

LOS GRADOS DE REALIZACIÓN DEL DELITO

En el IC se realiza una diferencia fundamental. Por un lado, están los actos internos caracterizados porque transcurren en la esfera interior del autor; por otro lado, los actos externos que se manifiestan modificando el mundo exterior.

ACTOS INTERNOS

En los actos internos suele diferenciarse, en 1º lugar, el talante criminal o la mera disposición de ánimo hacia el crimen. En 2º lugar, la deliberación entre ventajas e inconvenientes de cometer un determinado delito; y, en 3º lugar, la resolución delictiva.

En el derecho penal moderno rige el principio nadie puede sufrir pena por el mero pensamiento y se considera que los actos internos deben quedar o ser impunes.

Esto es, 1º porque todavía existe un íntimo despliegue de energía criminal y, 2º, porque favorece el desistimiento, pues en otro caso, de ser punible, el acto interno al sujeto le sería indiferente cometer el delito que ha resuelto porque ya había incurrido en responsabilidad.

ACTOS EXTERNOS

Se caracterizan porque el sujeto ya despliega un comportamiento que tiende a realizar la acción típica. Se suele diferenciar, en esta fase, entre 2 clases de actos

• ACTOS PREPARATORIOS

Según la mayoría de la doctrina estos actos también deberían quedar impunes. En 1º lugar porque son equívocos, hay actos que no se sabe si van dirigidos a realizar una conducta ilícita o lícita. Ej.: comprar un cuchillo, ¿para matar? ¿para cocinar?

Por otro lado, estos actos si son impunes, también favorecen el desistimiento ya que al no haber incurrido en responsabilidad, nada le obliga a seguir en la progresión criminal.

Por último, también se consideran que los actos preparatorios deban ser impunes porque todavía están muy lejos de la agresión del bien jurídico protegido.

En casi todos los CP modernos europeos, los actos preparatorios son impunes, esa, además, ha sido la tradición legislativa española con carácter general; los actos preparatorios del delito son impunes.

Nuestro CP vigente con carácter excepcional, sin embargo. Castiga 3 clases de actos preparatorios. Solo son 3 actos preparatorios los que resultan punibles y, además, conforme disponen los Art. 17.3 y Art. 18.2, solo se castigaran cuando expresamente lo prevea el código para cada figura delictiva. Son los siguientes:

• la conspiración para delinquir

Prevista en el Art. 17.1 del CP, hay conspiración cuando 2 ó más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo. Por tanto, la conspiración requiere la presencia de tres elementos: la pluralidad de personas, el concierto de voluntades y la resolución de cometer un delito.

• la proposición para delinquir

Según el Art. 17.2 existe cuando el que ha resuelto cometer un delito incita a otras personas a ejecutarlo. La proposición para delinquir requiere, ineludiblemente y en 1º lugar, que el proponente haya resuelto cometer el delito; en 2º lugar, que invite a una o varias personas a ejecutarlo, siendo posible que el proponente ni si quiera llegue a tomar parte en la ejecución del delito; y, por último, no es necesario para que la proposición sea punible, que las personas incitadas a cometer el delito acepten ejecutarlo.

La proposición para delinquir no puede identificarlos con la inducción frustrada (casos a que un sujeto trata de determinar a otro a cometer un delito pero no lo consigue) no se equipara a la inducción porque el inductor a ningún caso resuelve cometer un delito, y, además, en ningún caso el inductor podría tomar parte de la ejecución del delito.

Mientras, en la proposición el proponente debe haber resuelto cometer el delito y puede, si quiere, atribuirse alguna intervención en la ejecución del delito.

- la provocación para delinquir

Según el Art. 18.1 del CP existe provocación para delinquir cuando se incita a través de medios de comunicación o ante una concurrencia de gente a la perpetración del delito.

La provocación requiere, pues, la utilización de medios de difusión, imprenta, radio, que facilite la publicidad o también, realizarse ante un grupo indeterminado de personas.

La provocación requiere, así mismo, que se realice sobre personas indeterminadas pero respecto a delitos concretos o a una clase de delitos. No basta, por tanto, con proclamar públicamente la infracción de la norma jurídica para que exista provocación.

No debe confundirse tampoco con la inducción.

El Art. 18.2 puede inducir a confusión cuando señala que la provocación seguida de perpetración del delito se castigara como inducción.

Sin embargo, la provocación se realiza a personas indeterminadas mientras que la inducción se realiza a personas determinadas. La provocación del 2º inciso del Art. 18.2 del CP, solo debe entenderse en sentido punitivo. Esto es, que se castigue como inducción aunque no sea inducción la provocación seguida de perpetración del delito.

El CP de 1995 introduce una novedad en relación con la provocación, que es la apología del delito, el párrafo 2º del Art. 18.1. Define la apología a la exposición ante una concurrencia de personas por cualquier medio de difusión de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan al autor.

La apología del delito presenta, para la doctrina, algunas reservas respecto a la constitucionalidad por cuanto podía ser contraria al derecho fundamental de la libertad de expresión.

Sin embargo, el propio código establece una limitación a la punibilidad de la apología y es que la apología solo es delictiva como forma de provocación y si su naturaleza y circunstancia implica una incitación directa a cometer un delito. Con lo cual, en realidad, la apología como tal es superflua, pues requiere en cualquier cosa que resista la forma de provocación.

Uno de los reproches que realiza los actos preparatorios, sino ejecutivo.

- **ACTOS EJECUTIVOS**

Nuestro CP prevé como actos ejecutivos la tentativa de delito, y por supuesto, la consumación.

Con anterioridad del código vigente se diferencia entre tentativa y frustración. Tentativa era ejecutar parte de los actos que debieran producir el resultado delictivo; mientras que la frustración era ejecutar totalmente los actos que debieran producir el resultado delictivo. Ej.:

Tentativa: intentar sacar la pistola y que te detengan en el acto

Frustración: disparar (con voluntad de matar) y no matar a la víctima

En la actualidad, sin embargo, la diferencia entre tentativa y frustración está en cierto modo implícita en la regulación de la tentativa pudiéndose hablar de tentativa acabada y tentativa inacabada.

LA TENTATIVA

La tentativa se regula por el Art. 16 CP y en función de esta regulación se diferencian dos elementos:

1º la resolución delictiva o dolo

2º el principio de ejecución

Pero aunque sean los elementos de la tentativa, la punibilidad de la misma requiere que el resultado no se haya producido por causas ajenas a la voluntad del autor.

Elementos:

1º La resolución delictiva o dolo

La tentativa requiere que el autor haya resuelto cometer el delito y, por tanto, la existencia de dolo. De ello se infiere que el concepto de tentativa solo puede referirse a una determinada clase de delitos; los dolosos, por tanto, no cabe hablar de los delitos imprudentes de tentativa, aunque pudiera realizarse parcialmente el hecho imprudente pero en este estaría ausente por definición la resolución delictiva.

2º Principio de Ejecución:

Este elemento viene referido expresamente en el Art. 16.1º CP, requiriendo que el autor haya puesto de manifiesto por hechos externos sin resolución delictiva. Pero, además, se necesita que ese hecho externo implique la ejecución del delito. Lo que plantea el problema de delimitar los actos preparatorios de los actos ejecutivos. Para resolver esta cuestión se han elaborado varias teorías:

- Tª de la Univocidad_ formulada por Cámara. Para esta Tª los actos ejecutivos son unívocos, están directamente dispuestos para realizar el delito. Estos actos unívocos significan que siempre que se realizan pueden caracterizarse como delictivos porque se dirigen a la comisión de delitos.

Por el contrario, los actos preparatorios son equívocos de tal modo que pueden inducirnos a creer que están dispuestos para realizar una conducta lícita o ilícita.

- Tª Formal de Beling_ para estos tipos penales suelen contener un núcleo central encarnado por el verbo típico matar, lesionar, robar, y, a veces, por una esfera periférica que viene constituida por las formas o modos típicos de cometer el delito. Todos los actos que pueden subsumirse tanto en el núcleo central como en la esfera periférica de los tipos penales deben considerarse ejecutivos y no preparatorios.

Para determinar si existe o no tentativa de conformidad con esta Tª, habrá que acudir al verbo típico tanto en su sentido gramatical como teleológico.

- Tª de la Unidad Natural, por Frank_ para esta Tª son ejecutivos todos aquellos actos que aun no estando dentro del verbo típico en una contemplación pueden considerarse como unido de modo natural a la realización de la acción típica. Por tanto, estos actos, deben considerarse ejecutivos porque materialmente son inherentes a la ejecución total del tipo.

Para el profesor Cerezo el principio de ejecución del delito debería determinar no utilizando alguna de estas Tª sino combinando la Tª Objetivo-Formal con la de la Unidad Natural. Solo así podría garantizarse mas efectivamente el principio de legalidad, lo cual lo proporciona la Tª Objetiva-Formal y desde el punto de vista político-criminal.

También se aseguraría la punibilidad de aquellos actos que supongan ya una peligrosidad para el bien jurídico protegido.

Además, Cerezo descarta la exigencia que formulan otras Tª de que los actos ejecutivos impliquen ya un peligro concreto para el bien jurídico.

Para finalizar, señala que hay división doctrinal respecto a si cabe la tentativa en los delitos de simple o mera actividad. Ej.: falso testimonio, conductor bajo bebidas alcohólicas, allanamiento de morada, injurias,

En realidad, siempre que puedan deslindarse ciertos actos de la ejecución de un delito de simple o mera actividad resulta posible el castigo de mera tentativa.

Por otro lado, se discute también si cabe la tentativa en los delitos de omisión; y aquí se hace una distinción. En los delitos de omisión pura no cabe ej.: omisión por socorro. En los delitos de comisión por omisión si cabe la tentativa, ej.: madre que abandona a sus hijos y vuelve hasta el mes siguiente.

1. TIPOS DE TENTATIVA

Cuando voluntariamente el autor desiste de su intento, el resistente tiene diversa consideración según se trata de *Tentativa Inacabada* del desistimiento, que implica que el autor deja de actuar, que el autor deja un delito de naturaleza homicida.

Por el contrario, cuando se trata de una *Tentativa Acabada* de desistimiento requiere una actuación por parte de autor, desde realizar un comportamiento de naturaleza activa para evitar la consumación.

Ej.:

Tentativa Acabada: bomba para que explote a las 12, a las 11:30 se arrepiente, tendrá que ir a desactivarla

Tentativa Inacabada: sangra a alguien y después llevarlo al hospital y le salva la vida.

2. DESISTIMIENTO

La naturaleza que tiene el desistimiento es una excusa absolutoria, es decir, que en los supuestos de desistimiento no es que no exista tentativa sino que la tentativa existente resulta impune con base en fundamentos de naturaleza político-criminal.

El derecho todavía permite eliminar la responsabilidad cuando el que intenta o ha intentado lesionar un bien jurídico realizar un comportamiento utilitario para la protección del bien jurídico.

De este modo, el desistimiento no elimina la capacidad de la tentativa, sino la punibilidad. Esto es así ahora con el CP vigente, puesto que con arreglo al CP derogado el desistimiento implica la atipicidad de la tentativa y ello es así ahora porque el Art. 16 establece un diferente régimen para el desistimiento según se trate de un autor único de la tentativa o de varios codeincentes.

Y, así, según el Art. 16.2 el desistimiento implica en cualquier caso impedir la producción del resultado. En cambio, conforme al Art. 16.3 para que el desistimiento tenga eficacia de exonerar de responsabilidad penal, no es imprescindible que de un modo efectivo se haya impedido a la producción del resultado.

El núm. 3 del Art. 16 regula el desistimiento cuando en el hecho intervengan varios sujetos y el desistimiento será eficaz cuando alguno de ellos y solo con respecto a él implica o intente incumplir seria, firme y decididamente la consumación.

Para finalizar, el desistimiento como señalan los números 2 y 3 del Art. 16, sin embargo no exime de responsabilidad penal cuando los actos ya ejecutados por si solo fueran constitutivo de otro delito o falta.

Y, por último, solo opera el desistimiento, eximiendo de responsabilidad penal cuando sea voluntario, es decir, cuando el autor no se vea obligado o imposibilitado a desistir o a seguir ejecutando el delito por la acción de la víctima o de un tercero.

3. LA TENTATIVA INIDONEA O DELITO IMPOSIBLE

La tentativa idónea es aquella que de antemano es previsible que no produzca el resultado delictivo; y se denomina la tentativa como idónea porque el medio utilizado es idóneo, no es adecuado para producir el resultado. Ej.: matar a otro con una producción existente con machacar ajos con perejil; matar a otro con pistola descargada.

La idoneidad de la tentativa puede referirse al objeto del delito, por ejemplo: se quiere producir el aborto de una mujer que no esta embarazada, o bien, matar a un cadáver.

E incluso, se habla de tentativa idónea en casos en que el sujeto activo del delito es idóneo para cometer, ejemplo: alguien quiere ser funcionario para cometer una malversación de fondos públicos.

La cuestión que plantean estos supuestos de tentativa idónea es si debe o no ser punible. Con arreglo a la legislación penal anterior, por tanto hasta el 95', todos los supuestos de tentativa idónea eran punibles porque así expresamente lo establecía el Art. 52.2 del CP derogado.

El CP vigente nada establece respecto a la punición o no de esta tentativa. En la doctrina se han encontrado varias repuestas a si debe o no castigarse la tentativa idónea. Así mismo, se han formulado varias teorías sobre ello

TEORIAS OBEJTIVAS

Entre las que cabe diferenciar entre las de Peligro Abstracto y Peligro Concreto.

La punibilidad de la tentativa idónea depende de si estamos ante casos de tentativa absoluta idónea, o de casos de tentativa relativamente idónea.

Es absolutamente idónea cuando en cualquier circunstancia el medio utilizado no puede producir el resultado delictivo o bien el objetivo del delito es o era inexistente.

En tales casos la tentativa debe ser siempre impune. Ej.: mujer toma un abortivo para matar a su feto y no esta

embaraza; matar a un muerto.

Cuando se trate de una tentativa relativamente idónea se hace referencia a casos en que el medio o el objeto circunstancialmente no lesiona o no puede ser lesionado respectivamente. Ej.: coloco una dosis de arsénico pero es tan pequeña que con ella no se puede matar a nadie. Por tanto, en los casos de tentativa relativamente idónea sí que debe ser punible.

Para las teorías Concretas la tentativa idónea debe ser siempre impune, puesto que lo que debe castigarse son las tentativas peligrosas, es decir, no aquellas que, de antemano, estén destinadas al fracaso. Solo cuando la tentativa resulte desde un punto de vista ex-ante peligrosa, es cuando puede castigar el derecho penal. Ej.: moler ajos para matar a alguien.

TEORIAS SUBJETIVAS

Para las teorías Subjetivas la tentativa idónea debe castigarse siempre, puesto que concurren los requisitos o elementos de la tentativa, que son: dolo o resolución delictiva, y la realización de actos externos.

De conformidad con la teoría subjetiva debían castigarse, además, los denominados casos de tentativa irreal o supersticiosa; es decir, casos en que el plan delictivo del autor está totalmente desconectado con la realidad, y que para un sujeto sensato estos casos mueven más a la compasión que al castigo. Ej.: un sujeto hace budú a otro para provocarle la muerte.

TEORIAS MIXTAS O TEORIA DE LA IMPRESIÓN

Esta teoría parte del presupuesto de que la tentativa idónea debiera castigarse siempre salvo que el caso en concreto no produzca una alarma social.

De tal forma que si el intento idóneo no causa impresión sino compasión a la sociedad, deberá excepcionalmente dejarse impune.

Nuestro CP al regular la tentativa idónea en el núm. 1 del Art. 16, señala que el sujeto debe practicar todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado. Con lo cual exige que la constatación de una tentativa punible deba requerir un juicio de carácter objetivo y, por tanto, que no es suficiente la voluntad subjetiva de un sujeto, o del autor, para consumir el delito realizando cualquier tipo de acto.

Además, de que la tentativa punible tiene o debe tener una naturaleza objetiva, el Art. 62 CP especifica que para imponer la pena inferior en 1 ó 2 grados se atenderá, entre otros requisitos, al peligro inherente al intento.

De tal modo que el CP requiere que la tentativa siempre sea peligrosa dejando impunes a aquellos intentos de cometer delitos a los que no sea inherente a la peligrosidad, y es suficiente la opinión del profesor Cerezo con que la tentativa sea peligrosa, y no se exija un resultado de peligro. Para determinar la peligrosidad de la tentativa se acude a un juicio ex-ante de previsibilidad objetiva.

4. EL DELITO PUTATIVO O IMAGINARIO

El delito putativo consiste en que el autor realiza una conducta creyendo que es típica y antijurídica pero, en realidad, dicha conducta es lícita. Se trata, pues, de casos de error de prohibición al revés y que son siempre impunes.

LA CONSUMACIÓN DEL DELITO

Es realizar todos los elementos del tipo; mientras que el agotamiento del delito supone que el autor haya

conseguido su propósito al consumir el delito pero dicho propósito esta fuera del tipo.

Tema 32. GRADO DE EJECUCION DEL DELITO

LA TENTATIVA

LA CONSUMACION DEL DELITO

DERECHO PENAL

1