

***Universidad de Cienfuegos.
“Carlos Rafael Rodríguez”
Facultad de Ciencias Sociales y
Humanísticas.
Departamento de Derecho.
Sede Universitaria Municipal de Cruces.***

Disertación Teórica

Título: *La responsabilidad penal en los actos preparatorios y en la tentativa.*

***Autora: Danay Pérez Hernández.
Tutor: Pedro J. Pérez Cuellar.***

***15 de mayo de 2009.
Año 50 de la Revolución.***

Resumen:

El presente trabajo se ha realizado tomando como título “La responsabilidad penal en los actos preparatorios y en la tentativa”, específicamente se ha profundizado en el estudio de la responsabilidad penal en los actos preparatorios y en la tentativa. Aborda los aspectos fundamentales de cada uno de ellos, así como las etapas en el desarrollo del acto delictivo, en relación con dichas etapas se ha realizado una valoración de cada una de ellas, el momento de desarrollo, la posición del sujeto, las características que poseen y si entrañan o no responsabilidad penal.

Los actos preparatorios han sido analizados con amplitud, explicando que constituyen la primera etapa punible en el desarrollo del acto delictivo, se ha hecho énfasis en su concepto, su impunidad, se ha hecho un análisis de la responsabilidad penal, así como su expresión en el Código Penal, destacando los artículos en que se encuentran explicados, tanto en la Parte General como en la Parte Especial del mencionado Código. La tentativa ha sido analizada ampliamente haciendo alusión a su evolución histórica, como fue tratada en el Derecho romano, en el Derecho germánico y en el Derecho canónico, mencionando los siglos en que comienzan a formularse las primeras nociones de la misma, aunque en ellos eran penalizados los actos incompletamente realizados, en ciertos casos como si hubieran sido consumados. Se ha referido a su definición, el artículo del Código Penal en que se encuentra explicada, sus clases: acabada e inacabada, los requisitos que deben tenerse en cuenta para que pueda ser calificada, así como las distintas teorías que han existido al respecto, su ámbito de aplicación ha sido explicado en los delitos de mera actividad, de simple omisión, de comisión por omisión y en los delitos de peligro. La responsabilidad penal en la tentativa ha sido tratada como un aspecto fundamental en el trabajo, se ha realizado un análisis de la misma explicando su regulación, mencionando los artículos en que se basa nuestro ordenamiento jurídico para sancionar al sujeto que cometa un delito en fase de tentativa. Después de haber analizado cada uno de los contenidos referidos con anterioridad, se ha arribado a varias conclusiones que han demostrado el estudio y el conocimiento del tema, se ha podido determinar que en el desarrollo del acto delictivo se distinguen dos fases: la fase interna y la fase externa, que no existe aún un concepto acabado de los actos preparatorios y la tentativa, aunque nuestro Código Penal explica lo que cada uno significa para poder aplicarlos, el artículo 12.5 se refiere a la forma de reprimir a los actos preparatorios y a la tentativa, existen además casos de delitos autónomos en

los que el comportamiento prohibido constituye un acto preparatorio o una tentativa de otro delito.

ÍNDICE:

- **Resumen.**
- **Capítulo I: Introducción.**
- **Capítulo II: Desarrollo.**
 - 2.1- Etapas en el desarrollo del acto delictivo.**
 - 2.2- Los actos preparatorios como la primera etapa punible en el desarrollo del acto delictivo.**
 - 2.2.1- Concepto de actos preparatorios y su expresión en el Código Penal.**
 - 2.3- La punibilidad e impunidad de los actos preparatorios.**
 - 2.4- Análisis de la responsabilidad penal en los actos preparatorios según nuestro Código Penal.**
- **Capítulo III: La tentativa.**
 - 3.1- Breve reseña histórica de su surgimiento.**
 - 3.2- Su definición y expresión en el Código Penal.**
 - 3.3- Clases de tentativa.**
 - 3.4- Requisitos de la tentativa.**
 - 3.4.1- Requisito subjetivo de la tentativa.**
 - 3.4.2- El comienzo de ejecución del delito.**
 - 3.4.3- La falta de consumación del delito.**
 - 3.5- Ámbito de aplicación de la tentativa.**
 - 3.6- Fundamento de la punición de la tentativa.**
 - 3.7- Imputabilidad en la tentativa.**
 - 3.8- Responsabilidad penal en la tentativa.**
 - 3.9- Importancia de las disposiciones que declaran punible el desarrollo incompleto del delito.**
- **Conclusiones.**
- **Bibliografía.**

• **Capítulo I:**

Introducción:

En la Constitución de la República se expresa jurídicamente los intereses y la voluntad del pueblo trabajador, ninguna persona tiene el derecho de realizar actos que alteren el orden y la estabilidad de nuestro pueblo. Su vigencia –señaló el Comandante en Jefe Fidel Castro Ruz en el I Congreso del Partido Comunista de Cuba – nos impone la tarea de ajustar a sus normas supremas toda nuestra legislación, todos nuestros reglamentos y todo nuestro ordenamiento jurídico.

Se ha querido comenzar el presente trabajo analizando estas palabras y lo expresado por nuestro Comandante en Jefe con respecto a ellas, pues nuestro país, es una nación de personas trabajadoras y abnegadas, capaces de darlo todo para mantener la Revolución y quien se decida a cometer un hecho delictivo o simplemente a prepararlo debe cumplir con la responsabilidad penal que se le imponga. Toda nuestra legislación debe estar ajustada a lo expresado en la Constitución y mantener los principios que la sustentan. Por las razones anteriormente mencionadas se ha querido en el presente trabajo abordar el tema de la responsabilidad penal en los actos preparatorios y en la tentativa. En relación a lo expresado, se ha planteado el siguiente **problema científico**:

¿Existe responsabilidad penal en los actos preparatorios y en la tentativa?

El presente trabajo tiene como **objetivo general**:

- 1- Profundizar en el estudio de la responsabilidad penal en los actos preparatorios y en la tentativa.

Como **objetivos específicos**:

- 1- Analizar las distintas fases en el desarrollo del acto delictivo .
- 2- Evaluar las condiciones que deben darse para considerar la actuación del sujeto como un acto preparatorio o como tentativa.
- 3- Conocer los términos y definiciones más actuales sobre la responsabilidad penal, los actos preparatorios y la tentativa, así como su expresión en el Código Penal.

La hipótesis de investigación planteada es:

Los actos preparatorios y la tentativa constituyen etapas en el desarrollo del acto delictivo y entrañan una responsabilidad penal establecida en el Código Penal.

El delito no se presenta con la sencillez de un solo acto que origina un solo resultado, como afirman algunos especialistas, pues las distintas figuras del delito descritas en la Parte Especial del Código Penal, no se realizan sino a través de hechos humanos y cada hecho humano cobra vida, no de un modo inmediato sino a través de un proceso. De ahí es que se ha hecho necesario abordar el desarrollo psíquico del delito, desde la manifestación inicial de voluntad hasta el resultado, como un proceso dinámico de diferentes fases, etapas o grados. La comisión de un hecho socialmente peligroso y antijurídico, implica el desarrollo de un proceso.

Cuando un sujeto determina realizar un determinado delito, este no ocurre de la nada a la realidad, es decir, que su realización recorre fases, existiendo una fase interna y una fase externa, pues el sujeto organiza, piensa la forma en que va a dirigir su conducta y ocurren momentos intermedios.

Todo este proceso se ha denominado “*iter criminis*”, como lo llamaron los prácticos italianos del Renacimiento, otros lo han preferido llamar el camino del delito, vida del delito o grados de la fuerza física. El Código Penal en el Título IV, Capítulo IV del Libro I, artículo 12 apartados 1, 2, 3, 4, 5 y artículo 13 apartados 1, 2, 3 regulan las cuestiones relacionadas con los actos preparatorios y la tentativa. Ambos constituyen etapas en el desarrollo del acto delictivo. Los actos preparatorios forman la primera etapa punible del desarrollo del acto delictivo, su definición es un asunto que aún no ha alcanzado un nivel de coincidencia más o menos generalizada. Las definiciones ofrecidas hasta el momento por los autores no guardan aproximación satisfactoria, pero analizadas en su conjunto pueden proporcionar los fundamentos principales con los cuales se puede elaborar un concepto integrado y general de los actos preparatorios.

En relación a la tentativa podemos analizar que su elaboración teórica y normativa es el resultado de una prolongada evolución histórica que no ha alcanzado un deseable nivel de coincidencia en sus cuestiones particulares. En el Derecho romano, en el Derecho germánico, en el Derecho canónico existían indicios y algunas nociones de la tentativa aunque no era tratada como tal. El desarrollo del presente trabajo está concebido por tres capítulos:

Capítulo I: Introducción.

Capítulo II: Está referido a las etapas en el desarrollo del acto delictivo y a los actos preparatorios.

Capítulo III: Está referido a la tentativa.

- **Capítulo II:**

Desarrollo:

2.1- Etapas o fases en el desarrollo del acto delictivo.

Partiendo del concepto de delito expresado en el Código Penal Cubano, artículo 8.1, como toda acción u omisión socialmente peligrosa prohibida por la ley bajo conminación de una sanción penal, se pueden analizar los casos en que el agente realice u organice un plan, desarrolle cualquier actividad encaminada a la realización de un delito, aunque no llegue a consumarlo totalmente, como hechos antijurídicos y en relación a lo planteado en el artículo 12 apartados 1 y 5, del Código Penal, siempre que no desistan de ellos, entrañan una responsabilidad penal, la cual existe desde que una persona comete una infracción penal, que da origen a una relación jurídica entre el Estado y el infractor, en virtud de la cual el Estado tiene el Derecho de imponer la sanción correspondiente y el infractor tiene la obligación de cumplir con las consecuencias jurídicas penales del acto ilícito cometido.

El acto delictivo se inicia en la psiquis del sujeto y concluye cuando se agotan sus efectos, entre uno y otro momento se distinguen claramente dos fases principales: la fase interna y la fase externa.

La fase interna:

Existe mientras la idea del delito permanece dentro de la conciencia del autor, esta fase comprende el impulso delictivo, la reflexión y la lucha de motivos, así como la decisión, el deseo de realizar determinada actividad. El impulso delictivo es el momento en que, determinada por las condiciones exteriores, surge en la mente del sujeto la idea de cometer el delito. La reflexión y la lucha de motivos es la etapa en el que se contraponen las ideas delictivas y las del deber y el temor del castigo, el pro y el contra del hecho y sus consecuencias.

La decisión constituye el momento más importante de esta fase interna, en el que, como resultado de la anterior reflexión, el sujeto resuelve, es decir, decide ejecutar su propósito delictuoso.

Este proceso de desarrollo del acto delictivo comprendido en todo el curso de esta fase interna no entraña responsabilidad penal, porque el Derecho es un orden regulador de la conducta humana y los fenómenos psíquicos, por sí solos, no implican un modo de comportamiento del sujeto y por lo tanto no infrigen norma jurídica alguna.

La fase externa:

Comienza desde el mismo momento en que la idea delictiva se manifiesta en el mundo exterior, es decir, fuera de la conciencia del sujeto, esta manifestación puede concretarse en hechos objetivos, materiales o por el solo hecho de revelar la intención delictuosa. Desde ese mismo momento en que la idea delictiva irrumpe en el mundo exterior, el Derecho debe estar en condiciones de entrar en acción. Lo dicho anteriormente no significa que siempre debe actuar el Derecho y que siempre esa irrupción en el mundo exterior tiene que ser captada y analizada por el Derecho Penal, sino indica que este debe estar en condiciones de valorarla a partir de esa manifestación externa y debe poner en marcha sus disposiciones. Esta fase externa puede dividirse en tres etapas:

1. La revelación de la intención delictiva.
2. La preparación del delito (actos preparatorios).
3. La ejecución del delito (tentativa y consumación).

La revelación de la intención delictiva es la manifestación en forma escrita, verbal o por cualquier otro medio, del propósito de cometer acciones que materializarían dicha intención, pero sin llegar a realizarlas.

Al analizar esta etapa en el desarrollo de la actividad delictiva, no determina responsabilidad penal alguna. La simple declaración acerca del propósito de cometer algún delito, que no está seguida de actos materiales que demuestren la realización de este, no implica la responsabilidad penal de quien realice tal manifestación, excepto en los casos en que esa revelación de la intención delictiva esté prevista como un delito específico, independiente y no como una etapa del desarrollo de otro delito. Un ejemplo de lo anteriormente explicado es el delito de amenazas, expresado en el artículo 284.1 del Código Penal, constituye una forma de revelar el propósito de perpetrar un delito, quien le anuncia a otro que lo va a matar, en condiciones tales que le infunde serio y fundado temor, pero sin realizar ningún acto dirigido a ese fin, no desenvuelve su conducta en el terreno del delito de Homicidio, expresado en el artículo 261 del Código Penal, por lo cual, no puede responsabilizársele por ese delito contra la vida, sino por el delito de amenazas. Si no existiera específicamente el delito de amenazas, la conducta del sujeto quedaría impune. Solo es punible porque existe ese delito de amenazas, específico y autónomo.

Como formas de manifestación de la intención delictiva pueden señalarse: la proposición, la conspiración, la incitación, las amenazas. En estos se ha tomado, por quienes intervienen en ellas, la idea de cometer un delito, y al darlo a conocer, al revelar o descubrir externamente la intención, esa idea ha traspasado los límites de una actividad psíquica, interna, pero no han dado comienzo aún los actos materiales para preparar o ejecutar el propósito.

2.2- Los actos preparatorios como la primera etapa punible en el desarrollo del acto delictivo.

2.2.1- Concepto de actos preparatorios y su expresión en el Código Penal.

Los actos preparatorios constituyen acciones materiales, temporalmente anteriores a los actos de ejecución de un delito determinado, que si no ponen en peligro inmediato el bien jurídico, crean la posibilidad formal de ese peligro.

La definición de los actos preparatorios es un asunto que no ha alcanzado su pleno desarrollo, las características dadas hasta el momento todas en su conjunto pudieran proporcionar los principales fundamentos de su concepto. El Código Penal en su artículo 12.3, teniendo en cuenta las dificultades que propicia la definición de los actos preparatorios los ha definido de la siguiente manera:

“Los actos preparatorios comprenden la organización de un plan, la adquisición o adaptación de medios o instrumentos, la reunión, la asociación o el desarrollo de cualquier otra actividad encaminada inequívocamente a la perpetración de un delito.”

2.3- La punibilidad e impunidad de los actos preparatorios:

La determinación preceptiva (definición legal) de la punibilidad genérica de los actos preparatorios ha sido objeto de múltiples y reiterados señalamientos críticos. Como argumentan algunos especialistas, para fundamentar la conminación penal no basta la simple manifestación de la voluntad antijurídica, sino que es preciso que esa manifestación tenga lugar de tal modo, que represente, a la vez, un peligro para el bien jurídico. Lo que excluye la punición indiscriminada de los actos preparatorios.

El problema principal de los actos preparatorios es el de su punibilidad. Solo los positivistas italianos, especialmente Ferri, sostuvieron que los actos preparatorios constituyen la actuación de un propósito criminal y en consecuencia originan un ilícito penal, vayan o no, seguidos de actos ejecutivos.

No obstante, por especiales motivos y en casos muy específicos, los códigos penales declaran expresamente punibles determinadas actividades preparatorias de un delito o hacen de ellas un delito distinto, el artículo 330.1 del vigente Código Penal eleva a la categoría de delito, atendiendo a la peligrosidad de los actos, la tenencia de ganzúas u otros instrumentos idóneos para la ejecución del delito de robo, cuando no se dieren descargos suficientes. La tesis de la impunidad de los actos preparatorios ha alcanzado un nivel preponderante en la teoría penal. Existen varios argumentos que se han planteado al respecto, los cuales son los siguientes:

- En la preparación no siempre podrá determinarse la intención del sujeto, dirigida a la comisión de un delito.
- En los casos en que el propio acto evidencia una determinada intención en el sujeto, de todas formas, por regla general, todavía no pone de manifiesto que el propósito del sujeto de cometer un delito ya ha alcanzado una decisión inquebrantable.
- Los actos preparatorios no representan una amenaza efectiva a los bienes jurídicos protegidos por el Derecho, no los ponen en peligro directo.
- El principio de la imputabilidad de los actos preparatorios se fundamenta en razones formales.

Si la ley amenaza con pena, a quien mata a otro, la acción prohibida no será otra, que la de matar, pero nunca la de preparar la muerte de otro.

Estos argumentos no parecen ser muy convincentes porque la punición de los actos preparatorios, en muchas legislaciones, se materializa por vía indirecta mediante la previsión de figuras de delito que constituyen verdaderos actos de preparación aún cuando de manera aparente, resultan delitos consumados, estos son los llamados delitos de emprendimiento.

2.4- Análisis de la responsabilidad penal en los actos preparatorios según nuestro Código Penal:

El Código Penal Cubano ha seguido un criterio reduccionista en cuanto a la punibilidad de los actos preparatorios, admite la penalidad, pero la limita a casos específicos. Si analizamos el artículo 12.1 del Código Penal, el cual expresa :”Los actos preparatorios se sancionan únicamente cuando se trate de delitos contra la seguridad del Estado, así como respecto a los delitos previstos en la Parte Especial de este Código para los cuales se establezcan específicamente”. Esos delitos son los previstos en los artículos: 165, 190, 248, 249, 250, 251, 252 y 328 del mencionado Código.

El autor en los actos preparatorios, no ha alcanzado aún a ejecutar el hecho delictivo, este por lo tanto, se haya sometido a todas las causalidades predominantes en lo que solo es una posibilidad abstracta.

En cada uno de estos delitos existe un apartado que remite al artículo 12.5, el cual explica lo relacionado con la responsabilidad penal que se le impondrá al sujeto comisor del delito en caso de los actos preparatorios, el cual plantea lo siguiente: “La tentativa y, en su caso, los actos preparatorios, se reprimen con las mismas sanciones establecidas para los delitos a cuya ejecución propenden, pero el tribunal podrá rebajarlas hasta en dos tercios de sus límites mínimos”. Lo que expresa este artículo es que en el procedimiento para sancionar los actos preparatorios hay que regirse por lo planteado en el propio artículo. El artículo 248 apartados 1, 2, 3 del Código Penal, Parte Especial, regula lo relacionado con el delito de Falsificación de Moneda, en su apartado 3 específicamente se refiere a lo dispuesto en el artículo 12.5, esto constituye un ejemplo de lo explicado anteriormente.

Existen figuras de delito en las que el comportamiento prohibido constituye un acto preparatorio o una tentativa de otro delito, estos son los casos de delitos autónomos y su ejemplo lo podemos ver en los delitos previstos en los artículos 97.3, 207.1, y 330.1 del Código Penal.

Capítulo III:

La tentativa:

3.1- Breve reseña histórica de su surgimiento.

Las primeras nociones conceptuales de la tentativa y del delito frustrado se formularon en los siglos XVI y XVII, admitiéndose la punibilidad de estos en cuanto a las infracciones graves y la impunidad respecto a las leves. A partir de ese período fue cuando comenzó el desarrollo de la teoría de la tentativa, en el orden teórico y normativo, aunque lento y progresivamente en sus primeros tiempos y de manera más acelerada y profunda en la actualidad.

El Derecho romano: careció de un vocablo técnico que la identificara y de un concepto que la definiera, aún cuando penalizaba los hechos incompletamente cometidos como si hubieran sido consumados. En sus últimos tiempos, al afirmarse con más intensidad el enjuiciamiento del delito en el papel de la voluntad que en el del resultado, se propició la atenuación de la pena en los hechos incompletamente cometidos.

El Derecho germánico: no logró en sus etapas iniciales, la elaboración de un concepto general de la tentativa.

En la época franca, se equiparó la tentativa a la consumación cuando se trataba del delito flagrante. En algunas de sus leyes menos antiguas pueden verse determinados indicios de las características de la tentativa.

En el Derecho canónico: desde el siglo IV, se reconoció que los pecados de pensamiento no eran jurídicamente punibles, pero las fuentes no proporcionan noción alguna de la tentativa, solo en algunos casos, determinados actos de tentativa fueron penalizados como el delito consumado, al cual estaban dirigidos con menor severidad.

Aunque en la Ley del 22 Predial del año IV del 10 de mayo de 1796, se había adoptado el principio del comienzo de ejecución como fundamento de la punición de la tentativa, lo cierto es que por lo general se reconoce que el modelo de su evolución en el siglo XIX lo constituyó el Código Penal Francés de 1810, en el cual el artículo 2 adoptó tal principio como fundamento para la penalización de la tentativa.

Este principio se difundió en las legislaciones penales, pasando al Código Penal Alemán de 1871 y el Código Penal Español de 1870. Hasta el momento la teoría de la tentativa no ha tenido su punto final.

3.2- Su definición y expresión en el Código Penal.

Jiménez de Asúa plantea que la tentativa obliga a quienes siguen la norma del resultado a acogerse por excepción a la fórmula de la actividad, queda uniformemente resuelta con la manifestación de voluntad como criterio decisivo en orden, al tiempo del acto.

Según el artículo 12.2 se considera tentativa si el agente ha comenzado la ejecución de un delito sin llegar a consumarlo, es decir, aún el delito no se ha consumado totalmente, el sujeto no ha realizado todos los actos necesarios para consumar el hecho, debe quedar algo por realizar respecto a los fines elegidos por él.

3.3- Clases de tentativa:

En atención a las razones por las cuales el delito no llegó a consumarse, la tentativa se puede clasificar en dos clases:

- 1- La tentativa acabada.
- 2- La tentativa inacabada.

Se ha definido la **tentativa acabada** como aquella en la cual el resultado delictivo no se ha producido por circunstancias independientes al culpable, a pesar de que este a realizado todos los actos considerados indispensables para que él se produzca.

La **tentativa inacabada** es aquella en la cual el autor no ha realizado todos los actos que consideraba indispensables para la consumación del hecho querido por él.

La comisión del hecho, tanto en la tentativa acabada como inacabada, no ha llegado hasta su consumación por causas ajenas a la voluntad del sujeto. La diferencia entre ellas radica en la realización o no de todos los actos de ejecución necesarios para la consumación. Existen dos criterios para decidir el punto de vista que decida el modo de apreciar si el sujeto ha realizado o no todos los actos necesarios: el criterio objetivo y el criterio subjetivo.

- El criterio objetivo: en él la decisión respecto a si el sujeto ha realizado o no todo lo necesario para producir el delito, ha de lograrse teniendo en cuenta sólo los actos objetivamente realizados por el sujeto que pueden calificarse por el sujeto, de actos por sí mismos para la producción del resultado. La ejecución, en este sentido, se calificará de tentativa acabada cuando se llegue a la conclusión de que con los actos efectuados, el resultado debiera haberse ocasionado. Esta opinión no es aceptada por cuanto, sobre la base de una apreciación objetiva llevada a cabo por un tercero, sólo puede considerarse si el delito es acabado o no, pero no la tentativa.

- El criterio subjetivo: en él la decisión ha de acordarse a partir del plan del autor, es decir, tomando como base determinante la consideración personal del culpable acerca de si ha realizado todo cuanto él entendía para producir el resultado delictivo, es decir si de acuerdo con su plan delictivo, tiene o no que realizar algo más.

La tentativa, de esta manera, será inacabada cuando el autor considera que no ha realizado todavía todo lo necesario para consumar el delito y la tentativa será acabada cuando el sujeto ha llevado a cabo todos los actos que parecen necesarios para su consumación. Este criterio es el más acertado.

Todo esto significa que solo en el sentido subjetivo del autor mismo puede ser contestada la pregunta respecto a si el sujeto ha hecho todo lo que por su parte es necesario para la consumación del delito. Solo el plan delictivo del sujeto puede determinar acerca de lo que ha de esperarse de él.

La misma conducta externa será tentativa acabada o inacabada, según, si el sujeto ha considerado su actividad de ejecución ya concluida o entienda que aún le faltan aspectos por concluir.

3.4- Requisitos de la tentativa:

Existen tres requisitos fundamentales:

- 1- El requisito subjetivo.
- 2- El comienzo de ejecución del delito.
- 3- La falta de consumación del delito.

3.4.1- Requisito subjetivo de la tentativa:

La tentativa se caracteriza por constituir una incompleta realización de la figura objetiva, se distingue de la consumación por el estadio alcanzado por la figura objetiva y presenta como requisito común las mismas características con la figura subjetiva del delito consumado.

- El dolo en la tentativa:

Este primer requisito de la tentativa consiste en la resolución de cometer un delito determinado. Por lo que se reconoce la necesidad de la concurrencia del dolo en la tentativa, el cual ha de comprender la realización de la totalidad de las características de la figura objetiva del respectivo delito consumado.

No tiene que ser comprendido por el dolo el conocimiento acerca del propio grado de desarrollo alcanzado por el delito, a los efectos del dolo es indiferente que el hecho haya quedado en tentativa o logrado la consumación, lo expresado hasta el momento rige sin dificultades cuando se trata del dolo directo. La posibilidad de apreciar la tentativa queda excluida en los delitos cometidos con dolo alternativo, con dolo eventual y con dolo directo de segundo grado.

En los delitos con dolo alternativo, la punibilidad se determina por el resultado ocurrido, y este resultado no se produce cuando se trata de tentativa, si el sujeto solo quiere agredir, sin importarle si lesiona o mata, la calificación jurídica vendrá determinada por el resultado acontecido y si solo lesiona, responderá por lesiones dolosas consumadas y si mata, por homicidio doloso consumado. Este ha sido el criterio sostenido por la práctica judicial cubana.

En relación al dolo eventual en la tentativa, aceptar la posibilidad del resultado, lo cual ocurre en el dolo eventual, no implica querer el resultado, lo cual se requiere en la tentativa, este sería el caso de un sujeto que puede prever la posibilidad de ocasionar un daño a alguien y aunque él no quiere dañar a nada ni a nadie, asume el riesgo por lograr sus objetivos.

La tentativa en los delitos con dolo directo de segundo grado no radica en cuanto al hecho querido directamente, sino respecto al hecho de consecuencia necesaria que al tratarse de una tentativa, no es querida por el sujeto, sino que es aceptada por hallarse unida a la querida.

- La tentativa en los delitos por imprudencia:

Se fundamenta en dos razones:

- 1- En los delitos por imprudencia al no existir, un plan de acción, se hace muy imposible distinguir entre actos preparatorios y actos ejecutorios.
- 2- Lo que se sanciona en los delitos por imprudencia es el resultado no querido, pero que ha sido ocasionado por un acto voluntario, mientras que en la tentativa lo que se sanciona es lo contrario, es decir, lo querido y no ocasionado.

- La tentativa en los delitos preterintencionales:

En cuanto a la tentativa en los delitos preterintencionales lo que se discute y existe es lo relacionado a si en estos resulta suficiente con que ya la sola tentativa del delito básico sea lo que causa la consecuencia más grave o si se requiere que ese delito básico haya tenido una realización completa. Existen varios criterios relacionados con este tema, pero el más importante es el de la incompatibilidad entre la tentativa y el delito preterintencional, ambos poseen una característica que los asimila, se trata de una incongruencia entre la parte objetiva y la parte subjetiva del delito, aunque esa incongruencia es diferente en una y otro, en la tentativa la incongruencia es por defecto (el sujeto quiere más de lo ocurrido), mientras que en el delito preterintencional es por exceso (el sujeto quiere menos de lo ocurrido).

Según el artículo 9.4 del Código Penal, en el delito preterintencional, se exigen dos resultados en su sentido material, uno con respecto al delito básico y otro en cuanto a la consecuencia más grave, es decir, dos delitos en orden a la figura objetiva, lo cual falta cuando el delito básico ha quedado en la etapa de tentativa.

3.4.2- El comienzo de ejecución del delito:

Analizando el artículo 12.2 del Código Penal se considera que existe tentativa cuando el sujeto ha comenzado la ejecución de un delito, criterio que ha sido ampliado en la teoría penal y en las legislaciones.

Tal criterio exige la determinación del momento de la acción en que se ha comenzado dicha ejecución, a los efectos de distinguir, los actos ejecutivos de los simplemente preparatorios, la cual constituye una cuestión muy compleja. En relación con este tema se han formulado varias teorías, entre las cuales se encuentran:

- 1- La teoría formal – objetiva.
- 2- Las teorías material – objetivas.
- 3- Las teorías subjetivas.
- 4- Las teorías subjetivo – objetivas.

Breve explicación acerca de las mencionadas teorías.

La teoría formal – objetiva.

El punto de partida de los criterios delimitadores del comienzo de ejecución está constituido por la llamada teoría formal - objetiva. En relación con lo planteado en ella, para que exista un principio de ejecución (tentativa), es preciso que se comience a desarrollar una conducta dentro de la actividad expresada por el verbo empleado en la figura delictiva de que se trate, que puede ser matar, sustraer, según sea el supuesto.

El principio de ejecución estará constituido por aquellos actos que signifiquen un comenzar a matar o un comenzar a sustraer, todos los actos anteriores quedarán en el ámbito de los actos preparatorios. Esta teoría formal - objetiva ha proporcionado una respuesta insegura, pues juzga según el uso natural del lenguaje, es decir, según la literalidad de los términos empleados para configurar la acción típica, deja sin resolver la cuestión.

- Las teorías material – objetivas.

Dichas teorías no deben ser entendidas como una alternativa de la teoría formal – objetiva, sino como su complemento. Pues son teorías que han intentado superar los inconvenientes suscitados por ésta, desarrollando con mayor claridad los criterios para la determinación del comienzo de realización del supuesto de hecho previsto en la figura delictiva. Generalmente parte del tipo legal igual que la formal – objetiva, pero se distingue de ella porque consideran que el comienzo de la acción típica puede tener lugar cuando no se hayan realizado los actos descritos en el tipo legal, si se han realizado otros unidos a ellos en una unidad de acción.

La tesis, debe contar con un entendimiento previo, haciendo una distinción entre los conceptos de acción y de acto. La acción típica puede comprender una pluralidad de actos unidos.

La norma jurídica opera sobre conductas reales y por lo tanto no puede considerar de modo fragmentado, lo que en el mundo de los hechos, aparece como un todo indivisible.

Lo esencial es determinar cuando determinados actos, forman una unidad de acción. Desde ese punto de vista se han formulado varios criterios, que pueden resumirse en: **el de la concepción natural y el del bien jurídico.**

El criterio de la concepción natural plantea que habrá comienzo de ejecución en todos los actos que por su relación con la acción típica, aparecen como partes integrantes de la acción típica mencionada anteriormente según la concepción natural.

Si analizamos la teoría formal – objetiva y la teoría material – objetiva, en cuanto al sentido de la concepción natural, la primera hace referencia al uso natural del lenguaje y la segunda a la concepción natural. Según la teoría formal – objetiva, matar en sentido estricto, es decir conforme al uso del lenguaje, comenzaría cuando el sujeto presiona el arma de fuego, sin embargo en relación a la teoría de la concepción natural, también se comenzaría a matar cuando se extrae el arma y se apunta.

Según el criterio del bien jurídico, la línea divisora entre los actos preparatorios y la tentativa solo puede hallarse partiendo de la idea de que la ejecución del delito comienza con aquellos actos que de por sí representan un riesgo efectivo para el bien jurídico, de tal manera que ante la conducta del sujeto puede afirmarse que ésta se produce de forma que al no intervenir una circunstancia que venga a interrumpirla, el riesgo ha de transformarse en lesión. Este criterio, por sí solo no llega muy lejos. La puesta en peligro de intereses y derechos penalmente protegidos comienza con la primera acción preparatoria y se va incrementando hasta la consumación del delito, lo que caracteriza a la tentativa es solo su inmediatez y esta tendría que determinarse formalmente, en el sentido de que solo se alcanzaría con la acción que realiza un elemento del supuesto de hecho.

Teorías subjetivas:

Estas teorías han afirmado el comienzo de la ejecución según la calidad de la voluntad expresada en la acción que tiende a un delito, o sea, serán ejecutivos aquellos actos que para el agente ya constituyen la fase decisiva de su plan. Dentro de las teorías subjetivas se han incluido varias concepciones teóricas, que han procurado hallar una definición a la idea general que fundamenta dichas tesis.

Estas son: la teoría de la irreversibilidad de la decisión y la teoría de la prueba de fuego de la situación crítica, en cuanto a la primera habrá tentativa si el autor ha obrado de tal manera que, si la responsabilidad de un desistimiento espontáneo no ha sido excluida, por lo tanto, ya no cabe reversión alguna.

La segunda plantea que el hecho alcanzará el nivel de la tentativa cuando el dolo del agente ha superado la prueba de fuego de la situación crítica. Esta teoría deja sin explicar a que llamarse situación crítica y su respuesta solo puede encontrarse basándose en las teorías objetivas, con la cual esta tesis perdería su carácter subjetivo y se identificaría con la teoría objetiva individual que forma parte de las teorías objetivo – subjetivas.

Teorías subjetivo – objetivas:

Ante los inconvenientes que presentan las teorías objetivas y subjetivas, se ha tratado de definir la determinación del comienzo de ejecución con criterios mixtos, es decir mediante la combinación de elementos subjetivos y objetivos.

La teoría objetivo – individual:

En el grupo de las teorías objetivo - subjetivas se encuentra la teoría objetivo – individual, ocupando un lugar muy destacado. Según esta teoría, la tentativa comienza con aquella actividad por medio de la cual el autor, de acuerdo a su plan delictivo, se pone en relación inmediata con la realización efectiva y total del comportamiento descrito en el tipo penal. Para determinar el comienzo de ejecución debe partirse de la acción descrita en la figura delictiva y luego agregar la comprobación individual de si el autor, de acuerdo con su plan delictivo, desarrolló una actividad que de manera inmediata llegaba a la materialización de su conducta típica. De lo planteado anteriormente se desprende su carácter objetivo – individual, basándose en dos requisitos:

- 1- En el plan concebido por el autor, lo necesario para determinar si este ha dado comienzo a la realización del tipo, cuándo y de qué manera quería iniciar la ejecución del delito, (este constituye el aspecto subjetivo).
- 2- En la inmediatividad de la conducta del autor con respecto a la realización del supuesto de hecho previsto en la figura delictiva, (este constituye el aspecto objetivo).

Se ha considerado que esta teoría contiene imprecisiones, por no haber elaborado un criterio conceptual para determinar cuando, dentro del plan trazado por el autor, se ha entrado en relación inmediata con la figura delictiva.

Teoría del nexo causal.

Constituye una teoría apta para explicar el requisito del **comienzo de ejecución**.

El modo ordinario de desarrollarse el proceso causal en la perpetración de un delito es el de su conducción por el autor en todo el curso de aquel, mediante su propia actividad personal, el sujeto se propone modificar los hechos que no contribuyan a su propósito e impulsar los que le benefician y eludir los que la anulan.

Lo anteriormente mencionado no excluye la posibilidad de que en el proceso causal intervengan fuerzas naturales que el autor del delito aprovecha o desata por considerar que dichas fuerzas continuarán actuando por sí mismas, después de inicialmente puestas en acción. La tentativa no daña o lesiona el bien jurídico, no destruye el bien jurídico, sino que ella sólo implica el quebrantamiento de la seguridad del correspondiente bien jurídico. Desde el propio momento en que el sujeto realiza el primer acto que pone riesgo esa seguridad del bien jurídico, da comienzo a su ejecución. Se ha querido hacer esta referencia de las mencionadas teorías por la importancia que contienen según el criterio predominante en cada una de ellas.

3.4.3 - La falta de consumación del delito.

El tercer requisito de la tentativa según lo exige el Código Penal en su artículo 12.2 es que el delito no haya llegado a ser consumado por el sujeto, pues la tentativa se integra cuando el sujeto no haya realizado todo lo que era necesario para la consumación del delito, es decir, debe quedar algo por realizar de acuerdo a los fines elegidos por él. La tentativa posee una característica particular, lleva implícita el fracaso del plan delictivo del autor, debido a la aparición de una circunstancia causal que desvía o anula totalmente el desarrollo del curso causal seleccionado por el sujeto. Estas circunstancias que interfieren en el curso causal pueden deberse a la actuación de la propia víctima, a la actividad insuficiente en la ejecución de la intención delictiva y a la actuación de un tercero. Lo que ocurre en dichos supuestos es que no se establece la debida relación causal entre la conducta del sujeto y el resultado, por lo tanto, falta la acción como primer requisito del delito, respecto a la modalidad consumada.

3.5- Ámbito de aplicación de la tentativa:

El ámbito de aplicación de la tentativa debe ser analizada en casos particulares entre los que se encuentran: la tentativa en los delitos de mera actividad, de omisión simple, de comisión por omisión y de peligro.

- **La tentativa en los delitos de mera actividad:** En estos delitos se han asumido tres posiciones, la primera afirma la imposibilidad de la tentativa en los mencionados delitos, haciendo referencia a que en estos el primer acto lleva a cabo el delito en su totalidad y la tentativa exige que no ocurra el hecho exterior con el cual el delito de resultado se consuma.

El otro criterio plantea que en los mencionados delitos es imposible la tentativa acabada, admitiendo la posibilidad de la tentativa inacabada, la otra consideración plantea que los delitos de mera actividad admitirán o no la tentativa, según que el hecho punible que el sujeto se propone cometer, sea realizable de manera que admita un fraccionamiento en su ejecución, sólo será admisible la tentativa en los delitos de mera actividad cuando se trate de delitos plurisubsistentes, pero no en los unisubsistentes.

Lo anteriormente mencionado tiene su base en el artículo 12.2 del Código Penal, ya que comprende todo lo susceptible de producir un delito, con independencia de si este es o no de resultado. Este criterio es el acogido por la práctica judicial cubana

.- La tentativa en los delitos de simple omisión:

En los delitos de simple omisión no es posible la tentativa porque en ellos la omisión del acto exigido por la norma penal se realiza con un hecho instantáneo, en ellos la posibilidad de un fraccionamiento de la conducta no parece admisible, la conducta antijurídica, en estos delitos está caracterizada por no hacer lo que la ley ordena hacer y establece.

- La tentativa en los delitos de comisión por omisión:

Dichos delitos se caracterizan por la concurrencia de un resultado lesivo y en ellos si es aceptable la posibilidad de la tentativa. En ellos el comienzo de la tentativa se fija en el momento en que la demora de la acción exigida hace surgir un peligro inmediato para el bien jurídico o determina un incremento del peligro existente o aquel otro momento en que el curso causal escapa de las manos del autor. El deber de actuar para evitar el resultado surge cuando se manifiesta el peligro para el bien jurídico que se tutela. En estos delitos puede darse tanto la tentativa inacabada (cuando el autor cree poder todavía realizar la acción exigida), como la tentativa acabada (cuando según su opinión no podría impedir el resultado).

-La tentativa en los delitos de peligro:

Los que admiten la tentativa en los delitos de peligro sostienen que la tentativa, consiste en intentar la producción del peligro, mientras que la consumación consistiría en la realización misma del peligro. También para admitirla han recurrido, al mismo momento en los delitos de mera actividad. Hay autores que niegan la posibilidad de la tentativa en delitos, pues, se basan en general, en que la tentativa constituye ya un peligro al bien jurídico y los delitos de peligro implican un peligro al bien jurídico, de lo cual se manifiesta la imposibilidad de la tentativa en dichos delitos de peligro, pues se trataría del peligro de un peligro a un bien jurídico. Esta constituye la opinión más acertada.

3.6- Fundamento de la punición de la tentativa:

Es fundamental afirmar que la tentativa es punible y necesario a la vez analizar las razones de esa penalización. En relación con este tema se han formulado tres teorías: la teoría objetiva, la teoría subjetiva y la teoría subjetivo – objetiva.

-La teoría objetiva de la tentativa:

Considera que la punición de ésta radica en la puesta en peligro del bien jurídico, la tentativa se sanciona por la llevada probabilidad de producción del resultado.

La consecuencia más importante de la teoría objetiva es la menor sanción de la tentativa respecto de la consumación, toda vez que el derecho o interés protegido penalmente es afectado en menor gravedad.

- La teoría subjetiva de la tentativa:

Tuvo su origen en la práctica judicial del Tribunal Supremo del imperio alemán, sostiene que el fundamento de la punición de los actos no consumativos radica en la voluntad del autor manifestada contraria al Derecho, faltando en la tentativa la lesión del interés protegido por el Derecho, lo decisivo en ella será la dirección de la voluntad hacia dicha lesión en cuanto se manifiesta externamente. La consecuencia más importante de la teoría subjetiva es la similar punición de la consumación y la tentativa, pues en ella existe la misma subjetividad delictiva, sin importar la ausencia del resultado.

- La teoría subjetiva – objetiva de la tentativa:

Esta teoría parte de la teoría subjetiva, pero la combina con elementos objetivos. Ha seguido dos direcciones: la de Von Liezt y la de Von Bar, el primero plantea que la esencia de la tentativa reside en la tentativa de la manifestación de voluntad, o sea, en la relación de lo realizado con lo no acontecido, el segundo plantea, según la teoría de la impresión, que el fundamento de la punición de la tentativa es la voluntad contraria a una norma de conducta. La punibilidad de la exteriorización de la voluntad dirigida al delito, sólo podrá ser afirmada cuando por su causa pueda ser socavada la confianza de la comunidad en la vigencia y resultar dañado el sentimiento de seguridad jurídica y con él, la paz jurídica. De dicha teoría se derivan varias consecuencias las cuales son las siguientes:

- Tiende sólo a la penalización de determinados casos de actos preparatorios.
- Propugna una atenuación facultativa de la pena en cuanto a la tentativa idónea.
- Penaliza el delito imposible.
- Sostiene la impunidad de la tentativa irreal, pues no determina una alarma social.

- Análisis del criterio acogido por el Código Penal Cubano.

Nuestro Código Penal se ha acogido a la teoría subjetivo – objetiva, pues para la punición de la tentativa asocia requisitos subjetivos, la conciencia y la voluntad de cometer ese delito. Supone una particular figura subjetiva y una particular figura objetiva, caracterizada por estar dirigida a la producción del hecho punible aunque no llegue a completarlo.

De esta característica puede definirse que la tentativa no daña o lesiona el bien jurídico, sino que solamente implica el quebrantamiento de la seguridad del correspondiente bien jurídico y por consiguiente la seguridad del Derecho.

3.7- Imputabilidad en la tentativa:

En relación con la imputabilidad del sujeto, esta debe estar presente en todo el desarrollo del hecho delictivo, para lo cual se analizarán los siguientes casos:

- El que comience la ejecución de un delito en un estado de inimputabilidad, lo continúe y proceda a la consumación cuando ese estado haya cesado.
- El que comience la ejecución en un estado de imputabilidad, la continúe y proceda a la consumación cuando ha caído en estado de inimputabilidad.

Analizando el primer caso podemos señalar que la conducta será delictiva sólo a partir de la etapa de desarrollo en la que el sujeto es imputable.

En el segundo caso, no podrá sancionarse por el delito consumado, pues en la etapa consumativa era inimputable, el criterio que parece más acertado es el de considerarlo tentativa de delito. Existe la opinión predominante que considera que se trata de un supuesto de responsabilidad por el hecho consumado cuando el curso causal sigue durante la situación o estado de inimputabilidad, de modo que no se aparte del planificado por el autor.

3.8- Responsabilidad Penal de la tentativa:

En relación con la responsabilidad penal de la tentativa, existen tres criterios que se han seguido en las distintas legislaciones, estas son:

- 1- La tentativa es penada con la misma sanción prevista para el delito consumado de que se trate.
- 2- La tentativa es penada con la misma sanción prevista para el delito consumado de que se trate, pero se faculta el tribunal para disminuir el límite de esta.
- 3- La tentativa es penada con la sanción prevista para el delito consumado rebajada en los límites según se disponga.

De estos criterios el Código Penal ha optado por el segundo, expresado en el artículo 12.5 el cual establece que la tentativa se reprime con las mismas sanciones establecidas para el delito a cuya ejecución propenden, pero el tribunal podrá rebajarlas en dos tercios de sus límites mínimos.

En la tentativa existe desvalor de la acción y desvalor del resultado: quien con el propósito de entrar a una vivienda, prepara instrumentos, vigila los movimientos de sus moradores para apropiarse de bienes de ajena pertenencia, persigue una finalidad consciente, valorada antijurídica por su peligrosidad social y por lo tanto prohibida en el orden penal.

En nuestro Código Penal la tentativa es sancionada del mismo modo que el delito consumado, permite equiparar todas las fases de ejecución del delito, a los efectos de la penalidad.

Hay casos en que la ley penal ha tolerado, una disminución en los límites mínimos de la sanción, con la finalidad de amparar, desde el punto de vista de la pena, esas posibles disminuciones según sea el delito cometido por el sujeto.

3.9- Importancia de las disposiciones que declaran punible el desarrollo incompleto del delito.

En relación con la importancia que tienen las disposiciones que se refieren a los actos preparatorios y a la tentativa, expresado en el artículo 12 y 13 del Código Penal, se deben analizar las consecuencias que se producirían si no existieran dichas disposiciones, en esta situación tendría que seguirse una de estas vías:

- Dejar impune la acción incompleta, o sea, los actos preparatorios y la tentativa, ya que las figuras de delito previstas en la Parte Especial del Código Penal están concebidas sobre la base de que se haya realizado el comportamiento definido en ellas.

- Establecer a continuación de cada una de las figuras de delito previstas en la Parte Especial del Código Penal, la sanción que correspondería a los actos preparatorios y a la tentativa de aquellas.

A la primera solución se opone la función de protección del Derecho Penal, la cual hace necesario determinar la responsabilidad penal no tan solo cuando el hecho delictivo se ha cometido totalmente, sino también cuando aquel se halla en momentos anteriores a su completa ejecución.

Si se tomara en consideración la segunda solución se crearía un sistema normativo complejo y desordenado, por lo que el legislador en nuestro Código Penal ha redactado artículos que resuelven la situación claramente.

Conclusiones:

Con el desarrollo del presente trabajo se han arribado a las siguientes conclusiones:

- 1- El desarrollo del acto delictivo está conformado por dos fases: la fase interna y la fase externa, la primera no entraña responsabilidad penal, pues se desarrolla en la psiquis del sujeto, es decir, dentro de la conciencia del sujeto y la segunda entraña responsabilidad penal en algunos casos a partir del momento en que el sujeto comienza a realizar los actos preparatorios para cometer el delito, según lo preceptúa el Código Penal.
- 2- No existe un concepto totalmente acabado que defina a los actos preparatorios y a la tentativa, aunque nuestro Código Penal ha tratado de superar este problema, elaborando un concepto descriptivo, en el que se resumen los aspectos fundamentales de cada uno de ellos.
- 3- El Código Penal en su artículo 12.5 se refiere a la forma de reprimir los actos preparatorios y la tentativa. Existen casos de delitos autónomos, en los que el comportamiento prohibido resultan actos preparatorios o tentativa de otro delito. El legislador en nuestro Código Penal ha incluido un apartado en los artículos en los cuales será sancionado el comisor del delito por los actos preparatorios, es decir que el delito lo especifica y remite al apartado en que se encuentra explicado detalladamente, en el caso de la tentativa, se reprime con las mismas sanciones establecidas para el delito de que se trate.
- 4- El Código Penal deberá ampliar sus posibilidades y permitir la sanción a los actos preparatorios en cualquier delito, eliminando la alusión a determinadas figuras delictivas únicamente.

Bibliografía:

Cejas, Antonio. La Declaración Jurisdiccional de la Responsabilidad Penal/ Antonio Cejas.—La Habana: Editorial de Ciencias Sociales, 1989.- - 248p.

Constitución de la República.—La Habana: Editorial Pueblo y Educación, 1989.—92p.

Cuba. Ministerio de Justicia. Ley No. 62: Código Penal.—La Habana, 1987.—35p.

Cuba. Ministerio de Justicia. Ley No. 5: Ley de Procedimiento Penal.—La Habana, 1977.—87p.

Derecho Penal Especial.— La Habana: Editorial Félix Varela, 2005.—3 T.

García Hernández, Gilberto E. Constitución Deberes y Derechos/ Gilberto E. García Hernández.—La Habana: Editorial de Ciencias Sociales, 1989.- - 188p.

Hart Santamaría, Abel Enrique. Delitos contra la Seguridad del Estado/ Abel Enrique Hart Santamaría.—La Habana: Editorial de Ciencias Sociales, 1989.—176p.

Hernández Sampier, Roberto. Metodología de la Investigación Social/ Roberto Hernández Sampier.—La Habana: Editorial Félix Varela, 2003.- -2 T.

Prieto Morales, Aldo. Lo Circunstancial en la Responsabilidad Penal/ Aldo Prieto Morales.—La Habana: Editorial de Ciencias Sociales, 1983.- -309p.

Quirós Pérez, Renén. Introducción a la Teoría del Derecho Penal/ Renén Quirós Pérez.—La Habana: Editorial de Ciencias Sociales, 1988.- -343p.

Quirós Pérez, Renén. Manual de Derecho Penal/ Renén Quirós Pérez.—La Habana: Editorial Félix Varela, 2005.--T2.
Ramos Smith, Lic. Guadalupe. Derecho Penal/ Lic. Guadalupe Ramos Smith.—La Habana: Edición ENSPES, 1983.- -T2.