

# SUMARIO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA  
RECURSOS DE CASACION  
RAMO DE LA

## LA TENTATIVA Y EL SUSTENTO

### DE SU PENALIDAD

#### entre teorías convergentes y divergentes

# Registro Judicial

ORGANO DEL PODER JUDICIAL DE LA REPUBLICA  
Relator Bibliotecario: Licdo. GERONCIO LIZARRAGA B.

ENERO DE 1945—No. 1

PANAMA, R. DE P.

AÑO XLIII—VOL. XLIII

## PERSONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

MAGISTRADOS Dres.:

I. ORTEGA B., Presidente.

PUBLIO A. VASQUEZ, Vice-Presidente.

ERASMO DE LA GUARDIA.

BENITO REYES T.

DARIO VALLARINO.

Secretario: Dr. MANUEL CAJAR Y CAJAR.

PROCURADOR GENERAL DE LA NACION  
Licdo. VICTOR A. DE LEON S.

## PERSONAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL PRIMER DISTRITO JUDICIAL

MAGISTRADOS Dres.:

JOSE A. PRETEJIT

LUIS A.

GIL

ENR

ERA

etario: Licdo.

FISCA

Licdo.

## PERSONAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL SEGUNDO DISTRITO JUDICIAL

MAGISTRADOS Dres.:

AGUSTIN JAEN AROSEMENA

FRANCISCO F. CH

GUSTAVO



LA PUBLICIDAD ES EL ALMA DE LA JUSTICIA

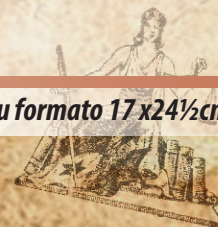
PANAMA.—1937  
P. NACIONAL.—Req. 570.

AGOSTO  
AÑO X

DE PANAMA

**Mgter. Carlos Barragán Quiróz**  
Juez de Garantías de la Provincia de Colón  
Correo electrónico: barraganjurista@gmail.com

Foto: registros Judiciales de los años 1937,1939,1945 en su formato 17 x24½cm.



## **LA TENTATIVA Y EL SUSTENTO DE SU PENALIDAD**

### ***entre teorías convergentes y divergentes***

*Sin dignidad nuestra vida no es más que parpadeos de duración. Pero si nos ingeniamos para llevar bien una vida buena, creamos algo más. Ponemos un subíndice a nuestra mortalidad. Hacemos de nuestras vidas diamantes diminutos en las arenas cósmicas. R. D.<sup>1</sup>*

### **Resumen**

Cuando se habla de la teoría del delito, la tentativa, siempre ha ocupado un lugar cuestionado en base a lo que los teóricos que se han dedicado a su estudio han plasmado, es decir, las diversas formas en que debe entenderse el llamado delito tentado, delito intentado, delito en grado de tentativa, etc., para así entonces tratar sobre su penalidad. Por tanto, expondremos las teorías más relevantes para tratar de comprender en qué se sustenta su pena, en especial en nuestro derecho positivo, plasmando obviamente nuestro criterio en base al tema cuestionado.

### **Abstract**

When we talk about the theory of crime, the attempt has always occupied a questioned place on the basis of what theorists who have been dedicated to their study have shaped, that is, the various ways in which the so-called attempted crime should be understood, Attempted crime, attempted crime, etc., so as to then deal with its penalty. Therefore, we will expose the most relevant theories to try to understand in which it is based its punishment, especially in our positive law, clearly establishing our criterion based on the questioned question.

### **Palabras Claves**

Tentativa, delito tentado, delito en grado de tentativa, teoría del delito, la tentativa y la pena.

### **Keywords**

Attempt, tentative, attempted crime, attempted crime, crime theory, trial and penalty. Tentative and sanctions or Trial and penalty.

---

<sup>1</sup> Dworkin. R. Justicia para erizos. Ed. Fondo de Cultura Económica. 2014. Pág. 511

## INTRODUCCIÓN

A manera de introducción, el escritor Reyes<sup>2</sup> A. Y., nos remonta al relato aquel donde Catalina puso en marcha un plan para dar muerte a Cicerón, pero por razones ajenas a su voluntad no pudo concluir. Luego del enjuiciamiento de los autores y partícipes, Cicerón escribió "*Las Catilinas*", allí se refirió al **intento** de muerte del que fue víctima. Aclara el autor que en la versión original de las Catilinas el vocablo utilizado fue **conatus**.<sup>3</sup>

En los mismos términos se refiere Velásquez V. (2004)<sup>4</sup>. Cuando nos da ejemplos de delitos tentados como, el hurtador<sup>5</sup> interceptado por la autoridad cuando huye después de haber arrebatado las pertenencias ajenas; o, el violador sorprendido por vecinos en el momento de iniciar el acceso carnal, es decir, meros intentos o conatos; el jurista nos lo expresa de la siguiente manera:

La tentativa, dicho de manera breve, es la ejecución incompleta de la conducta tipificada en la ley penal; es -como decían los antiguos- un *conatus*, un acto o delito que se empieza a ejecutar y nunca llega a consumarse, un *delito imperfecto*, a diferencia de la adecuación normal, en la que

la conducta encaja con plenitud en el tipo penal respectivo. (Pág. 429-430)

El autor -*supra*- citando a Platón, nos refiere: "Si alguien, proyectando matar a alguna persona amiga -salvo en los casos en que lo permita la ley-, la hiere sin poder matarla, el que de esa manera proyecta y hiere no merece compasión, antes bien, sin mayor miramiento que a aquel que realmente ha matado ha de someterse a proceso por homicidio"<sup>6</sup>. (Pág. 2)

Antes de entrar a las teorías predominantes en este tema consideramos necesario reproducir lo que nuestro Código Penal establece en atención a la figura de la tentativa, con el propósito de determinar por cuál se abocó nuestro legislador.

**Artículo 17.** Los delitos son penados de acuerdo con la ley vigente al tiempo de la acción u omisión, independientemente de cuándo se produzca el resultado. Queda a salvo el supuesto previsto en el artículo 14 de este Código. *Cuando la ley se refiere al delito incluye tanto la modalidad consumada como la tentativa.*

**Artículo 48.** *Hay tentativa* cuando se inicia la ejecución del delito

<sup>2</sup> REYES. A. Y., *El Delito de Tentativa*. Ed. IBdEF. Montevideo-Buenos Aires. 2016. Pág. 1

<sup>3</sup> Cuando nos vamos a la Real Academia Española, vemos que tentativa es: Principio de ejecución de un delito por actos externos que no llegan a ser los suficientes para que se realice el hecho, sin que haya mediado desistimiento voluntario del culpable. Y, conato: Acto y delito frustrado que se empezó y no llevó a consumarse. "*Conato de suicidio, de fuga*". Rescatado de: <http://www.wordreference.com/definicion/conato-y> Rescatado de: <http://dle.rae.es/srv/fetch?id=ZUJIAd2>

<sup>4</sup> VELÁSQUEZ V. F., *Manual de derecho penal -Parte general-* Segunda edición. TEMIS. Bogotá-Colombia. 2004.

<sup>5</sup> Sin adentrarnos en la discusión de si el delito está consumado, pero no agotado, no compartimos el ejemplo en cuestión dado que en dicho caso -en nuestra ley- la conducta se produjo, se ejecutó, concluyó, **-estamos en flagrancia-** de allí a que el autor no haya podido agotar el delito con el aprovechamiento del bien, es otro asunto. Esto lo digo toda vez que nuestra ley penal solo exige el **apoderamiento** y la explotación o el sacar provecho del bien hurtado para nosotros es irrelevante.

<sup>6</sup> Reyes. Ob cit., Platón, *Las Leyes*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1960, t. II, p. 135.

mediante actos idóneos dirigidos a su consumación, **pero esta no se produce por causas ajenas a la voluntad del agente.**

**Artículo 49.** Si el agente desiste voluntariamente de la ejecución del delito o impide que el resultado se produzca, solo responde criminalmente si los hechos realizados constituyen otro delito.

**Artículo 82.** La tentativa será reprimida con pena no menor de la mitad del mínimo, ni mayor de los dos tercios de la pena máxima. (La negrita y el resaltado es mío)

Es oportuno aportar lo que la Dra. Julia Sáenz<sup>7</sup> nos dice sobre la tentativa en base a nuestra ley positiva, así, considera la escritora que el artículo 48 -supra- contempla una tentativa acabada o llamado de igual manera delito frustrado, toda vez que este *“se refiere que a pesar de haberse realizado a plenitud la conducta criminosa, no se produjo el resultado por causas ajenas a sujeto activo”*<sup>8</sup>. Mientras que al desglosar el artículo 49 de dicha ley, dice que éste marca una tentativa inacabada o delito intentado, en vista que *“... el resultado no se produce a causa del propio sujeto activo, ya que éste omitió uno o varios actos idóneos para que la ejecución del delito fuese completa”*<sup>9</sup>; ante esta última apreciación la doctora nos dice que dicha tentativa inacabada está revestida de ciertas características, como las siguientes:

1. El sujeto activo o agente tiene

la intención de cometer el delito.

2. El sujeto en el curso de la comisión de los actos idóneos se arrepiente y no llega al resultado.
3. El resultado no se obtiene por decisión propia o voluntad del agente, quien los suspende o impide<sup>10</sup>.

Ante lo planteado, -y en la misma línea de pensamiento- a simple vista pareciera que nuestra norma sustantiva mantiene una teoría objetiva cuando dice que hay tentativa cuando se inicia la ejecución del delito y éste no se cumple por cuestiones ajenas al autor del hecho, es decir, que la intención de cometer el injusto estaba plenamente establecida. Por el contrario, cuando vemos que, **“si el agente desiste** voluntariamente de la ejecución del delito” vemos una posible teoría subjetiva. Ante estas dudas, consideramos que nuestra legislación se aboca por una teoría mixta; sin embargo, es más, afirmamos que verdaderamente estamos en presencia de la *teoría de la impresión o conmoción social*.

**Entre teorías divergentes o convergentes:** Al hacernos la pregunta del por qué deben castigarse las conductas que no llegan a la lesión del bien jurídico protegido; Mir Puig, cuestiona: *“... la ley quiere evitar que se mate, ¿por qué castigar el disparo que no alcanza a la víctima y no le dan muerte?”* Ante esto, se desarrollan varias teorías que tienden a dar una respuesta

<sup>7</sup> Sáenz, J. *Compendio de Derecho Penal (Parte General)*, Tomo 1, 2da edición, Panamá. Jurídica Pujol, S. A. 2016. Págs. 210-212.

<sup>8</sup> Ibidem. Págs. 210-212.

<sup>9</sup> Ídem. Págs. 210-212.

<sup>10</sup> Íd. Págs. 210-212.

doctrinal y social a la cuestión; de manera resumida nos las expone el jurista de la siguiente manera. “Las teorías objetivas sostienen que la razón del castigo es la *puesta en peligro* del bien jurídico protegido.” “Las teorías subjetivas ven el fundamento de la pena de las fases anteriores a la consumación en la *voluntad contraria a Derecho manifestada*.” Y, “Las teorías mixtas, parten de la voluntad delictiva como fundamento del castigo, pero creen necesario limitar éste por exigencias objetivas, como la de que el hecho produzca una *conmoción de la colectividad (teoría de la impresión o conmoción)*”<sup>11</sup>.

**Teoría objetiva.** Para Roxin C. (2014); “Una tentativa<sup>12</sup> es, en definitiva, una **actuación próxima al tipo con dolo de realización típica**” (pág. 434). Así, cuando trata el término **teoría objetiva**, Roxin plantea que el más adecuado sería **teoría de peligrosidad**<sup>13</sup>, ya que sólo se toma el delito tentado peligroso para la imposición de una pena, esto sustentado en anteriores teorías como la de la **adecuación** y actualmente de la **imputación objetiva**. Por su parte Jescheck y Weigend (2014); la teoría objetiva *-denominada teoría clásica-* se fundamenta exclusivamente en **la puesta en peligro del objeto de la acción protegido por el tipo**, toda vez que el dolo está presente en cada uno de los grados objetivos del delito, es decir, la preparación, la ejecución y la

consumación, y, dicho dolo en todos esos fragmentos temporales es el mismo *-la consumación del hecho-*, por tanto, “el fundamento jurídico de la **punibilidad** de la tentativa no reside en la voluntad del autor sino en el peligro cercano de realización del resultado típico”<sup>14</sup>.

Ejemplos: Con el propio envío de la carta amenazante a la víctima de una extorsión comienza la tentativa pues es en ese punto donde se origina la puesta en peligro para el patrimonio de aquella... El hecho de empuñar una pistola que ya está cargada pero que todavía tiene seguro puesto es una tentativa de asesinato si el autor se propone disparar inmediatamente... Además, no constituye tentativa de robo la entrada en una habitación en la que no se encuentra en absoluto la cosa que se pretendía sustraer aunque el autor suponga que ésta se encontraba allí. (Preuß. Obertribunal GA 1854, pág. 548)<sup>15</sup>

A simple vista se puede apreciar que dicha teoría no puede ser vista sin el elemento subjetivo, es decir, la voluntad del autor de cometer determinado delito, toda vez que *ex ante* debe existir el pensamiento, tal vez esta sea una de las causas por las cuales está prácticamente en desuso, o, convergieron necesariamente la objetiva y la subjetiva; lo que nos lleva

<sup>11</sup> MIR PUIG, S., *Derecho Penal, Parte General*, 10ª Ed. Ed Reppertor. Barcelona 2015. Pág. 347-348

<sup>12</sup> ROXIN C. *Derecho Penal Parte General, Tomo II, Especiales formas de aparición del delito*. Primera edición, Thomson Reuters-Civitas. 2014.

<sup>13</sup> ROXIN C., ob. cit., Sustenta su argumento en lo siguiente: “La descripción de estas teorías como “objetivas” es equívoca. Pues toda teoría “objetiva” tiene que incluir elementos subjetivos: el dolo (nm. 4) y el plan delictivo (nm. 5) son importantes para la determinación de la tentativa también en una teoría objetiva. Sería preferible, pues, hablar de teorías de la puesta en peligro o, en todo caso, de teorías predominantemente objetivas...” Pág. 442.

<sup>14</sup> JESCHECK Hans-Heinrich y Weigend Thomas. *Tratado de Derecho Penal, Parte General*. Quinta edición, corregida y ampliada. Editorial COMARES. Granada. 2014.

<sup>15</sup> Ídem, p. 551.

obligatoriamente a la teoría mixta que abordaremos más adelante.

**Teoría subjetiva:** Reyes A. (2016), nos trae a Frank<sup>16</sup>, quien había sostenido que podríamos penar objetivamente a quien no ha desplegado una sola acción delictiva<sup>17</sup>, es decir, “se estaría puniendo al sujeto por una conducta que desde su subjetividad es apreciada como delictiva”; obviamente esta teoría está violando el principio **nullum crimen sine conducta**<sup>18</sup>, que a su vez nos traslada al principio *nullum crimen nulla poena sine lege*, y este último a que el pensamiento no puede delinquir *cogitationis poenam nemo patitur*.

Nos puntualiza Pabón G. G. (2005): **Nullum crimen sine actione.**- Los fenómenos meramente subjetivos o internos -llámese pensamientos, deseos o estados de ánimos-. Así como los rasgos caracteriológicos (sic), los hábitos, las actitudes y los modos de vida, escapan por completo a la punibilidad. El interés protector del Derecho comienza con la invasión de los intereses ajenos por actos externos del hombre como individuo. (pág. 167).

Así entonces, es difícil, sino imposible, sustentar la pena de una tentativa en base a la sola teoría subjetiva, ya que el pensamiento debe haberse transformado en movimiento, pero no cualquier movimiento, sino aquellos que pongan en peligro evidente

el bien jurídico tutelado o, incluso hayan concluido con una modificación del mundo exterior, sin valorar que el resultado que el agente pretendía no se materializó. *De valorar una conducta en base al pensamiento (exclusivamente), estaríamos hablando de una teoría de tentativa de autor.*

**Teoría de la impresión o conmoción social**<sup>19</sup>: Reyes A. (2016), retomando a Carrara en *Teoría de la tentativa y de la complicidad*, Madrid. 1877, nos indica:

Si bien no tenga que deplorarse un suceso *dañoso* el ánimo de los ciudadanos se conmueve a la vista de una voluntad injusta que dio comienzo a actos encaminados a conseguir aquel mal propósito e idóneos para realizarlo; y al pensar que tan sólo un mero accidente, cuya repetición no es fácil prever, salvó a la víctima del mal que la amenazaba, la sociedad es presa del mismo terror y del espanto que causa el delito consumado. (pág. 57)

El problema que se nos presenta con la teoría de la impresión es que *pareciese* que el derecho penal obedecería más al clamor social, que al estricto derecho, aun cuando en la sociedad el delito consumado es claramente más reprochable que aquél tentado. Entendiese entonces que nos acercamos demasiado al derecho penal de autor **-bajo un baremo social o mediático-**, dado que mediáticamente se pide **-venganza-** un castigo para el delincuente,

<sup>16</sup> Ibidem. Cita del autor. Frank, reinhard, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1931. Pág. 525.

<sup>17</sup> Reyes A, ob. cit. p. 40.

<sup>18</sup> PABÓN G. G. *De la Teoría del Conocimiento en el Proceso Penal*. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá, Colombia. 2005.

<sup>19</sup> Reyes A., ob. cit. Pág. 57-63.

pero, lo cierto es que a la sociedad no le interesa *-porque desconoce-* los antecedentes del agente y sus intenciones propias, lo que reprocha el colectivo es el acto mismo, obviamente, estamos hablando de tentativa acabada.

Más elaborado encontramos el concepto de Jescheck<sup>20</sup> H. (2014):

Según la **teoría de la impresión** es la voluntad hostil del autor hacia el Derecho la que resulta decisiva para la punibilidad de la tentativa, pero no como manifestación por sí misma sino entendida como efecto que surge del hecho y se proyecta sobre la comunidad. *La confianza de la colectividad en la vigencia del ordenamiento jurídico sería menoscabada si permaneciera impune aquel que proyecta seriamente un delito importante y se pone en marcha para su ejecución...* **El perjuicio para la comunidad ocasionado tanto por la tentativa idónea como por la inidónea reside en el menoscabo de la conciencia de una paz jurídica asegurada**, aunque a la primera de ellas se añade también la puesta en peligro del objeto de la acción tutelado penalmente. (La cursiva y la negrita es mía)

Si se observa, el tema central es si la tentativa debe ser penada desde la propia concepción del hecho delictivo (subjetivistas) o cuando el comportamiento ha sido exteriorizado mediante la ejecución del plan del hecho (objetivistas). Ante esta interrogante, debemos partir desde un

punto *deontológico comprobando que ambas teorías no pueden subsistir de manera independiente*, ya que la postura subjetivista de nada sirve si una vez concebida la idea, no le siguen los actos preparatorios y, consecuentemente los actos ejecutivos, *de igual manera a la inversa*, no tiene sentido lógico (*por lo menos para nosotros*) que el agente ejecute cierta conducta sin habérsela representado *como posible* previamente en su mente, y, por tanto, haber tenido la intención y voluntad *-obviamente-* de ejecutarlo.

Ya Mezger E., (1949), había sostenido que la tentativa no pertenecía a los simples actos preparatorios, toda vez que, para que pudiera imponerse una pena a dicha figura, en la resolución de cometer el injusto se necesita que el agente "haya manifestado acciones que contengan un principio de ejecución de un crimen o delito"<sup>21</sup>. Ahora bien, tampoco niega que deba tomarse en cuenta el lado subjetivo de quien actúa, dado que es su "resolución" de cometer el acto lo que da fundamento a la pena de la tentativa. Es decir, la necesaria dualidad de las teorías es incuestionable al momento de valorar si procede o no aplicar una pena, de lo contrario como señalamos en párrafos anteriores estaríamos penando *-posiblemente-* hasta el pensamiento, el cual claramente desconocemos.

Entonces, al continuar con la *teoría de la impresión como base para penar* los actos tendentes a la consumación del tipo, debemos diferenciar entre los actos preparatorios y la tentativa misma (*desde el punto de vista deontológico*); en

<sup>20</sup> Jescheck H, ob. cit. Pág. 570.

<sup>21</sup> MEZGER. E., *La Tentativa, El Dolo. Estudios de Derecho Penal General*. Editorial Jurídica Bolivariana. Reimpresión 2002. Pág. 163.

tal sentido el Derecho Penal Soviético sostuvo a través de sus estudiosos que:

La distinción entre preparación del delito y tentativa, lo mismo que entre actividad delictiva preparatoria y delito consumado, es indispensable para determinar el **grado de la peligrosidad social y la punibilidad de las acciones** cometidas. Las acciones preparatorias, por regla general, son menos peligrosas para la sociedad que el delito consumado y también que la tentativa. En caso que las acciones preparatorias sean de poca importancia, con frecuencia pierden su carácter socialmente peligroso y **no acarrearán responsabilidad penal**<sup>22</sup>. (La cursiva y la negrita es nuestra) (Pág. 46)

En esta línea de pensamiento, debemos plasmar una de las definiciones que más se asemejan a la realidad de la tentativa -la excepción a la regla sobre la inmutabilidad del tipo-, y que desarrolla el porqué de su punibilidad; Roxin<sup>23</sup> (2008).

Si se aplicara indefectiblemente el principio de que toda conducta punible tiene que ser típica, antijurídica y culpable, habría de llegarse al resultado de que es

impune la comisión de un delito meramente intentada, pues *la tentativa es esencialmente no consumación del delito*, lo que significa que el tipo del delito no ha sido realizado en su totalidad. (cursiva nuestra)

Así, v. g., en un homicidio tentado -el cual no cumple con el tipo- podría no verse penado; empero, "el legislador no se ha conformado con la consecuencia lógica de ese razonamiento, es decir, la impunidad de la tentativa del delito..."<sup>24</sup>. Como es lógico, esto se debe a que el intento del agente por cometer el hecho no sólo se limita al bien jurídico específico, de igual manera pone en peligro dicho bien de manera general, dicho de otro modo, pone en peligro el bien común, la paz jurídica -en consecuencia, la seguridad jurídica-, por tanto, impera la necesidad de asegurar la paz social con políticas de prevención general y especial.

Por de pronto, si estuviéramos dispuestos a penar cualquier conducta que presuntamente pudiese modificar el mundo exterior poniendo algún bien protegido en peligro, esto podría llegar a castigar el momento mismo en que se compra un arma para asesinar, adquirir escopolamina (burundanga) para hurtar, violar, etc., o libar alcohol para

<sup>22</sup> ZDRAVOMISLOV. et. al., *La Tentativa, El Dolo. Estudios de Derecho Penal General*. Editorial Jurídica Bolivariana. Reimpresión 2002. Pág. 56. Como dato importante los autores nos hacen la siguiente distinción: "Por tanto, la tentativa puede darse en todos los delitos materiales, es decir, en aquellos en que para la consumación del delito se requiere que se produzcan determinadas consecuencias delictivas. La tentativa en estos delitos se realiza tanto por medio de acción (en la gran mayoría de los casos), como por medio de omisión. Por ejemplo, para que el niño de pecho muera, la madre deja de alimentarlo. La tentativa también puede darse en los delitos formales, cuando estos se ejecutan por medio de acción (cohecho, especulación, violencia carnal, etc.). Sin embargo, no puede existir tentativa en la ejecución de aquellos delitos en que el primer acto de la actividad delictiva es un delito perfecto (la organización de una banda armada, el bandolerismo, etc.). (sic)

<sup>23</sup> ROXIN C. *Fundamentos político-criminales del Derecho penal*, Ed. Hammurabi. 2008. Pág. 429.

<sup>24</sup> ROXIN., ob. cit., pág. 430. Obviamente estamos tratando sobre la teoría de la impresión o conmoción social toda vez que, el legislador en estos casos obedece más al grito o disconformidad de la sociedad, sobre ciertas conductas reprochables.



tomar fuerzas y agredir a una potencial víctima; y, porque no, la simple mirada *-supuestamente-* atemorizante que *-dicen algunos-* desemboca en una amenaza; pero, recordemos que *no necesariamente se lleguen a iniciar los actos ejecutivos -tentativa inacabada o desistimiento.* Ante las posibilidades que estas meras conjeturas fuesen penadas, la seguridad jurídica no existiría y estaríamos ante un Estado de incertidumbre o simplemente de hecho.

Así las cosas, estaríamos investigando e imputando un supuesto de hecho al sujeto que va encaminado a cometer el crimen, pero aún no ha resuelto hacerlo, *recordemos que el pensar y ejecutar está dividido por una línea delgada que sólo el autor está dispuesto a revelar,* que el mero pensamiento no es penado, y las conductas meramente pensadas no necesariamente llegan a materializarse. *Como se observa el analizar la tentativa desde un punto de vista tanto subjetivo como objetivo, no es una tarea fácil para ninguno de los sujetos inmersos en la triada jurídico penal.*

Insistiendo en la penalidad de la tentativa y cuándo inician los hechos que pueden ser penados, debe tomarse en cuenta sin lugar a duda el llamado *iter criminis*. El maestro Zaffaroni expresa que “el delito se inicia cronológicamente como una idea en la mente del autor, que a través de un proceso abarca la concepción, la decisión, la preparación, la ejecución, la consumación y el agotamiento, llega a afectar el bien jurídico tutelado en la forma descrita por el tipo”<sup>25</sup>. Pero, nos dice el jurista -con

razón justa- que no todo el *iter criminis* puede ser penado, de lo contrario “la seguridad jurídica se desbarataría puesto que estaríamos penando la idea”<sup>26</sup>.

Compartimos las palabras del juriconsulto ya que en nuestro derecho positivo *-aun-* no podemos hacer una valoración exclusivamente objetiva o llanamente subjetiva, es decir, nuestra ley positiva se sustenta en que el delito consiste en la conducta consumada o su grado tentado, ahora bien, cuando se habla de tentativa, ésta parte del dolo (la voluntad), hasta la puesta en peligro del bien común (la ejecución), a pesar que el resultado querido por el agente no se consume tal y como lo había visualizado.

Continuando con el tratadista, entre las teorías que se alejan de la doctrina tradicional, tenemos las que denomina “negativas” que tratan la penalidad de la tentativa desde un punto de vista puramente ontológico, con lo que se visualiza la posible disfunción legal con la discrecionalidad de enumerar el tipo, taxativamente nos dice que según los teóricos, “no es necesaria una solución legal”, más bien, “debe dejarse librado al prudente arbitrio del magistrado, lo que implica nada menos que un problema de límite de tipicidad es entregado por la Ley al juez sin darle guía alguna”. En términos claros, es la cuadratura del círculo toda vez que sería la mayor violación a los principios de legalidad y reserva penal, añadiendo el de **separación de funciones**, constitucionalización, convencionalidad, y, especialmente de imputación objetiva, el cual llama al fundamentalismo o principalismo procesal.

<sup>25</sup> ZAFFARONI. R. *Manual de Derecho Penal, Parte General*, 6ta. Edición. EDIAR. 1988. Pág. 601-615.

<sup>26</sup> Cfr. ZAFFARONI. *La Tentativa, El Dolo. Estudios de Derecho Penal General*. Editorial Jurídica Bolivariana. Reimpresión 2002. Pág. 27-24.

En esta línea, al hablar de los actos preparatorios, debemos entender que son todos aquellos *supuestos* en los que el sujeto se asegura *ex antes* los elementos y condiciones necesarios para la ejecución del hecho, v. gr., obtener el arma de fuego para un homicidio, robo a mano armada, violación, etc., o la cuadrilla de coautores, cómplices o partícipes para llevar a cabo un tráfico o trasiego de drogas; mientras que los actos ejecutivos se dan cuando ya inició la conducta delictiva, por de pronto, cuando se dispara el arma en contra de la víctima, cuando se está transportando la sustancia ilícita, ahora bien, recordemos que los actos de ejecución culminan *ex post* cuando se cumple con el tipo penal.

Para Mir Puig (2015); “Los actos preparatorios, y entre ellos la conspiración, la proposición y la provocación, presuponen que la ejecución del hecho típico pretendido todavía no ha empezado. En cuanto el autor traspasa la frontera de los actos preparatorios e inicia la fase ejecutiva, aparece la **tentativa**”<sup>27</sup>. (pág. 355). El jurista nos da los siguientes ejemplos para diferenciar los términos o mejor dicho los momentos en que se deben diferenciar los actos preparatorios de la tentativa:

“A dispara sobre B con intención de darle muerte, pero la bala no da en el blanco; varios sujetos se reúnen y deciden ejecutar un robo, pero este delito no puede llegar a realizarse. En el primer caso concurre «tentativa» y en el segundo un acto preparatorio

punible («conspiración»).

Como es lógico, en los delitos imprudentes sólo puede castigarse la consumación”. (pág. 345)

Como se advierte en el *iter criminis*, los actos preparatorios, se ubican en la fase interna *-deliberación-* y la fase externa *-resolución-*; entonces, al momento de establecer una posible pena siempre debe partirse del hecho consumado o tentado; no, desde el momento de la ideación, toda vez que *nadie puede ser penado por sus pensamientos “cogitationis poenam nemo patitur”*.

Debemos entonces, cuestionar el momento exacto en que culminan los actos preparatorios e inician los actos ejecutivos, es decir, los actos preparatorios están en la fase interna con ciertos *-posibles-* ribetes externos pero que aún no tienen consecuencia jurídica relevante, v. gr., serían actos preparatorios, el sujeto que calcula la hora de salida y llegada de la futura víctima, los sujetos que se reúnen para formar una banda o pandilla delincuencia *-solamente en una ocasión-*, incluso cuando A solicita a B que le proporcione un arma; para cometer X delito, pero si estos actos no quedan en más nada que una mera deliberación o reflexión difícilmente pueden ser punibles para los objetivistas, pero sí pueden llegar a ser penados para los subjetivistas.

Si recordamos el artículo 48 de la ley penal, existe “*tentativa* cuando se inicia la ejecución del delito mediante actos idóneos dirigidos a su consumación...”.

<sup>27</sup> MIR PUIG, S., *Derecho Penal, Parte General 10ª Ed. Ed Reppertor. Barcelona 2015.*

es decir, que *se contemplan como hechos punibles los actos de ejecución*; dudoso es el artículo 49 de dicha excerta legal cuando dispone que “si el agente desiste voluntariamente de la ejecución del delito o impide que el resultado se produzca, solo responde criminalmente si los hechos realizados constituyen otro delito”.

Verbigracia, colocar una bomba y después retirarla sin ocasionar daños, verter un veneno en una ponchera y antes que la consuman los comensales desechar la bebida o, iniciar un incendio y apagarlo antes que se propague, aquí se observa que si el agente desiste voluntariamente de la ejecución o evita su conclusión, difícilmente será penado, por tanto, no se amerita la intervención del derecho penal, incluso, si una vez iniciados los actos ejecutivos sin que se llegue a consumir el hecho delictual a causa del desistimiento del propio autor o cuando el agente realice actos para evitar la consumación del hecho tampoco es penado, salvo que dichos hechos cumplan por sí solos con algún tipo penal *-teoría mixta-*.

Algo similar ocurre con la tentativa inidónea o el delito imposible, la cual no tiene punibilidad en nuestra ley vigente, ya que el legislador palmó de manera clara que hay tentativa cuando se inicia la ejecución del delito mediante **actos idóneos**, con lo que queda vedada toda posibilidad de penar una conducta que se sustente en actos que no dañan el bien jurídicamente protegido o el bien

en realidad no existe, como pretender causar un mal mediante conjuros *-a lo que habríamos de aplicar el Malleus Maleficarum<sup>28</sup> y no le Ley Penal-*; afirmamos entonces, que no se puede penar a quien con la intención de matar dispara contra quien ya está muerto, no se puede matar a un muerto, por lo que el delito de homicidio *-en este caso-* es imposible.

Ejemplos: La tentativa de homicidio de un cadáver es tentativa sobre un objeto inidóneo, la tentativa de aborto con pastillas para el dolor de cabeza es tentativa con un medio inidóneo, la tentativa de aborto sobre una mujer no embarazada con un analgésico inocuo es tentativa sobre un objeto inidóneo con medio del mismo carácter; todas lo son, además, por razones fácticas. La tentativa de estafa ante la legalidad de la ventaja patrimonial perseguida o la tentativa de hurto desconociendo el consentimiento del titular de su custodia son tentativas sobre un objeto inidóneo por causas jurídicas<sup>29</sup>.

Ahora bien, esto sería una interpretación de la ley, mas no la única, si partimos del principio de mínima aplicación de la ley penal en base a una política criminal de Estado, sobre los bienes jurídicos relevantes o conductas que incuestionablemente no ponen en peligro dichos bienes, la tentativa

<sup>28</sup> Heinrich Kramer - Jacobus Sprenger, *Malleus Maleficarum (El martillo de los brujos)*. Rescatado de: <http://www.malleusmaleficarum.org/downloads/MalleusEspanol1.pdf>

<sup>29</sup> JESCHECK Hans-Heinrich y Weigend Thomas. *Tratado de Derecho Penal, Parte General*. Quinta edición, corregida y ampliada. Editorial COMARES. Granada. 2014.

inidónea no debe ser penada. Sin embargo, existen actos cuestionables como el asaltar un banco con una pistola de juguete, lo constituye definitivamente una conducta que ponen en peligro ciertos bienes jurídicos y, que por lo tanto, no pueden quedar sin sanción penal; la solución a este caso es que mientras los actos sí son idóneos para la constitución del hecho, uno de los objetos de esos actos no lo es, es decir, nos encontraríamos ante una tentativa inidónea relativa, lo que permite ubicar la conducta dentro de una tentativa acabada punible (intimidación).

Otro asunto es el delito putativo, Mir Puig (2015)<sup>30</sup> nos aclara que no debemos confundir el delito putativo con el delito imposible o tentativa inidónea, ya que el primero es un hecho no penado por la ley, aun cuando *-erróneamente-* el autor así lo crea, esto se da porque el delito putativo: “Supone un error no en un elemento del tipo (error de tipo al revés), como en la tentativa inidónea, sino en la *prohibición* penal del hecho (**error de prohibición al revés**)”; aclara, que en la tentativa inidónea *-independientemente del modo o la forma no idónea de llevar a cabo el supuesto de hecho-* es necesario que el aspecto volitivo o el hecho mismo esté tipificado, contrario sucede en el *delito putativo*, toda vez que el agente está bajo la falsa creencia de que *el hecho* está prohibido penalmente, cuando en realidad no lo está.

“Ejemplo: El marido cree equivocadamente que con su adulterio comete un hecho penado por la ley. (...) unánimemente se entiende que **el delito putativo es impune**, toda vez que la determinación de lo que es delito o no lo es corresponde a la ley, y no a la opinión del sujeto, que no puede convertir en punible un hecho que la ley no quiere castigar.”<sup>31</sup>

Como corolario en cuestiones de tentativa acabada e inacabada y el desistimiento debemos obligatoriamente remitirnos a lo que nuestra Corte Suprema de Justicia<sup>32</sup> en dicha materia ha manifestado:

El A quo se inhibió del conocimiento del presente proceso penal, por considerar que no queda configurado el delito de **homicidio doloso imperfecto (tentativa)**, puesto que el escenario probatorio en realidad proyecta la figura de un concurso delictivo<sup>33</sup>, consistente en el ingreso arbitrario en un domicilio ajeno y lesiones personales dolosas agravadas.

Con base en la declaración jurada de Cinthya Isodel Andrión Ríos, el auto recurrido sostiene que el imputado ingresó a su residencia arbitrariamente, acompañado de otra persona y aun cuando

<sup>30</sup> MIR PUIG. Ob. Cit. Pág. 367

<sup>31</sup> MIR PUIG. Ob. Cit. Pág. 367

<sup>32</sup> Corte Suprema de Justicia, Panamá, Segunda de lo Penal, Ponente: José Eduardo Ayú Prado Canals, 27 de octubre de 2015, Expediente: 125-14-AA.

<sup>33</sup> Prudente es aclarar que, al hablar de concursos aparentes de normas y concursos de delitos, no se está hablando del mismo tema, toda vez que, de eso depende la posible sanción punitiva, la cual debe tener como paralelo la dignidad de la persona y el principio *pro homine* de todo sujeto de Derecho.

le solicitaron que les entregara el dinero, no le despojaron de sus bienes, sino que tras haber lesionado a su cónyuge con proyectil de arma de fuego, deciden retirarse de la residencia. Indica el A quo que la conducta antes descrita encaja en la figura del **desistimiento voluntario** referente a una conducta delictiva de mayor gravedad, previsto por nuestro Código Penal, en su artículo 49, puesto que (...) y (...), son contestes en señalar, que los agresores decidieron voluntariamente retirarse de su residencia, en una moto, y no les llevaron nada....

En consecuencia, la Fiscal recurrente señala que no existe un desistimiento del actor en evitar la consumación del fin propuesto: disparar con un arma idónea, en un área sensible, ni se advierte intención de evitar o impedir que se diera el resultado muerte, porque no auxilió a la víctima, y el delito de homicidio no se consumó por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo, sino por la intervención médica especializada y oportuna.

...

#### **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

Así, se observa que el principal argumento que orientó al Segundo Tribunal Superior a inhibirse del conocimiento del proceso, es el supuesto *desistimiento voluntario* del agente, cuya configuración *impide el castigo del inicio de la ejecución del delito*, a no ser que estos actos, por sí mismos, constituyan otro

delito distinto.

...

Por tanto, resulta indiscutible, que quien realizó el único disparo sobre la víctima, tuvo la voluntad de ocasionarle la muerte, y **pudo prever dicho resultado**. El hecho de que en el presente caso, no se haya producido la muerte de (...), ubica la acción del sujeto pasivo en la **figura de la tentativa**, prevista en el artículo 48 del Código Penal, y más específicamente, en su **modalidad acabada**, explicada por la doctrina como aquella que *"se caracteriza porque el autor ha realizado todos los elementos del delito que se requieren para que el resultado típico acaezca*. Por ejemplo, en el delito de homicidio (131 del Código Penal), el sujeto activo dispara a su víctima y esta se encuentra herida de muerte en el suelo. *Si la víctima muere, la tentativa acabada de homicidio dará lugar a un delito consumado de homicidio. En la tentativa acabada el agente ya no tiene la posibilidad de evitar el comportamiento típico, pues este se ha realizado faltando solo el resultado para que el delito se consume."*

De otra parte, en *"la tentativa inacabada el sujeto activo empieza la ejecución del delito, pero no logra realizar todos los actos ejecutivos para que el resultado acaezca"*.

La distinción entre ambos tipos de tentativa se hace necesaria y es importante, porque la figura con base en la cual el Tribunal A quo declina la competencia hacia

la esfera circuital, -el desistimiento voluntario del agente- de alguna manera hace referencia a estos dos tipos de la tentativa; veamos:"

Artículo 49. Si el agente desiste voluntariamente de la ejecución o impide que el resultado se produzca, solo responde criminalmente si los hechos realizados constituyen otro delito."

Nótese que la redacción de la norma establece dos momentos frente a los cuales se considera que el agente desiste voluntariamente de su intención delictiva. El primero de ellos guarda relación con la tentativa inacabada cuando se señala "si el agente desiste voluntariamente de la ejecución"; y la segunda posibilidad de reconocer a favor del agente su desistimiento voluntario, es si éste "impide que el resultado se produzca", es decir, luego que la tentativa ha sido acabada.

Concluye la Judicatura en señalar que el caso en concreto se trata de una *tentativa acabada*, ya que el agente ejecutó todos los actos necesarios para ocasionarle la muerte a la víctima del delito, "es decir, entró con un arma de fuego a la casa de la víctima, quien se encontraba desarmada, lo apuntó, y luego, efectuó a quemarropa una sola detonación en un área vital de su anatomía". Sobre la *figura del desistimiento*, la corte manifestó que de acuerdo con lo establecido en el artículo 49 de nuestro Código Penal, no se configura el desistimiento ya que, una

vez realizados todos los actos idóneos para la consumación del delito (tentativa acabada), lo que debería seguir es que el agente hiciera acciones concretas tendientes a impedir su resultado, es decir la muerte, ya sea auxiliándolo o buscar ayuda médica.

Agrega la magistratura salvamento de voto que considera relevante: "Un balazo en el abdomen durante el desarrollo de un robo, no puede razonablemente dejar de tenerse como una tentativa agravada de homicidio. Aquí no existe desistimiento, lo hubiera habido si el agresor no dispara y no se introduce al domicilio ajeno". A juicio de la Superioridad, es la opinión jurídica vertida en el Salvamento de Voto, la que se ajusta a las constancias procesales, así como a la explicación doctrinal, e incluso jurisprudencial, de la figura de la tentativa acabada y del desistimiento voluntario del delito; explican que, "en caso que se hayan realizado todos los actos necesarios para producirlo, el desistimiento consiste en evitar el resultado típico...pues los actos constitutivos de ejecución ya fueron realizados en su totalidad<sup>34</sup>".

Es claro que nuestros fallos se explican por si solos, así entonces, podemos apreciar que los delitos en grado de tentativa o delitos tentados siempre han de verse en cada caso en particular, desde la perspectiva de los indicios, conductas y el deseo final de cada uno de los agentes inmersos en la conducta delictiva, toda vez que éstos siempre serán o deben ser valorados al momento de calificar el delito y el quantum de su posible punibilidad.

<sup>34</sup> Corte Suprema de Justicia, Panamá, Segunda de lo Penal, Ponente: José Eduardo Ayú Prado Canals, 27 de octubre de 2015, Expediente: 125-14-AA.

## CONCLUSIONES

En nuestro Código Penal no es posible la penalización de la tentativa inidónea o el delito imposible, toda vez que no existe daño a un bien jurídico sobre la base de un supuesto de hecho inexistente, como se dijese un delito tentado en base a supersticiones.

Tampoco aplica la teoría subjetiva dado que los pensamientos, actos preparatorios, que no emergen al mundo, no pueden ser penados. La teoría que más se acerca es la objetiva, la cual debemos analizar tomando en cuenta la verdadera intención final del agente, y que irremisiblemente desemboca en una teoría mixta.

Ante estas sugerencias o condiciones, nos inclinamos más por una teoría de la impresión o conmoción social<sup>35</sup>, dado que nuestra cultura, nuestro medio, nuestra idiosincrasia jurídica-legislativa, al momento de crear una ley o aplicar esta, se basa en el supuesto de interponer a un tercero

común, el cual en iguales singularidades decidiría cómo identificar y decidir sobre dicho comportamiento, es decir, en un acto cualquiera *-obviamente delictivo-* se posiciona a una persona *-tercero común-*, para que éste evalúe si la conducta puso en peligro algún bien jurídicamente tutelado, si dicha conducta debe ser penada o no, y, en éste último caso, cuál sería la pena a aplicar para dicho hecho.

*Al juez no se le puede pedir que averigüe porque **esa no es su misión**, hay que darle o presentarle, esto es afirmarle los hechos averiguados. Y hay que ofrecerle elementos que prueben que esa averiguación ha sido correcta. Realizar tal labor anteprocésal o preprocésal es función del particular o de la policía, normalmente del primero en cuanto al proceso civil y de la segunda en cuanto al proceso penal<sup>36</sup>. (el resaltado es nuestro)*

<sup>35</sup> Aunque es tentador hablar sobre las corporaciones mediáticas y, el impacto que tienen en la creación o modificación de la ley penal, así como la posible influencia *-desorientadora-* en la sociedad cuando ventilan uno que otro o caso penal sensitivo, *transmitiendo un mensaje equívoco, caprichoso y meramente subjetivo*, lo cierto es que dicha teoría no se sustenta *-exclusivamente-* en dichos medios de comunicación, sino, como se expuso arriba, en una sociedad netamente neutral, o mejor dicho común.

<sup>36</sup> PABÓN G. G. *De la Teoría del Conocimiento en el Proceso Penal*. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá, Colombia. 2005. Pág. 139.

## BIBLIOGRAFÍA

1. Código Penal de la República de Panamá.
2. Dworkin. R. *Justicia para erizos*. Ed. Fondo de Cultura Económica. 2014.
3. JESCHECK Hans-Heinrich y Weigend Thomas. *Tratado de Derecho Penal, Parte General*. Quinta edición, corregida y ampliada. Editorial COMARES. Granada. 2014.
4. MEZGER. E., *La Tentativa, El Dolo. Estudios de Derecho Penal General*. Editorial Jurídica Bolivariana. Reimpresión 2002.
5. MIR PUIG. S., *Derecho Penal, Parte General 10ª Ed. Ed Reppertor. Barcelona 2015*.
6. PABÓN G. G. *De la Teoría del Conocimiento en el Proceso Penal*. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá, Colombia. 2005.
7. REYES. A. Y., *El Delito de Tentativa*. Ed. IBdeF. Montevideo-Buenos Aires. 2016.
8. ROXIN C. *Derecho Penal Parte General, Tomo II, Especiales formas de aparición del delito*. Primera edición, Thomson Reuters-Civitas. 2014.
9. ROXIN C. *Fundamentos político-criminales del Derecho penal*, Ed. Hammurabi. 2008.
10. SÁENZ. J. *Compendio de Derecho Penal (Parte General)*, Tomo 1, 2da edición, Panamá. Jurídica Pujol, S. A. 2016.
11. VELÁSQUEZ V. F., *Manual de derecho penal –Parte general–* Segunda edición. TEMIS. Bogotá-Colombia. 2004.
12. ZAFFARONI. R. *Manual de Derecho Penal, Parte General*, 6ta. Edición. EDIAR. 1988.
13. ZDRAVOMISLOV. et. al., *La Tentativa, El Dolo. Estudios de Derecho Penal General*. Editorial Jurídica Bolivariana. Reimpresión 2002.
14. Corte Suprema de Justicia, Panamá. Disponible en: <http://www.organojudicial.gob.pa/>
15. Real Academia Española. Rescatado de: <http://www.wordreference.com/definicion/conato> -y Rescatado de: <http://dle.rae.es/srv/fetch?id=ZUJIAd2>
16. Heinrich Kramer - Jacobus Sprenger, *Malleus Maleficarum (El martillo de los brujos)*, Rescatado de: <http://www.malleusmaleficarum.org/downloads/MalleusEspanol1.pdf>





## Mgter. Carlos Barragán Quiróz

---

Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas por ISAE Universidad, Técnico en Administración de Aduanas de la Universidad de Panamá, Diplomado en Sistema Penal Acusatorio por UPAM, Técnico Superior en Administración de Empresas con Orientación en Recursos Humanos, Informática Administrativa y Administración de Mediana y Pequeña Empresa con Orientación en Recursos Humanos por el Centro de Estudios Regionales de Panamá- CERPA-.

Además, Maestría en Derecho Penal y Derecho Procesal Penal, Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ) y, Corte Suprema de Justicia de Panamá. 2015-2016. Post-grado en Sistema Penal Acusatorio, en la Universidad de las Américas (UDELAS), 2015. Post-grado en Derecho Procesal Penal, con mención en los principios constitucionales que

fundamentan el sistema acusatorio, Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ) y, Corte Suprema de Justicia de Panamá, Managua, 24 de noviembre de 2014.

Ha ocupado diferentes posiciones en el Órgano Judicial, siguiendo el escalafón, inicia para el 2004 como Escribiente II en el Juzgado de Niñez y Adolescencia de Primer Circuito Judicial de Panamá, a Oficial Mayor en el Juzgado Tercero Municipal de Familia de Primer Distrito Judicial de Panamá, Asistente de Defensor de Oficio, Secretario Judicial y Juez Municipal Mixto. Ha ejercido como Asistente de Abogado en el Ministerio de Educación -Dirección Nacional de Asesoría Legal-, Defensor de Oficio de Circuito. Se desempeñó como Asistente Administrativo en la Autoridad de la Micro, Pequeña y Mediana Empresa (AMPYME).

Actualmente labora como Juez de Garantías en la provincia de Colón.

El licenciado Barragán ocupó el segundo lugar en el Primer Concurso de Ensayo Jurídico Sapientia 2016.