

A cargo de ZAMYR VEGA GUTIÉRREZ

La consumación de un hecho delictivo doloso puede atravesar varias etapas o caminos, lo que se denomina *iter criminis*, que va desde que surge la idea de cometer el delito hasta que se alcanzan los fines pretendidos, pasando por preparación, comienzo de ejecución, realización de acciones ejecutivas y producción del resultado típico¹.

No obstante, dicho resultado típico no siempre se produce a satisfacción del sujeto activo, sea por mero accidente o por cuestiones ajenas a su voluntad, por lo que –en estos casos– nos encontramos frente a las llamadas “formas imperfectas de ejecución”, que según el grado de realización de los actos ejecutivos tendientes a conseguir el fin delictivo, puede apreciarse una tentativa inacabada o tentativa propiamente dicha o, una tentativa acabada o frustración.

En este número de la Revista de Derecho, nos hemos dado a la tarea de realizar un breve análisis sobre el tratamiento jurisprudencial de las formas imperfectas de ejecución, pasando por sus elementos diferenciadores, fundamento del castigo de la tentativa y su penalidad, así como la delimitación entre actos preparatorios y actos ejecutivos.

Finalmente, debemos mencionar la importancia que reviste el determinar con precisión cuándo nos encontramos frente a una tentativa y cuándo ante una frustración (tentativa acabada), ya que la diferencia penológica es considerable en uno y otro caso, aunque en sí la tentativa es considerada una causa de extensión de la pena².

- 1 MUÑOZ CONDE/ GARCIA ARAN, *Derecho Penal. Parte General*, 2da edición, tirant lo blanch, 1996, pág. 428 ss.
- 2 MUÑOZ CONDE/ GARCIA ARAN (*Derecho Penal*, 431, 1996) consideran que el castigo de la tentativa se debe a la necesidad político- criminal de extender la amenaza o conminación penal establecida en los tipos delictivos en su forma consumada, a conductas que si bien no consuman el delito, están muy próximas a consumarlo y se realizan con esa finalidad.

1. Aspectos esenciales de las formas imperfectas de ejecución

El *iter criminis* está formado por diversas fases, a saber:

- **Fase Interna**, que se manifiesta por la ideación y deliberación de cometer un delito, se caracteriza por ser impune, ya que en un Derecho Penal del hecho se castiga por lo que se hace y no por meras predisposiciones subjetivas (Derecho Penal de autor),
 - **Fase Intermedia**, consistente en la manifestación, a otra persona, de la resolución delictiva, que podrá considerarse dependiendo del caso concreto "conspiración" o "proposición", conductas que sí se sancionan.
 - **Fase Externa**, formada por dos extremos que en algunas ocasiones son de difícil apreciación, nos referimos a los actos preparatorios y actos ejecutivos, lo que debe determinarse con precisión para saber cuándo estamos en el ámbito de la tentativa³.
- a) Los actos preparatorios, son actos realizados en procura de la realización del delito, pero no forman parte de éstos, se caracterizan porque son impunes (ej. Comprar las balas para disparar a una persona).
 - b) Los actos de ejecución, han sido considerados como todas aquellas conductas que ya ponen en peligro o atacan bienes jurídicos importantes y que se castigan dada su proximidad a la consecución del resultado lesivo.
 - c) La tentativa, es considerada como la primera manifestación de la fase ejecutiva del *iter criminis* y, a diferencia de los actos preparatorios, sí es castigada.

2. Fundamento del castigo de la tentativa y la frustración

Con relación al fundamento del castigo de las formas imperfectas de ejecución, se han vertido varios argumentos, a saber: a) hay quienes adoptan un criterio fundamentalmente objetivo, dada su proximidad de lesionar el bien jurídico protegido, pues desde el punto de vista subjetivo tanto en la tentativa como en la consumación la voluntad criminal no sufre modificaciones; b) Por el contrario, hay quienes aducen que el fundamento del castigo de la tentativa es de

³ SÁNCHEZ, Cecilia, *El iter criminis*, en: Derecho Penal, Criminología y Derecho Procesal Penal, editorial Hispamer, 2000, pág. 391 y ss.

carácter subjetivo, esto es, concebido como la voluntad de delinquir manifestada al exterior mediante actos de ejecución.

Ciertamente, ambos criterios pueden defenderse desde un plano dogmático, y aunque nos inclinamos por la adopción de un criterio objetivo, tampoco podemos negar que si las formas imperfectas de ejecución se castigan sólo en su forma dolosa, es porque la energía criminal o la voluntad manifiesta de cometer un delito tiene relevancia jurídico penal, aún cuando no se trate de un delito consumado.

La diferente punición entre la tentativa y la frustración se basan en la entidad objetiva de los diversos grados de realización del delito, pero como -afirma MUÑOZ CONDE- no debe dársele a este hecho la significación decisiva que otros le atribuyen.

3. Distinción entre tentativa y frustración

En nuestro medio es común la confusión entre tentativa inacabada y la tentativa acabada o frustración. En la tentativa, tal y como establece el arto. 7 Pn "(...) *el culpable da principio directamente a la ejecución del delito por hechos exteriores y no prosigue en ella por cualquier causa que no sea su propio y voluntario desistimiento*".

Mientras que la frustración se presenta cuando "(...) *el culpable a pesar de haber hecho cuanto estaba de su parte para consumarlo, no logra su propósito por causas independientes de su voluntad*"⁴.

Para diferenciar entre una y otra figura, es preferible manejar los elementos de cada una, a saber:

- Elementos de la frustración: a) Resolución de cometer un delito. Este elemento también puede apreciarse en la tentativa. b) Ejecución completa. En este elemento se asume el criterio objetivo, considerándose así que los actos se realizan completamente, es decir, que se lleva a cabo todo lo necesario para conseguir la consumación del delito.
- Elementos de la tentativa inacabada: a) Ejecución incompleta. Este elemento es la esencia de la diferencia entre ambas formas de tentativa. b) Dolo. Este elemento subjetivo debe concurrir en ambas clases de tentativa. c) La falta de consumación del tipo.

⁴ Arto. 6, 1 Pn.

En general, la base para distinguir entre tentativa y frustración está determinada por razones cuantitativas, así mientras en la frustración se han realizado todos los actos de ejecución, en la tentativa se han realizado sólo parte de ellos.

En la tentativa la ejecución es incompleta tanto objetiva como subjetivamente, mientras que en la frustración la ejecución es completa subjetiva y objetivamente; no obstante, el resultado no se produce por mero accidente.

De esta forma, dejamos planteado el tema de las formas imperfectas de ejecución, para proporcionar criterios sobre los cuales procurar realizar una clara delimitación entre la tentativa y la frustración, aspecto éste de mucha importancia dado sus diferentes efectos penológicos.

1. CASACIÓN EN LO PENAL MILITAR – DESIERTO

CSJ. Sentencia No. 2 del 8 de enero de 1990, 12:00 m

CONSIDERANDO:

I

Con fundamento en la causal primera del Art. 2 de la Ley de Casación en lo Criminal, alega el Doctor FRANCISCO SOZA SANDOVAL violación de los artículos 252 In., y 128 Pn., y aplicación indebida del artículo 134 penal ya que debió calificarse el hecho punible como Homicidio, de conformidad con el artículo 128 Pn., y no como asesinato, tal como lo hizo el juez de primera instancia en la sentencia interlocutoria de auto de prisión y en la condenatoria y el Tribunal de Apelaciones en la sentencia de segunda instancia, pues tal como quedó comprobado por confesión espontánea de los procesados MANUELOROZCO PEREZ y JUAN HERRERA CRUZ, estos dieron muerte a OSCAR CRUZ RUIZ por órdenes de su padre CANDELARIO HERRERA, cuando CRUZ RUIZ llegó a hacerles una invitación para una reunión que iba a efectuarse, agregando que eran amigos del occiso, por lo que no puede decirse que los procesados estuvieran esperando al acecho, con intención de darle muerte; continúa diciendo el defensor que esta declaración de sus defendidos fue corroborada por REYNALDO ZELEDON ARAUZ, único testigo presencial del hecho y que por tal razón la alevosía que sostiene el juez y el Tribunal que se dio en el hecho y que caracteriza e individualiza el delito de Asesinato no pudo haberse dado ni aparece clara y contundentemente demostrada, ya que no puede decirse que sus defensores buscaran a propósito oportunidad para agredir al occiso, pues si bien la agresión aparece un tanto rápida e inopinada, no es lo suficiente para

que pueda considerarse alevosa, por consiguiente se aplicó indebidamente el artículo 234 penal. Al respecto estima este Tribunal que aunque tal impugnación debió hacerse en base a la causal conjunta primera y cuarta del Art. 2 de la Ley de Casación en lo Criminal, tal como se ha sostenido en reiteradas jurisprudencias, ya que lo que se alega es error de hecho en la apreciación de las pruebas para calificar el delito cometido, sin embargo tomando en consideración que el recurrente alega, aunque en forma separada, error de hecho con base en la causal 4ª del Art. 2 de la Ley de Casación y dado que se trata de un recurso de casación en lo criminal menos riguroso en su tecnicismo, por tutelar un derecho tan fundamental como es la libertad, estima esta Corte necesario entrar al análisis de la impugnación hecha por el recurrente. Al hacer el análisis de los hechos nos encontramos con que tanto la declaración de los procesados como la de REYNALDO ZELEDON ARAUZ, único testigo presencial de los hechos coinciden en que este último junto con OSCAR CRUZ RUIZ se presentaron el día veinte de noviembre entre las diez y las once de la mañana a casa de CANDELARIO HERRERA, padre de los procesados a invitarlo a una reunión de la Reforma Agraria, que luego de estar platicando un rato con el Señor CANDELARIO HERRERA durante el cual pudieron apreciar que dicho señor se comportaba en una forma un tanto anormal se dirigieron a la casa del hijo de este, VIVIAN HERRERA que vivía a unos cincuenta metros de distancia de la casa de CANDELARIO; que CANDELARIO se fue detrás de ellos diciendo que quería saber que iban hablar con su hijo VIVIAN, que una vez en casa de este último donde además de VIVIAN se encontraba el hermano de este, JUAN HERRERA y su cuñado MANUEL OROZCO PEREZ, el padre de los dos primeros CANDELARIO HERRERA, inopinadamente dijo que de ahí no salían y ordenó a MANUEL OROZCO y a JUAN HERRERA que agarraran el machete y que los mataran a ambos; que REYNALDO ZELEDON al oír esto emprendió la huida y que lo mismo hizo OSCAR CRUZ sin embargo como este último se encontraba en medio de los HERRERA y de MANUEL OROZCO a este lo alcanzaron y le dieron un machetazo en la nuca, que MANUEL OROZCO y JUAN HERRERA dejaron a OSCAR y emprendieron la persecución de REYNALDO, pero no pudieron alcanzarlo y viniendo de regreso se encontraron con OSCAR CRUZ, quien iba herido y en medio camino lo remataron. Que una vez que se reunieron nuevamente a la orilla del río JUAN y MANUEL con CANDELARIO y VIVIAN, CANDELARIO ordenó a su hijo VIVIAN que le diera muerte a su cuñado MANUEL por no haber podido cumplir sus órdenes de matar a REYNALDO ZELEDON, que cumpliendo la orden de su padre VIVIAN le propinó dos machetazos a su cuñado MANUEL quien quedó herido a la orilla del río, luego los tres, padre e hijos se fueron, a la casa de CANDELARIO. Al respecto la Corte Suprema de Justicia ha dicho en ante-

riores sentencias que la alevosía se puede manifestar de dos maneras diferentes, sea en el terreno moral o psicológico que consiste en disimular mediante actos externos la intención criminal, sea en el plano material que consiste en el ocultamiento físico y ambos casos tienen por objeto la intención de asegurar la ejecución del delito, sin riesgo de ninguna clase para el autor, para lo cual se emplean medios, modos y procesos adecuados a tal fin; por lo tanto esta circunstancia implica siempre engaño, trampa, celada, traición u ocultamiento; que la alevosía a diferencia de la premeditación no es una circunstancia de pura existencia subjetiva, sino una circunstancia objetiva que se pone de manifiesto exteriormente por medio de ciertos actos y formas especiales de actuar y no solamente se manifiesta cuando el hechor ha preordenado la situación de falta de riesgo, sino también cuando el autor aprovecha la situación de falta de riesgo. En el presente caso los procesados obraron sobre seguros, y con las ventajas debidas al estar armados con sendos machetes, en despoblado y con una víctima inerte, puesto que además de que tenía un defecto, pues cojeaba de un pie, se encontraba gravemente lesionado, producto de un machetazo, con anterioridad los victimarios le habían propinado en la región del cuello, dejándolo por muerto y procediendo a cometer un nuevo delito persiguiendo a REYNALDO ZELEDÓN ARAUZ más de un kilómetro y al no lograr alcanzarlo por la velocidad con que corría este último, los procesados desistieron de su acción por cansancio y cuando regresaban encontraron nuevamente a OSCAR CRUZ RUIZ, quien venía cojeando y gravemente herido sobre el camino, procediendo sin ningún arrepentimiento o vestigio de piedad y sin ningún peligro ni riesgo para su persona, procedente de la defensa que de su persona pudiera hacer el occiso, a rematar fría y calculadamente a su víctima dándole varios machetazos y dejándolo sin vida sobre el camino. Es decir que para que se constate la alevosía no es indispensable que el agresor cree la situación desventajosa de la víctima, sino que basta con que aproveche o utilice la indefensión que le brindan las especiales circunstancias del momento, lo fundamental del acontecimiento alevoso dice el Doctor LUIS EDUARDO MEZA VELASQUEZ, en su Tratado de «Delitos contra la Vida y la Integridad Personal» es que el agresor se da cuenta que la víctima está desprevenida y en la incapacidad de rechazar el mal que la amenaza y sin embargo la mata en esas condiciones o sea que el asesinato se da, poniendo a la víctima en incapacidad de defenderse o sorprendiéndola indefensa y es lo que hace que concurra esa circunstancia calificante del homicidio que es la alevosía». Por lo que llegamos a la conclusión en el presente caso no se ha violado ni aplicado indebidamente ni mal interpretado el Art. 134 del Código Penal ya que el asesinato se encuentra nítidamente comprobado.

II

Con fundamento en la misma causal 1ª del Art. 2 de la Ley de Casación en lo Criminal, considera el Abogado defensor que se violó el Art. 90 del Código Penal en la sentencia recurrida, ya que los supuestos delitos constituyen un solo hecho y por lo mismo se debe aplicar una sola pena por Homicidio a JUAN HERRERA CRUZ y MANUEL OROZCO PEREZ y no de quince años de presidio por Asesinato en OSCAR CRUZ y siete años y medio de presidio como coautores de asesinato frustrado en la persona de REYNALDO ZELEDON ARAUZ, pues según alega el doctor SOZA SANDOVAL, pasada la primera etapa en una segunda e inmediata MANUEL OROZCO PEREZ y JUAN HERRERA CRUZ persiguieron a REYNALDO ZELEDON y que aunque la primera etapa es aparentemente independiente de la segunda, en realidad desde el principio hasta el fin forman una sola cadena sin solución de continuidad, sin intermedio en lo que constituye, según dice el abogado defensor, el delito continuado pues sus defendidos no se dieron tiempo para meditar ni para planear, sino en una sola persecución sin reposo persiguieron a REYNALDO ZELEDON ARAUZ, que no sufrió ninguna lesión pues no lo alcanzaron y por lo mismo no se reunieron los elementos que caracterizan el supuesto de asesinato frustrado, de donde genera la violación del Art. 90 del Código Penal. Al respecto cabe citar las disposiciones del Art. 89 y del art. 90 del Código Penal el primero textualmente dice: «al culpable de dos o más delitos se impondrá todas las penas correspondientes a las diversas infracciones» el segundo textualmente dispone: «la disposición del artículo anterior no es aplicable cuando un solo hecho constituyen dos o más delitos o cuando uno de ellos sea el medio necesario para cometer el otro. En este caso solo se impondrá la pena mayor asignada al delito más grave aplicándola como corresponda según las circunstancias del hecho. Pero cuando por la naturaleza misma de las leyes violadas o por la circunstancia propia del hecho se desprenda que la intención del agente era violarlas todas, se aplicará lo dispuesto en el Art. 89». De lo expuesto en el Considerando anterior claramente se deduce que se trata de dos hechos totalmente distintos, ocurridos en tiempo y espacios diferentes. En primer lugar se da la agresión armada contra OSCAR CRUZ RUIZ y posteriormente su asesinato, delito este autónomo e independiente del que se trató de cometer en la persona de REYNALDO ZELEDON ARAUZ y que no fue consumado por los procesados por motivos ajenos a su voluntad, ya que su propósito era efectivamente darle muerte a REYNALDO ZELEDON ARAUZ, según se desprende de su propia confesión. No se trata pues de un solo hecho que constituya dos o más delitos ni de un hecho que sea el medio necesario para realizar el otro, son dos hechos totalmente independientes el uno del otro lo que realizaron los pro-

cesados en el presente caso y por lo tanto no se ha violado el artículo 90 del Código Penal. En cuanto a la alegación que hace el recurrente en relación al asesinato frustrado considera este Tribunal, necesario analizar si efectivamente se dio el asesinato frustrado o tentativa de asesinato, pues de acuerdo a lo que dejamos dicho en el considerando anterior, al comprobarse la alevosía como elemento especial del ánimo en el autor, quedó también comprobado el Asesinato, por lo que la discusión se centra en si se trata en efecto de un asesinato frustrado o de una tentativa de asesinato. Según la doctrina el delito frustrado es una tentativa acabada en la que pese a haberse realizado todos los actos conducentes a la consumación del hecho, este no se verifica por circunstancias imprevistas; en contraposición con la tentativa inacabada o tentativa propiamente dicha, en la que la actividad consumativa del agente se interrumpe por hechos ajenos a su voluntad antes de haberse obtenido el resultado. Esta distinción la encontramos en los párrafos segundo y tercero del artículo 6 de nuestro Código Penal, que textualmente dicen: «Hay delito frustrado cuando el culpable a pesar de haber hecho cuando estaba de su parte para consumarlo no logra su propósito por causas independientes de su voluntad. Hay tentativa, cuando el culpable da principio directamente a la ejecución del delito por hechos exteriores y no prosigue en ella por cualquier causa o accidente que no sea su propio y voluntario desistimiento». Según ROMAGNOSI «se puede decir que el delito que llamamos frustrado se ha consumado subjetivamente, esto es que lo ha sido con relación al hombre que lo realiza, pero no lo ha sido objetivamente, es decir con relación al objeto contra el cual se hallaba dirigido y con la persona que por el mismo hubiere sido dañada» es decir que en la frustración hay ejecución objetivamente imperfecta, pues el resultado no se ha producido, pero hay ejecución subjetivamente perfecta pues desde el punto de vista del delincuente ya nada más queda por hacer; el acto en lo que depende del sujeto se ha consumado, la no producción del efecto ha sido ajena a su ánimo, producto de una circunstancia fortuita, no prevista por él; falta en el delito frustrado el elemento del tipo objetivo que es generalmente el resultado de la acción, pero el tipo subjetivo no sufre alteración alguna. En el presente caso no podemos afirmar que desde el punto de vista de los agentes, en este caso los procesados, ya nada más quedaba por hacer y poder de esta forma afirmar que se trató de una tentativa acabada o delito frustrado en el cual el resultado no se da por circunstancias imprevistas habiendo realizado los autores todo lo que estaba de su parte por asegurar ese resultado. Considera este Tribunal, una tentativa inacabada o tentativa propiamente dicha la que se da ya que la actividad consumativa de los agentes se vio interrumpida por hechos ajenos a su voluntad antes de haber hecho todo lo posible por obtener el resultado, esta circunstancia o estos hechos ajenos a su voluntad que interrumpen su actividad

consumativa es el hecho de que REYNALDO ZELEDON ARAUZ, corrió en forma más ágil y veloz que ellos, haciéndoles desistir, haciéndoles interrumpir su actividad por cansancio y al concluir que se trató más bien en el presente caso de una tentativa de asesinato en contra de REYNALDO ZELEDON ARAUZ, debe casarse en este punto la sentencia aplicando la pena que establece el artículo 80 del Código Penal, para el autor de la tentativa, que es el equivalente a la tercera parte de la que mereciere el delito consumado.

III

Dentro de la misma causal alega el defensor violación de los Artículos 327 In., y 143 penal, en cuanto a la aplicación de la pena VIVIAN HERRERA CRUZ, por el delito de lesiones a MANUEL OROZCO PEREZ, ya que alega por falta del examen del médico forense tal como lo ordena el artículo 327 In., pues dicho dictamen de conformidad con la disposición legal citada debe preceder al pronunciamiento de una resolución condenatoria en los casos de lesiones. Al respecto considera este Tribunal que no cabe tal alegación de la defensa, pues de la misma confesión del procesado VIVIAN HERRERA CRUZ, se desprende claramente que este le propinó dos machetazos a MANUEL OROZCO PEREZ, dejándole tendido a la orilla del río, además de estar estas lesiones claramente comprobadas en el dictamen médico legal, que es visible en el expediente de primera instancia en el folio 32, donde claramente se lee que dichas lesiones pusieron en peligro la vida de MANUEL OROZCO PEREZ, dejándole una cicatriz no visible, pero permanente. Por lo tanto no cabe la impugnación hecha por violación de los artículos 327 In., y 143 Pn.

POR TANTO:

De conformidad con lo expuesto y arts. 424, 426 y 436 Pr., Art. 18 de la Ley de Casación en lo Criminal los suscritos Magistrados Resuelven: I- No se casa la sentencia recurrida de que se ha hecho mérito por lo que hace a la calificación del delito de Asesinato cometido por JUAN HERRERA CRUZ y MANUEL OROZCO PEREZ, de generales en autos en la persona de OSCAR CRUZ RUIZ y se confirma la pena de quince años de presidio por dicho delito. II- Se casa la sentencia recurrida de que se ha hecho mérito en cuanto a la aplicación de la pena de siete años y medio de presidio impuesta a JUAN HERRERA CRUZ y MANUEL OROZCO PEREZ, por ser autores del delito de Asesinato frustrado en la persona de REYNALDO ZELEDON ARAUZ. III- Se reforma en este punto la sentencia recurrida de que se ha hecho mérito condenando a JUAN HERRERA CRUZ y MANUEL OROZCO PEREZ, a la pena de cinco años de

presidio por ser autores del delito de tentativa de Asesinato en la persona de REYNALDO ZELEDON ARAUZ. IV- No se casa la sentencia recurrida de que se ha hecho mérito en lo que concierne al procesado VIVIAN HERRERA CRUZ, de generales en autos por ser autor del delito de lesiones en la persona de MANUEL OROZCO PEREZ, quedando confirmada en esta parte la sentencia dictada por el Tribunal de Apelaciones de la VI-Región, a las once y treinta y seis minutos de la mañana del día doce de enero de mil novecientos ochenta y seis. Cópiese, notifíquese y publíquese. Esta sentencia está escrita en siete hojas de papel membretado de la Corte Suprema de Justicia y rubricadas por el Secretario del Supremo Tribunal. - O. Trejos S. - O. Corrales M. - Rafael Chamorro M. - R. Romero Alonso. - A.L. Ramos. - R.R.P. - E. Villagra M. - S. Rivas H. - Adrián Valdivia R. - Ante mí, A. Valle P. - Srio.

