸⁰⁵. Solución que

⁸⁰³ Muñoz Conde, Francisco (1972). El Desistimiento Voluntario de Consumar el Delito. 1ª Edición. Barcelona, España. Editorial Bosch. p 139.

⁸⁰⁴ Solís Muñoz, Alejandro (1967). Jurisprudencia sobre el Desistimiento en la Tentativa. Memoria de Prueba para optar por el grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. p.p. 47-48.

⁸⁰⁵ Gil Lavedra, Ricardo Rodolfo (1977). "El Desistimiento Voluntario de la Tentativa". Doctrina Penal: Teoría y Práctica en las Ciencias Penales. Año 1 (Nº 0) p 177-230. Jul- Dic. Buenos Aires, Argentina. p 220.

resulta muy interesante por cuanto es muy difícil determinar si lo que motivó al sujeto fue una causa interna o externa.

En otro caso la Corte Suprema Chilena mediante resolución número: 64 datada de mil novecientos treinta y seis favoreció la configuración del desistimiento en un supuesto en que un individuo provocó un incendio, pero él mismo lo apagó voluntariamente y determinó que aún y cuando el móvil que lo hubiera llevado a desistir fuera el temor de ser sorprendido, su actuación hace desaparecer la tentativa. No obstante se debe señalar que un voto de minoría consideró que no se debía de exonerar de pena el desistimiento cuando se sobrepasan los actos preparatorios y se da comienzo a la ejecución del delito, de forma que lo procedente era atenuar la conducta o no agravarla más de lo establecido⁸⁰⁶. La opinión del voto mayoritario es acertada, pues si se sigue el voto de minoría se llegaría al absurdo de considerar que ningún desistimiento permite la exoneración de sanción; pues por definición el mismo se ubica entre los actos preparatorios y la consumación del delito; es decir, en la fase ejecutiva del iter criminis.

La misma Corte Suprema en otro caso manifestó que el fundamento de la impunidad del desistimiento radica en que el mismo hace desaparecer el peligro de lesión al bien jurídico y falta la intención dolosa del agente⁸⁰⁷.

⁸⁰⁶ Solís Muñoz, Alejandro (1967). Jurisprudencia sobre el Desistimiento en la Tentativa. Memoria de Prueba para optar por el grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. p.p. 48-53.

⁸⁰⁷ *Ibidem*, p.p. 53-54.

Otro supuesto analizado por la Corte de Santiago (Chile) en la resolución número: 52 fechada nueve de julio de mil novecientos cuarenta y dos, declaró la procedencia del desistimiento en un caso en el que los sujetos se dirigieron a una notaría con la finalidad de falsificar un documento, y al final deciden no continuar con su actuación, precisamente en el momento en que se les solicitó mostraran sus documentos de identidad⁸⁰⁸. Este caso se encuentra mal resuelto, pues la decisión que toman los individuos se encuentra motivada por la solicitud de presentar sus cédulas de identidad; de forma tal que calificaría el caso como un delito frustrado o tentativa acabada, pues lo que impidió la consumación no fue su decisión voluntaria de dejar de cometer el delito sino una causa independiente y ajena a ellos; a saber: sentirse descubiertos.

En relación con el delito de presentación de documentos falsos en juicio la Corte Suprema de Chile mediante fallo datado dieciocho de julio de mil novecientos cincuenta y ocho determinó que al ser delitos unisubsistentes se consuman en el mismo momento, por lo tanto no es dable considerar la procedencia de una tentativa y mucho menos de un desistimiento⁸⁰⁹.

La Suprema Corte de Tucumán (Argentina) en sentencia del veintisiete de julio de mil novecientos cuarenta, estableció que si lo que provocó que el sujeto activo detuviera la ejecución del delito era el temor de que el arma le fallara, o el tener la creencia de que había personas cerca del lugar de los hechos no puede reputarse el desistimiento como

⁸⁰⁸ Solís Muñoz, Alejandro (1967). Jurisprudencia sobre el Desistimiento en la Tentativa. Memoria de Prueba para optar por el grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. p.p. 58-60.

⁸⁰⁹ *Ibidem*, p.p. 73-77.

voluntario, pues la causa del abandono debe estar determinada por circunstancias que no impidan la ejecución del propósito delictivo⁸¹⁰.

La Cámara Penal de Mercedes (Argentina) mediante sentencia fechada diecisiete de mayo de mil novecientos sesenta y seis, determinó que en los casos en que el sujeto activo desiste de continuar con su acción por error, ignorancia, inconsciencia, fuerza física o coacción debe negarse la voluntariedad de su decisión⁸¹¹.

Es importante tomar en consideración que cuando la acción desplegada por el agente es perturbada por un hecho específico o porque él mismo cree que se presenta ese obstáculo el desistimiento debe reputarse involuntario; en caso contrario sí debe afirmarse la voluntariedad; así fue considerado mediante fallo de Primera Instancia Argentina datado catorce de junio de mil novecientos setenta y seis⁸¹².

TÍTULO III. JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL REFERENTE A DELITOS SEXUALES

La jurisprudencia argentina destaca un fallo dictado por la Suprema Corte de Tucumán datada del dieciséis de abril de mil novecientos cuarenta y dos, que determinó la existencia de un desistimiento voluntario en un caso en que el agente desistió de

⁸¹⁰ Gil Lavedra, Ricardo Rodolfo (1977). "El Desistimiento Voluntario de la Tentativa". Doctrina Penal: Teoría y Práctica en las Ciencias Penales. Año 1 (Nº 0) p 177-230. Jul- Dic. Buenos Aires, Argentina. p 205.

⁸¹¹ *Ibidem*, p 214.

⁸¹² *Ibidem*, p 221.

realizar el hecho por la resistencia opuesta por la víctima, pues la misma no era suficiente para impedirle al agente la consumación del hecho; el supuesto de hecho concreto se manifiesta en el siguiente extracto: *“Así llegó donde la menor cosía, en el umbral de la habitación...y la tomó entre sus brazos...se limitó a hacerle caricias, naturalmente con el fin de abusar contra el pudor...pero como la R no quiso cederle y se resistió, el deponente resolvió dejarla por su propia voluntad, pues no era el caso de ir a formar un escándalo...terminando así su aventura(...)”*⁸¹³

Contrario a dicho voto, en otra resolución emanada del Superior Tribunal de Entre Ríos (Argentina) fechado veinte de setiembre de mil novecientos cuarenta y cinco se negó la voluntariedad del desistimiento aún y cuando el agente manifestó que dejó de realizar el ilícito al percatarse de lo que iba a realizar; pues también expresó que llevó a cabo todos los actos necesarios para lograr la penetración y sin embargo, no lo logró. Esto por cuanto si a pesar de los esfuerzos realizados por el agente, el mismo no obtiene su finalidad; el desistir de su acción no constituye un desistimiento voluntario. Como ilustración de lo anterior se transcribe el extracto que se muestra de seguido: *“Es verdad que el reo aduce que soltó a la víctima “porque se dio cuenta de lo que iba a hacer”, pero también nos dice que con movimientos adecuados y con algunos esfuerzos, hizo todo lo que pudo para introducirle el pene a la menor –sin conseguirlo-, lo que desde luego, pone de manifiesto que el desistimiento no fue voluntario en el sentido de espontáneo, pues el agente activo no pudo decir en el instante en que desistía “puedo y no quiero”.*⁸¹⁴

⁸¹³ Gil Lavedra, Ricardo Rodolfo (1977). “El Desistimiento Voluntario de la Tentativa”. Doctrina Penal: Teoría y Práctica en las Ciencias Penales. Año 1 (Nº 0) p 177-230. Jul- Dic. Buenos Aires, Argentina. p.p. 209-211.

⁸¹⁴ *Ibidem*, p.p. 212-213.

Los motivos que deben conducir al desistimiento para que el mismo sea considerado voluntario también han sido objeto de análisis, y por ello el Superior Tribunal de Justicia de Misiones (Argentina) –en resolución datada del veinte de julio de mil novecientos setenta y uno- estableció que no se requiere que el mismo sea espontáneo, pues no se podría negar dicho carácter porque un tercero persuade al agente a dejar de realizar la acción, o porque el mismo lo haga por decisión propia, pero sin un motivo concreto. Además se dijo –contrario a lo que ha sido elaborado por la doctrina- que hay desistimiento voluntario si el sujeto no logra su propósito con ocasión del escaso desarrollo sexual de la menor⁸¹⁵.

A pesar de lo desarrollado por la doctrina en relación con la presencia de terceros y su efecto en el desistimiento, la Sala de Cámara Argentina emitió una sentencia con fecha veinticuatro de marzo de mil novecientos setenta y dos, que determinó que la idea o el temor del sujeto activo de que se presenten familiares de la víctima no excluye la voluntariedad del desistimiento si ello no representa para el autor un hecho que impida la consumación, ello por cuanto: *“No requiere motivaciones éticas, ni ausencia de peligrosidad criminal, en el autor, ni siquiera la calidad de espontáneo”*.⁸¹⁶ Otros votos han marcado una diferencia entre el temor general a las consecuencias del ilícito y el temor concreto pues el primero de ellos no niega la posibilidad de considerar el

⁸¹⁵ Gil Lavedra, Ricardo Rodolfo (1977). “El Desistimiento Voluntario de la Tentativa”. Doctrina Penal: Teoría y Práctica en las Ciencias Penales. Año 1 (Nº 0) p 177-230. Jul- Dic. Buenos Aires, Argentina. p.p. 217-220.

⁸¹⁶ Ibidem, p.p. 216-217.

desistimiento como voluntario; así lo resolvió la Primera Instancia Argentina mediante fallo del catorce de junio de mil novecientos setenta y seis⁸¹⁷.

Es importante destacar un fallo de la Cámara Federal de la Plata (Argentina) en el cual se manifestó que constituía un inicio de ejecución del delito de violación el ingreso violento a la vivienda de la víctima, aún y cuando la misma escapó y el agente no pudo ejercer ningún tipo de fuerza sobre ella. Lo que nos muestra que en este tipo de ilícitos en ocasiones se revela un amplio margen de interpretación que podría menguar la seguridad jurídica; pues cómo determinar el dolo del agente, ya que el mismo podría ser de robo, o violación de domicilio, o bien de lesiones u homicidio⁸¹⁸.

Resulta destacable el fallo número: 2132-2004 de la Sala Penal Permanente de Lima, Perú; datada veintiocho de setiembre de dos mil cuatro, en el cual se aceptó la aplicación de la institución del desistimiento, en un caso en el que la víctima opuso resistencia gritando y mordiendo al sujeto activo; pues el mismo manifestó que se arrepintió de la acción que había comenzado a ejecutar y todavía no había realizado todo lo necesario para consumarlo⁸¹⁹.

⁸¹⁷ Gil Lavedra, Ricardo Rodolfo (1977). "El Desistimiento Voluntario de la Tentativa". *Doctrina Penal: Teoría y Práctica en las Ciencias Penales*. Año 1 (Nº 0) p 177-230. Jul- Dic. Buenos Aires, Argentina. p 221.

⁸¹⁸ Nombedeu, César Manuel (2000). "La Tentativa en el Derecho Penal Argentino". Junio. La Plata, Argentina. En: www.justiniano.com/index2.htm (Consulta: 25 de febrero, 2009).

⁸¹⁹ <http://www.auditoriajudicial.org.pe/MASTERS/CSANMARTIN/sentencias/62.pdf> (Consulta: 2 de marzo, 2009).

CONCLUSIÓN GENERAL

Concluida la presente investigación sobre el Desistimiento y la Tentativa y su enfoque en los delitos de Violación y Abuso Sexual a la luz de la Doctrina y la Jurisprudencia, queda únicamente elaborar un breve análisis de los puntos más interesantes que se desarrollaron. La tentativa y el desistimiento forman parte del “iter criminis” o “camino del crimen”; el cual, se perfila tanto como un proceso físico como psíquico; de allí la relevancia de establecer los motivos que llevaron al agente a no continuar con la ejecución del delito. Ambos institutos jurídicos se encuentran en la fase externa del iter criminis, como parte de los actos de ejecución del mismo; y el resultado querido inicialmente por el agente –en ambas figuras- no se produce y por ello no se arriba a la consumación del injusto.

La tentativa se compone de dos elementos, uno objetivo y otro subjetivo; éste último viene dado por el dolo y se bifurca en dos aspectos, uno cognitivo y otro volitivo. Precisamente este último –el aspecto volitivo- es el que diferencia la tentativa del desistimiento, pues mientras en la tentativa el sujeto mantiene la voluntad de conseguir el resultado propuesto hasta el momento en que el mismo se le imposibilita por factores ajenos a él; en el desistimiento durante la ejecución del delito el agente cambia su voluntad y por ello el dolo con que inició la ejecución desaparece y deja de cometer el hecho (en el caso de la tentativa inacabada); o realiza una actividad tendiente a la evitación del resultado (en el supuesto de la tentativa acabada o delito frustrado), pues al

haber abandonado el hecho al curso causal del mismo, ya ha perdido dominio sobre él, y por ello si no lo evita se producirá el acaecimiento del resultado.

Nuestro ordenamiento jurídico regula la tentativa a través de tres artículos del “Código Penal” a saber: 24, 71 y 73; lo que evidencia la escasez normativa en el tema, que en ocasiones genera duda e incertidumbre. No obstante, en el caso de la figura del desistimiento la situación se agrava; pues, no existe en la legislación penal un solo artículo destinado de manera expresa a su regulación; al punto que su aplicación en el ordenamiento jurídico costarricense se ha efectuado en virtud de una aplicación analógica “in bonam partem” del instituto de la tentativa, producto de una interpretación jurisprudencial “a contrario sensu” del artículo: 24 del “Código Penal”.

Este vacío normativo no es propio del caso costarricense; pues otras legislaciones comparten la misma característica. Es por ello que resulta necesario regular la figura del desistimiento; para con ello marcar límites un tanto más precisos, siendo consciente de que en esta materia existen márgenes de interpretación válidos desde el punto de vista jurídico, siempre y cuando no pongan en entredicho la seguridad jurídica requerida para garantizar el derecho de defensa de los imputados y el debido proceso consagrado constitucionalmente.

La tentativa se considera punible por la importancia que se otorga al disvalor de la acción sobre el disvalor del resultado; pues las normas jurídicas prohíben acciones, no resultados. Las razones que se han dado para fundamentar esa punibilidad son varias; a

saber: la puesta en peligro del bien jurídico protegido por el ordenamiento, el quebranto al mandato contenido en la norma jurídica y consecuentemente, la conmoción jurídica que ello provoca y la peligrosidad del sujeto activo del delito, entre otras.

Como contrapartida de la tentativa el efecto inmediato del desistimiento es la impunidad –para lo cual se han desarrollado numerosas teorías que buscan darle fundamento-, y por ello se dice que la penalidad de la tentativa es una penalidad “prima facie”, por cuanto para que se aplique es necesario una constatación real que muestre que no ha mediado un desistimiento. Algunos consideran que el agente no debería verse beneficiado con la impunidad, pues lo dejado de hacer (en el caso de la tentativa inacabada) o lo realizado (en el supuesto de la tentativa acabada) es simplemente el cumplimiento de un deber y por ello otorgando la impunidad no restablece la vigencia de la norma quebrantada con la actuación del agente; pues no se anula la acción y por consiguiente nada impide la aplicación de una pena.

Claro está, que el desistimiento debe considerarse de forma individual, de forma tal que en supuestos de participación criminal solo debe beneficiar al sujeto o sujetos que decidieron voluntariamente no continuar con la ejecución del delito –en aplicación de la teoría de la accesoriedad limitada-, aún y cuando se considerara el desistimiento como una causa de exclusión de la tipicidad, puesto que el derecho penal es personalísimo. Del mismo modo se debe destacar que para otorgar la impunidad al partícipe no es conveniente exigirle el desistimiento de los demás; pues hasta cierto punto significaría

responder por un hecho ajeno y mantener incólume el bien jurídico; aspecto que contraviene el principio de responsabilidad personalísima antes mencionado.

Propiamente en el ámbito del delito de violación se ha considerado la posibilidad de la procedencia de una tentativa; pues se postula que se debe analizar el plan de autor para constatar hacia donde se dirige la conducta desplegada por el sujeto activo y con base en ello aplicar la sanción correspondiente. No obstante, siempre se presentan cuestionamientos y argumentos contrapuestos sobre el tema. Así se desprende del análisis de la jurisprudencia nacional, pues algunos tribunales han fallado que la penetración “parcial” genera una duda y por ello no se puede atribuir el delito como consumado, sino en grado de tentativa; mientras que otros consideran que la sola penetración aunque sea parcial genera que se tenga por consumado el ilícito de violación. Por su parte, en el caso del abuso sexual las contradicciones se agudizan, pues existen quienes admiten la tentativa, pues consideran el ilícito como un delito de resultado; mientras que otros la rechazan alegando que se trata de un delito de mera actividad; por lo que aún en la actualidad existe una incógnita sobre su naturaleza.

Se debe tener claro que, a pesar de que una de las modalidades del instituto del desistimiento es el “arrepentimiento activo o eficaz” lo cierto es que para que el mismo sea procedente no es necesario que confluya un motivo “ético”; esto por cuanto exigir ese tipo de motivación implicaría querer imponer una moral, lo cual contraviene el Estado de Derecho que se cree tener y supera los límites de la misión que se ha encomendado al Derecho Penal.

El desistimiento –en sus dos modalidades- requiere la voluntariedad del sujeto activo del delito para tenerse por configurado; por ello es importante tomar en consideración que en la mayoría de los casos su determinación es sumamente difícil y ello trae consigo errores de interpretación e inseguridad jurídica. Otro de los requisitos es que el delito sea de posible realización, pues en caso contrario es claro que la decisión de no continuar con el injusto obedecería a circunstancias ajenas a la voluntad del agente. Con base en este requisito, algunos consideran que difícilmente podría afirmarse la procedencia del desistimiento en el caso de un delito imposible –o tentativa inidónea-; mientras que otros consideran que es perfectamente posible la aplicación del instituto, siempre que el agente realice un “esfuerzo serio” y no tenga conocimiento de la imposibilidad de su acción. Del mismo modo se exige que el desistimiento tenga carácter de definitivo, pues si posteriormente continúa con el ilícito no podría verse beneficiado con la impunidad. Y finalmente se requiere la ausencia de consumación del delito; pues en caso de que acaezca el resultado, el agente no podría verse beneficiado con la impunidad y a lo sumo sería factible valorar su conducta posterior a la consumación del hecho para efectos de imposición de la sanción a imponer.

Considerando su propia naturaleza, es inconcebible pensar en la procedencia de una tentativa acabada o delito frustrado en un delito sexual –violación y abuso sexual-, pues en el caso del abuso sexual, si realiza todos los actos requeridos para cometer el delito, el mismo ya se encontraría consumado; y en el supuesto de la violación si ejecuta todas las acciones necesarias para consumarlo, ya habría penetración y con ello se cumpliría el verbo típico.

El tema de los delitos sexuales es sumamente delicado y ello propicia que la manera en que se analizan los presupuestos necesarios para que se tenga por configurado un desistimiento, varían considerablemente en relación con otro tipo de ilícitos; ello por las consecuencias sociales que provocaría conceder la impunidad a un sujeto que empezó la ejecución de un ilícito de carácter sexual. Ello es así, pues a pesar de que el “deber ser” propugna por la objetividad de las resoluciones judiciales, lo cierto es que al ser individuos de carne y hueso quienes resuelven los asuntos, están condicionados por el contexto social. Ejemplo de ello es que, en un caso de robo en el cual hubo violación de domicilio, los sujetos desistieron de su acción y consecuentemente se dictó una sentencia absolutoria; considerando la inexistencia de un delito y por ello atípica la conducta desplegada por los sujetos. En cambio; si se tratara de un delito sexual a lo sumo se hubiera dictado una sentencia condenatoria (inscribible en el Registro Judicial), y se excluiría de pena a los autores por considerar el desistimiento como una causa de exclusión de la penalidad; lo cual evidencia la diferencia de tratamiento de cada tipo de injustos.

Del mismo modo en el caso de un delito de estafa, en el que el sujeto activo se proponía cambiar un cheque falso en una entidad bancaria, se determinó que existía un desistimiento voluntario, pues antes de lograr su propósito el agente se retiró por temor a ser descubierto, pues la ausencia del cajero generó la creencia de que el cajero se había percatado de algo anormal; siendo absuelto y considerado el hecho como atípico. Nuevamente si se confronta el caso con los delitos sexuales, en un caso en el que el sujeto desistió por temor a que la víctima fuera escuchada y se tuviera por descubierto, fue

catalogado como tentativa de violación, negándose el beneficio del desistimiento al encartado.

Son muy pocos los fallos que han admitido la procedencia del desistimiento en los delitos sexuales analizados; ejemplo de ello es uno emitido por parte de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, en el que se afirmó la impunidad del sujeto por el delito de violación a pesar de que el dolo del agente iba dirigido a la consumación de ese ilícito y en su lugar se optó por declarar la existencia de un delito de abuso deshonesto consumado.

Dicho entorno juega además con el hecho de que se ha considerado a nivel jurisprudencial que basta con el testimonio de la víctima para tener por configurado el delito; creando una gran desventaja procesal para el imputado de este tipo de ilícitos que agrava la situación antes mencionada. Lo anterior se plasma desde la propia doctrina elaborada sobre el tema; donde se analizan supuestos específicos que en la mayoría de los casos generan gran incertidumbre y duda; la cual se supone que en Derecho Penal debe conducir a beneficiar al imputado –lo que no sucede-. Algunas de las consideraciones desarrolladas son las siguientes:

- En los casos de “resolución del hecho con reserva de retirada” se ha dicho que la decisión posterior del agente de desistir debe considerarse como una causa ajena a su voluntad –y no como desistimiento voluntario-, y por consiguiente por configurada la tentativa.

- El supuesto de que la víctima grite o llore; no existe un criterio unívoco; mas se ha considerado que si existe la posibilidad de ser escuchada por terceros, debe negarse la posibilidad de un desistimiento; mientras que si ello no es factible, debe otorgarse la impunidad del sujeto activo, por haber decaído en él sus pretensiones delictivas.
- La mayoría de la doctrina ha optado por considerar involuntario –y por tanto como delito tentado- el caso en que la víctima se encuentre con el periodo menstrual, o bien si le comunica al sujeto activo que tiene el virus VIH, o porta una cicatriz en el abdomen; pues de no haberse presentado la circunstancia, probablemente el agente alcanzaría su propósito; y por ello no queda más que catalogarla como una causa ajena a la voluntad del agente que le impide la consumación del hecho. No obstante, se debe tener presente que las consecuencias de una u otra situación son abismales.
- También se considera involuntario el desistimiento operado por el escaso desarrollo sexual de la víctima, pues se dice que se trata de una circunstancia que imposibilita la consumación del delito.

Lo cierto es que, existe cierto hermetismo para aceptar la figura del desistimiento en los delitos sexuales; por ello es que tal y como lo consideran algunos doctrinarios algunas situaciones no deberían excluir “per se” la voluntariedad del desistimiento; algunas de las cuales son:

- El descubrimiento de la identidad del agente por parte de la víctima, pues este tipo de ilícitos –por su naturaleza- implican el ejercicio de un nivel violencia; de lo contrario se llegaría al absurdo de negar el desistimiento en todos los supuestos.

- El mantenimiento de la posibilidad de seguir actuando por parte del agente y aún así desista del ilícito.
- La aparición de aspectos de la naturaleza que por sí mismos no impiden la consumación del delito, pero mueven al agente a desistir de la ejecución iniciada.
- La promesa de la víctima de mantener relaciones sexuales con el agente más tarde; puesto que, para que confluja la voluntariedad del desistimiento, no es necesario que el agente renuncie a la ejecución por motivos éticamente valorables; y por ello, en caso de que este desista debe considerarse su decisión como voluntaria.
- El abandono de la ejecución por parte del agente porque la víctima le recuerda un ser querido.
- El desistimiento motivado por el aumento de las dificultades o las posibilidades de ser descubierto.
- La resistencia ejercida por la víctima, pues si la misma es vencible no excluye la voluntariedad del desistimiento; mientras que si es invencible sí se excluye dicho aspecto.

El aspecto en común a todas estas situaciones, es que para considerar un desistimiento como voluntario, es necesario que falte la coacción requerida para excluir una decisión autónoma; y por ello solo un análisis de cada caso permitirá arribar a un criterio más adecuado. Es por lo anterior que resulta necesario regular los institutos jurídicos aquí analizados y marcar pautas de interpretación que se dirijan a conclusiones objetivas y en estricto apego al debido proceso que debe profesar el ordenamiento jurídico costarricense.

BIBLIOGRAFÍA

a) LIBROS

Alcácer Guirao, Rafael (2002). “La Tentativa y los Fines del Derecho Penal”. XXIV Jornadas Internacionales de Derecho Penal. 1ª Edición. p 7-58. Bogotá, Colombia. Editorial Universidad Externado de Colombia.

Barrera Domínguez, Humberto (1995). Delitos Sexuales: Derecho Comparado, Doctrina y Jurisprudencia. 3ª Edición. Colombia. Ediciones Librería del Profesional.

Castillo González, Francisco (2003). Tentativa y Desistimiento Voluntario. 1ª Edición. San José, Costa Rica. Editorial Jurídica Continental.

Cota Molina, Enrique (2006). “Iter Criminis”. Estudios Penales y Política Criminal. 1ª Edición. p. 673- 699. México D.F. Editorial Angel Editor.

Cury Urzúa, Enrique (1977). Tentativa y Delito Frustrado: (El Proceso Ejecutivo del Delito). 1ª Edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile.

Dall’Anese Ruiz, Francisco (1991). El Delito Imposible. 1ª Edición. San José, Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.

Ezaine Chaves, Amado (1986). Iter criminis: Actos preparatorios, Tentativa, Frustración, Consumación” San José, Costa Rica. (No se cuenta con mayor información)

Frías Caballero, Jorge (1956). El Proceso Ejecutivo del Delito: Ensayo de Dogmática Jurídica sobre el Artículo 42 del Código Penal. 2ª Edición. Buenos Aires, Argentina. Editorial Bibliográfica Argentina.

Martínez Escamilla, Margarita (1997). “Dos Cuestiones Básicas del Desistimiento en Derecho Penal”. Política Criminal y Nuevo Derecho Penal: Libro Homenaje a Claus Roxin. 1ª Edición. p 331-340. Barcelona, España. Editorial: José María Bosch Editor.

Muñoz Conde, Francisco (1972). El Desistimiento Voluntario de Consumar el Delito. 1ª Edición. Barcelona, España. Editorial Bosch.

Muñoz Conde, Francisco (1991). Teoría General del Delito. 2ª Edición. Valencia, España. Editorial Tirant lo Blanch.

Pavón Vasconcelos, Francisco (1982). Breve Ensayo sobre la Tentativa. 3ª Edición. México. Editorial Porrúa, S.A.

Pozuelo Pérez, Laura (2003). El Desistimiento en la Tentativa y la Conducta Postdelictiva. 1ª Edición. Valencia, España. Editorial Tirant to Blanch.

Reaño Peschiera, José Leandro (2005). “Sobre los Fundamentos de la Exención de Pena por “Desistimiento Voluntario” de la Tentativa”. Los Desafíos del Derecho Penal en el Siglo XXI: Libro Homenaje al Profesor Dr. Günther Jakobs. p. 341-381. Lima, Perú. ARA Editores.

Sancinetti, Marcelo A. (2005). “Ilícito Penal sin Desvalor de Resultado”. Los Desafíos del Derecho Penal en el Siglo XXI: Libro Homenaje al Profesor Dr. Günther Jakobs. p. 269-292. Lima, Perú. ARA Editores.

Zaffaroni, Eugenio Raúl (2006). Manual de Derecho Penal: Parte General. 2ª Edición. Buenos Aires, Argentina. Editorial Ediar.

b) REVISTAS

Frisch, Wolfgang (1994). “La Atenuación del Marco Penal en la Tentativa”. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Tomo: XLVII, Fascículo II: p 159-192 May-Ago. Madrid, España.

Gil Lavedra, Ricardo Rodolfo (1977). “El Desistimiento Voluntario de la Tentativa”. Doctrina Penal: Teoría y Práctica en las Ciencias Penales. Año 1 (Nº 0) p 177-230. Jul-Dic. Buenos Aires, Argentina.

González Mateos, José Carlos (2001). “La Penalidad de la Tentativa”. Revista del Poder Judicial. (Nº 61): p 165-215. Madrid, España.

Ledesma, Guillermo A.C. (1982). “¿Abuso deshonesto o Tentativa de Violación?”. Doctrina Penal: Teoría y Práctica en las Ciencias Penales. Año 5 (Nº 19) p 541-553. Jul-Set. Buenos Aires, Argentina.

Llobet Rodríguez, Javier (1989). “El Desistimiento Voluntario”. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Año 1 (Nº 1) p 49-56. Dic. San José, Costa Rica.

Mir Puig, Carlos (1993). “Sobre la Naturaleza Jurídica de la Tentativa y del Delito Frustrado. Concepto Objetivo del Delito Frustrado”. Revista del Poder Judicial. (Nº 30): p 75-87. Jun. Madrid, España.

Muñoz Rubio, Campo Elias (1974-1975). “Las Formas de Aparición del Delito”. Cuadernos Panameños de Criminología. Vol. 1. (Nº 3 y 4): p 13-47. Nov. Panamá.

Novoa Moreal, Eduardo (1984). “Reflexiones sobre el Concepto y los Límites de la Tentativa”. Derecho Penal y Criminología. Vol. VII. (Nº 23): p 119-128. May-Ago. Colombia.

Otero, Juan Manuel (2002). “Los Límites de la Acción Penal del Estado: Tentativas Inidóneas”. Revista de la Escuela Judicial. (Nº 2): p 37-58. Nov. San José, Costa Rica.

Padilla Castro, Guillermo (1967). “La Tentativa”. Revista de Ciencias Jurídicas. (Nº 10) p 63-82. San José, Costa Rica.

Quesada Mora, Juan Gerardo (1991). “El Delito Imposible o Tentativa Inidónea”. Revista Ivstitia. Año 5 (Nº 55) p 18-20. Jul. San José, Costa Rica.

Sancinetti, Marcelo A. (1986). “Dolo y Tentativa: ¿El Resultado como un Mito?”. Doctrina Penal: Teoría y Práctica en las Ciencias Penales. Año 9 (Nº 35) p 505-519. Jul- Set. Buenos Aires, Argentina.

Sancinetti, Marcelo A. (1987). “Tentativa y Dolo Eventual: Algo más sobre la Prueba del Dolo y el Mito del Resultado”. Doctrina Penal: Teoría y Práctica en las Ciencias Penales. Año 10 (Nº 40) p 781-796. Oct-Dic. Buenos Aires, Argentina.

Sandoval Rodríguez, Francisco de Jesús (1983). “La Punibilidad en la Tentativa”. Criminalia. Año XLIX (Nº 1-12): p 214-223. Ene-Dic. México.

Sandro, Jorge Alberto (1984). “Garantías Constitucionales, Dolo y Tentativa Inidónea”. Doctrina Penal: Teoría y Práctica en las Ciencias Penales. Año V. (Nº 27): p 481-494. Jul-Set. Buenos Aires, Argentina.

Tamarit Sumalla, Josep María (1992). “La Tentativa con Dolo Eventual”. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Tomo XLV, Fascículo II: p 515-559. May- Ago. Madrid.

Zaffaroni, Eugenio Raúl (1982). “Pena de la Tentativa e Interpretación Restrictiva”. Doctrina Penal: Teoría y Práctica en las Ciencias Penales. Año V. (Nº 17-20): p 163-167. Buenos Aires, Argentina.

c) TRABAJOS FINALES DE GRADUACIÓN

Befeler Scharf, Daniel (1995). El Delito de Abuso Deshonesto, el Tipo, la Víctima y el Agresor: Comparación con el Delito de Violación. Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica.

Chavarría Bolaños, P.; Fonseca Sáenz, A. y Ling Jiménez, L. (2003). El Imputado en los Delitos Sexuales. ¿Un Criminal sin Sentencia? Seminario de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Ciudad Universitaria Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica.

Fernández Moreno, R. y Madrigal Madrigal, J. (1995). El Desistimiento Voluntario de Consumar el Delito: Su Regulación en el Ordenamiento Jurídico Costarricense. Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica.

Rodríguez Vega, Alejandro (1966). El Delito de Violación. Monografía para optar por el Título de Licenciado en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica.

Solís Muñoz, Alejandro (1967). Jurisprudencia sobre el Desistimiento en la Tentativa. Memoria de Frueba para optar por el grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile.

d) REVISTA DIGITAL

Mañalich Raffo, Juan Pablo (2004). “La Tentativa y el Desistimiento en el Derecho Penal. Algunas Consideraciones Conceptuales”. Revista de Estudios de la Justicia. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. (Nº 4) en: http://www.derecho.uchile.cl/cej/recej/recej4/archivos/tentativa%20y%20desistimiento%20_JPM_corregido%20_16_.pdf. (Consulta: 20 de marzo, 2009)

Roxin Claus (2001) “Acerca de la Ratio del Privilegio del Desistimiento en Derecho Penal”. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. (Nº 03-03). En: <http://criminet.ugr.es> (Consulta: 25 de febrero, 2009).

Salas Beteta, Christian (2007). “El Iter Criminis y los Sujetos Activos del Delito”. Revista Internauta de Práctica Jurídica. (Nº 19). Ene-Jun. Lima, Perú. En: http://www.ripj.com/art_jcos/art_jcos/num19/RIPJ_19/EX/19-11.pdf (Consulta: 22 de febrero, 2009)

e) **NORMATIVA**

Código Penal (2006). 17ª Edición. San José, Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.

Código Procesal Penal (2005). San José, Costa Rica. Editorial Publicaciones Jurídicas.

Constitución Política de la República de Costa Rica (2006). 26ª Edición. San José, Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.

Ley Orgánica del Poder Judicial (1993). Ley Número: 7333. Datada treinta y uno de marzo.

f) **JURISPRUDENCIA**

Resolución del Tribunal Supremo Dada, firmada y sellada en el Salón de Audiencias del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala de Casación Penal, en Caracas a los TRECE días del mes de DICIEMBRE del año dos mil dos.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 1588-1998 de las dieciséis horas con veintisiete minutos del diez de marzo de mil novecientos noventa y ocho.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 102-F-1991 de las once horas con veintisiete minutos del veintisiete de marzo de mil novecientos noventa y uno.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 252-F-1991 de las nueve horas con cincuenta y cinco minutos del siete de junio de mil novecientos noventa y uno.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 643-F-1991 de las ocho horas con treinta minutos del veintinueve de noviembre de mil novecientos noventa y uno.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 706-F-1993 de las nueve horas con treinta minutos del diecisiete de diciembre del mi novecientos noventa y tres.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 165-F-1994 de las nueve horas con treinta minutos del veinte de mayo de mil novecientos noventa y cuatro.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 249-F-1995 de las diez horas con veinticinco minutos del cinco de mayo de mil novecientos noventa y cinco.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 580-F-1996 de las nueve horas con cinco minutos del once de octubre de mil novecientos noventa y seis.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 423-1997 de las nueve horas con cincuenta y cinco minutos del nueve de mayo de mil novecientos noventa y siete.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 1208-1998 de las ocho horas con cincuenta y cinco minutos del once de diciembre de mil novecientos noventa y ocho.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 1191-1999 de las nueve horas con veintiocho minutos del diecisiete de setiembre de mil novecientos noventa y nueve.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 777-2002 de las once horas con veintidós minutos del nueve de agosto del dos mil dos.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 886-2004 de las diez horas con quince minutos del veintitrés de julio de dos mil cuatro.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 948-2004 de las dieciséis horas con cincuenta y cinco minutos del seis de agosto de dos mil cuatro.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 1390-2004 de las nueve horas con cuarenta minutos del tres de diciembre de dos mil cuatro.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 65-2005 de las once horas del cuatro de febrero de dos mil cinco.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 286-2005 de las nueve horas con treinta minutos del quince de abril de dos mil cinco.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 438-2006 de las nueve horas con cuarenta minutos del diecinueve de mayo de dos mil seis.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 484-2006 de las nueve horas con cuarenta y cinco minutos del veintiséis de mayo de dos mil seis.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 624-2006 de las diez horas del treinta de junio de dos mil seis.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 689-2006 de las nueve horas con cincuenta y cinco minutos del veintiocho de julio de dos mil seis.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 1008-2006 de las diez horas con quince minutos del seis de octubre de dos mil seis.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 1301-2006 de las diez horas veinte minutos del veintiuno de diciembre de dos mil seis.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 1340-2006 de las quince horas con cuarenta y cinco minutos del veintiuno de diciembre de dos mil seis.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 1173-2006 de las quince horas del diecisiete de noviembre de dos mil seis.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 463-2007 de las quince horas con quince minutos del dieciséis de mayo de dos mil siete.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 639-2007 de las diez horas con cincuenta minutos del ocho de junio de dos mil siete.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 1488-2007 de las diez horas con cuarenta y cinco minutos del catorce de diciembre de dos mil siete.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 41-2008 de las nueve horas con veinticinco minutos del veinticinco de enero de dos mil ocho.

Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José. Resolución N° 561-2003 de las nueve horas con veinticuatro minutos del veinte de junio de dos mil tres.

Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José. Resolución N° 707-2007 de las diez horas con cuarenta y cinco minutos del veintiocho de junio del dos mil siete.

Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José. Resolución N° 1380-2007 de las nueve horas con cincuenta y cinco minutos del veintinueve de octubre de dos mil siete.

Tribunal de Casación Penal del Tercer Circuito Judicial de Alajuela, Sección Primera. San Ramón. Resolución N° 550-2008 de las nueve horas con cincuenta minutos del veintiuno de noviembre de dos mil ocho.

g) ENTREVISTAS

Arroyo Gutiérrez, José Manuel (2009). Tentativa y Desistimiento en los Delitos Sexuales. Entrevista: Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. 3 de junio.

Chinchilla Sandí, Carlos (2009). La Tentativa y el Desistimiento en los Delitos Sexuales. Entrevista: Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. 3 de junio.

h) PÁGINA WEB

Hassel, Guillermo en www.monografias.com (Consulta: 21 de febrero, 2009).

<http://www.auditoriajudicial.org.pe/MASTERS/CSANMARTIN/sentencias/62.pdf>

(Consulta: 2 de marzo, 2009).

Martínez, Gustavo Fernando. “Breve Visión de la Tentativa en Nuestro Sistema”. En: www.abogadosdesalta.org.ar/index.php. (Consulta: 26 de febrero, 2009).

Ministerio Público. (2004). Teoría del Delito: Desistimiento Voluntario, Tentativa Acabada e Inacabada, Deslinde. En: http://ministeriopublico.poderjudicial.go.cr/publicaciones/boletines_jurisp/2004/JUR11-2004.pdf (Consulta: 19 de febrero, 2009)

Nombedeu, César Manuel (2000). “La Tentativa en el Derecho Penal Argentino”. Junio. La Plata, Argentina. En: www.justiniano.com/index2.htm (Consulta: 25 de febrero, 2009).

www.clarin.com/diario/2005/09/01/policiales/g-04801.htm (Consulta: 1º de marzo, 2009).

www.rincondelvago.com (Consulta: 3 de marzo, 2009).