

UNIVERSIDAD DE MARINO
DEPARTAMENTO DE BIBLIOTECAS
PASTO - COLOMBIA

✓

No. 1607H Ej. 1
Valor 600 Vol. _____
Fecha 10-X-74 Don. X
Fact. _____ Canje _____
Librería _____ Cmp. _____

Arnulfo Guerrero R.

MOMENTOS CONSTITUTIVOS

D E L

HECHO DELICTUOSO

(Iter criminis)

Tesis para optar al grado de
doctor en Derecho y Ciencias
Políticas en la Universidad
de Nariño.

Pasto-Colombia

1.960

A ti, madre mía.

El autor

LIBRARY OF THE
MUSEUM OF MODERN ART
1000 MUSEUM AVENUE
NEW YORK, N. Y. 10028

AN
-
D343.2
587
Ej1

C O N S T A N C I A

Queremos dejar en estas páginas consignada nuestra voz de perenne gratitud a la Universidad de Maricao, de cuyas manos recibimos la formación intelectual, el estímulo constante a la difícil tarea que emprendimos en condiciones tan desventajosas, el amor entrañable a las cosas del espíritu y un retazo de su propia alma a través de casi la mitad de nuestra vida.

-000-

Las graves dificultades que se presentan en medios como el nuestro, impidieron que el afán de perfeccionar, en cuanto fuere posible, la presente monografía no alcanzase a tener realidad. Las bibliotecas públicas están desprovistas de elementales instrumentos de consulta, y las privadas no siempre se brindan con facilidad. De allí que los incontables vacíos y las no menos numerosas deficiencias de este trabajo hallen su excusa más en las dificultades de investigación y en la precariedad de nuestras capacidades intelectuales que en el esfuerzo y voluntad que siempre nos anima.

-000-

PRIMERA PARTE

ITER CRIMINIS.-FASES DEL DELITO

PRIMERA PARTE

INTER CRIMINIS.- FASES DEL DELITO

- I -

PLANTEAMIENTO GENERAL

En el delito hay que distinguir dos fases - que lo constituyen, y fuera de las cuales no es dable que éste tenga posibilidad. Ya que el hombre piensa, siente, se propone y actúa es porque en él, interiormente, radican fuerzas intelectivas, sensitivas y volitivas, e impulsos de su constitución, temperamento y carácter y del mundo que lo circunda.

Esas dos fases, que van siempre unidas, forman el todo delictuoso. La filosofía espiritualista ha establecido como dogma la existencia de un cuerpo y de un alma en el ser "hombre", y esas notas que lo forman van indisolublemente juntas en todas las acciones que se inician en el interior y afloran a la realidad sensible. No se puede, entonces, disolverlas o dividir las

enteramente dentro de la vida del delito, a no ser en circunstancias especiales en que el hecho no responde a un mandato de la psiquis. Pero para el estudio metódico de la actuación del hombre, en un momento dado, si pueden separarse una de otra para apreciar mejor lo que se podría denominar la anatomía del delito.

Bajo la premisa anterior, la existencia de un elemento objetivo y de otro subjetivo en la carrera del crimen, es indiscutible.

Para que esta fenómeno tenga lugar es menester el presupuesto de una vida social, de un ámbito personal, donde juegue y accione. La socialidad del derecho es incontrovertible. Si ésta no se da, tampoco el delito toma cuerpo. Si no hay un derecho --y éste no puede existir sino en sociedad-- es un absurdo que pueda violársele. Es verdad que el delito produce una alteración o mutación en el mundo externo y que el que vive en la soledad de una isla, fuera del consorcio humano, es capaz de cambiar la fisonomía del medio en que habita, dañando árboles, por ejemplo; pero esa mutación no tiene ninguna relevancia jurídica por inexistencia de relación de hombre a hombre. Por tanto, si no hay otro ser humano --al menos-- el derecho no hace, y, por ende, el delito no tiene operancia.

Para que el delito surja, dice Ferri, es necesario una acción del hombre, que, en el ambiente social, modifique, ataque, viole las relaciones exteriores entre hombre y hombre ("PRINCIPIOS DE DERECHO CRIMINAL", --Ferri.-- pág. 487).

Las relaciones de los hombres originan nor-

mas de conducta, y éstas, un ordenamiento jurídico. - Sólo en este momento surge el delito. Entre las normas del bien obrar y los hechos que lo contradicen - viene a establecerse el hecho criminoso como producto del hombre en relación con sus semejantes.

Para que este hecho culmine atraviesa una vía constituida por diversos momentos, psíquicos unos, físicos otros. Nace en el momento en que se presenta la idea criminal y termina con la violación concreta de una norma de derecho positivo. A ese recorrido del delito es a lo que se denomina ITER CRIMINIS.

- II +

DEFINICIONES

Ferri dice: "La serie de momentos psíquicos y físicos que forman el hecho delictuoso aparece situada entre la iniciación de la idea criminosa y el término de la violación concreta de una norma penal!.....constituye esta serie el iter criminis" (Obra citada.-Pág. 487).

Copiamos algunas definiciones de autores colombianos:

Vásquez Abad: "El camino que sigue el delito, desde que surge en la mente del hombre, hasta el momento en que se cumple con la realización del hecho que lo constituye" ("TRATADO DE DERECHO PENAL COLOMBIANO".-Parte general.-Pág. 78).

Samuel Barrientos Restrepo: "El camino que el delincuente recorre para llegar al delito mismo es

lo que se ha llamado el iter criminis o iter criminis -
lis ("ELEMENTOS DE DERECHO PENAL".-Pág. 279).

Gómez Prada: "Un hecho delictuoso aparece -
conformado por una serie de actos psíquicos y físicos,
que nace en el momento en que se presenta la idea cri-
minal y termina en la violación concreta de una norma
penal ("DERECHO PENAL COLOMBIANO".-Pág. 169).

El iter criminis, o momentos del delito, o
momentos de la vida del delito, o vía del crimen, o --
vía criminosa, etc., como ha sido denominada por diver-
sos criminalistas, teóricamente es de una gran clari-
dad. Pero en la práctica, en el caso dado, no es tan -
fácil encontrar nitidamente cada pascana del camino re-
corrido. Hay instantes de tan sutil confusión que has-
ta el más avisado lo enreda en sus finos hilos. La va-
riedad del pensamiento humano y la variabilidad de su
exteriorización no se detiene en etapas, para descan-
sar en ellas y luego proseguirlas. A veces espera en -
la posada que hay en la vía y, entonces, puede deter-
minarse con facilidad. Otras veces pasa velozmente, sin
dejar huellas perceptibles, a conseguir la meta. De a-
llí que en cada delito en particular hayan diferencias
notables en la apreciación del recorrido hecho. Pero -
no por ello deja de transitar la vía. En concepto del-
maestro de la Escuela Positivista "en todo delito, des-
de el más leve hasta el más grave, existe siempre este
iter criminis más o menos rápido y más o menos complo-
jo en cada uno de sus periodos: excepto los delitos que -
por consumarse de viva voz (injurias, desacato, amena-
zas, instigación, mandato) cuando son instantáneos e
imprevistos, no necesitan preparación material, pues -
consisten en la sola manifestación del pensamiento".

La teoría del iter criminis nace a la ciencia del derecho con los prácticos italianos, quienes a partir del siglo XIII, iniciaron la teoría del conato criminal, que no había sido sistematizada por el derecho romano ni por el germánico ni tampoco por el derecho canónico. Es, pues, relativamente nueva, ya que no aparece en la historia antigua y sólo viene a concretarse en el medievo.

- III -

P A S E S D E L I T E R C R I M I N I S

Algunos autores dividen el iter criminis en cinco fases, otros en cuatro. Para los positivistas está constituido así:

- 1.- Idea criminosa.
- 2.- Manifestación de esta idea.
- 3.- Actos preparatorios.
- 4.- Actos ejecutivos.
- 5.- Actos de consumación (Ferri.-Ob.cit. - pág.488).

La primera pertenece a la acción psíquica, y las otras cuatro a la acción física. En otras palabras: fase interna y fase externa.

La generalidad de los criminalistas, y entre ellos el doctor Roux, de la Universidad de Strasburgo, y los colombianos Luis Carlos Pérez, Samuel Ba

rrientos Restrepo, Vásquez Abad, Gómez Prada, etc. aceptan las siguientes fases:

- a) Fase oratoria o manifestaciones verbales.
- b) Fase de los actos preparatorios del delito.
- c) Fase de los actos ejecutivos del delito, o comienzo de ejecución.
- d) Fase de la consumación del delito.

Jiménez de Asúa, siguiendo a Ferri, sostiene que antes de exteriorizarse la idea delictuosa, ésta sufre un proceso previo que comprende: la ideación, la deliberación y la resolución. La primera es algo así como la tentación, a la cual siguen en orden las otras dos.

- IV -

LA IDEA CRIMINOSA

A consecuencia de un estímulo proveniente del mundo exterior o del insensable mundo de la psiquis tienen origen las sensaciones, que luego toman la forma de percepciones, sentimientos e ideas. Si éstas se agotan pasivamente en el interior del sujeto, no han pasado de ser una emoción íntima que se desliza en un recuerdo. Esto ocurre en el caso de que percepciones, sentimientos e ideas no alcancen la vitalidad suficiente para salir al exterior, porque de lo contrario, ellas determinan la idea delictuosa con impulso de fuerza que pugna por hacerse patente en el mundo sensible exterior. La idea delictuosa viene del

alma como un ángulo cuyo vértice punza fuertemente hacia una violación. Es entonces cuando se agita en la mente el homicidio, el hurto, las lesiones, que a través de un tiempo psicológico de deliberación, en el cual oscila entre el sí y el no, según los temperamentos, se vuelve acto volitivo de la mente, que impulsa y determina una serie de movimientos corporales dirigidos a la realización de aquella idea, que entonces ya es intención delictuosa. Aquí termina la fase interna y sigue la externa.

Fase incompleta.- La idea delictuosa puede quedar incompleta por las siguientes razones: por perdón u olvido, por repugnancia íntima del sentido moral o por convertirse en deliberación volitiva de no actuar.

En caso contrario, es completa y pasa a la voluntad de obrar, de manera más o menos irresistible

Funibilidad.- Estos actos internos no son susceptibles de sanción no solamente por la imposibilidad de probar su existencia sino porque el Estado no puede introducirse en regiones tan incognoscibles y oscuras que no son objeto de su soberanía, ya que éste protege las relaciones del mundo exterior, en lo físico y perceptible.

Estos conceptos del maestro Carrara ("PROGRAMA....Tomo I.-No.28.Fág. 47), seguidos por multitud de expositores, tienen toda la aceptación nuestra, pudiéndolo agregar, a modo de discordancia con el insigne jurista de la escuela clásica, que el cambio -

alma como un ángulo cuyo vértice punza fuertemente hacia una violación. Es entonces cuando se agita en la mente el homicidio, el hurto, las lesiones, que a través de un tiempo psicológico de deliberación, en el cual oscila entre el sí y el no, según los temperamentos, se vuelve acto volitivo de la mente, que impulsa y determina una serie de movimientos corporales dirigidos a la realización de aquella idea, que entonces ya es intención delictuosa. Aquí termina la fase-interna y sigue la externa.

Fase incompleta.- La idea delictuosa puede quedar incompleta por las siguientes razones: por perdón u olvido, por repugnancia íntima del sentido moral o por convertirse en deliberación volitiva de no actuar.

En caso contrario, es completa y pasa a la voluntad de obrar, de manera más o menos irresistible

Funibilidad.- Estos actos internos no son susceptibles de sanción no solamente por la imposibilidad de probar su existencia sino porque el Estado no puede introducirse en regiones tan incognoscibles y oscuras que no son objeto de su soberanía, ya que éste protege las relaciones del mundo exterior, en lo físico y perceptible.

Estos conceptos del maestro Carrara ("PROGRAMA....Tomo I.-No.28.Fág. 47), seguidos por multitud de expositores, tienen toda la aceptación nuestra, pudiéndole agregar, a modo de discordancia con el insigne jurista de la escuela clásica, que el cambio -

que se presenta no sólo ocurre en el "mundo exterior"; sino también en el "mundo moral", porque en la tentativa, por ejemplo, no queda lo mismo el sujeto pasivo, ni la sociedad, no obstante permanecer idénticas las condiciones del cosmos.

El pensamiento no delinque por más que esté lleno de lodo criminal. Puede ser la deliberación-completa; puede ser perfecto el plan; puede ser atroz el propósito; puede haber en la mente la crueldad más absoluta, que no hay delito, porque éste para ser tal debe trascender la órbita de lo meramente moral e interno para posesionarse de la esfera jurídica. Sí puede existir -y en efecto existe en el orden religioso- un pecado, pero nunca llega a ser un "hecho criminal"

Ya los romanos lo expresaron: "COCITATIO - NIS FORNAM IN FORO NEMO PATITUR", nadie debe ser penado por sus pensamientos. Y, además, en el caso de que sí lo fuera, cómo probar las ideas criminales? Por qué medios? Ni siquiera la confesión sería adecuada para ello. Tal vez se podría aducir que ellas alcanzarían a descubrirse por uso de la hipnosis o del narcoanálisis. Pero ni siquiera, hasta hoy, la ciencia ha dicho la última palabra acerca de estos medios como probanzas judiciales. Los científicos se dividen en dos escuelas: la de los que la aceptan como criterio invariable de verdad y la de los que creen y afirman que no son ellos capaces de hacer decir a un sujeto la absoluta verdad, si tiene resistencia anteriores.

No han faltado, empero, opiniones contra -

rias a la impunidad de la idea criminal. Burlamaqui, entre otros, es partidario de sancionarla. Se cita como ejemplo el pasaje de Plutarco, cuando habla que Dionisio el tirano hizo ajusticiar a Marsias, alegando como razón la de que éste durante el día había pensado en degollarlo, porque había confesado haberlo soñado durante la noche (cita de Romagnosi.-"GENESIS DEL DERECHO PENAL",.-Pág.233).

Dionisio, valiéndose de la doctrina de Burlamaqui -si éste hubiese existido entonces- bien pudo decir que si bien Marsias sólo lo había pensado, sin embargo era acreedor a la muerte. Según el pensamiento de Burlamaqui, citado por Romagnosi (Ob.cit.-pág. 234), es la tolerancia o la impotencia, pero no es una privación del derecho, la que hace que los soberanos de la tierra se abstengan de castigar los actos internos de los hombres perversos. "Y si ello es así, agrega, por la misma razón se puede derogarla a voluntad, y mucho más cuando se descubre que el pensamiento maléfico hace blanco de sus miras criminales la sagrada vida de los reyes y la tranquilidad de las naciones".

Massari, coautor del código italiano de 1930, es otro penalista que afirma vehementemente que el pensamiento criminoso debe ser castigado porque es delito, al paso que hay quienes digan que es punible solamente cuando se manifiesta y siempre que las ideas sean peligrosas.

Rossi, acorde con su estructura ideológica, afirmó que el pensamiento "podrá ser criminal; pero no podrá ser encadenado" (Cit.Jiménez de Asúa.-"LA

LEY Y EL DELITO".-Pág. 495).

La sabiduría de las Partidas habían pre-
visto y prescrito de una manera admirable, adelantán-
dose a su época, el punto que nos ocupa, cuando afir-
man: "..... que cualquier home que se repintiese --
del mal pensamiento antes que comenzase a obrar por --
él, que non meresce por ende pena ninguna, porque los
primer movimientos de las voluntades non son en poder
de los homes" (Ley II, Tit. 31, P. VII).

Nosotros creemos que en este punto hay que
observar un criterio rigurosamente objetivista. Se de
ben sancionar las ideas siempre que ellas cumplan con
los siguientes requisitos: a) que se exterioricen, y-
b) que haya lesión jurídica. Si estas dos condiciones
no alcanzan a enlazarse de modo perfecto, no debe ha-
ber punibilidad. Lo anterior aclara el concepto de --
que ya no son meras ideas, sino actos externos, actos
de la vida real, cuya criminalidad no se perfecciona-
en tanto que una disposición de la ley positiva no la
establezca. Esto es, que donde no haya tipicidad la -
idea no es delito. El concepto de la tipicidad, enton-
ces, adquiere relevante importancia. Y ello debe ser --
así, si nos atenemos a la moderna teoría de los dog-
máticos alemanes, que requieren para la existencia --
del delito, entre otros caracteres, el de la tipici-
dad.

Entre los gobiernos tiránicos ha sido co-
mún el querer elevar a la categoría de delito ciertas
ideas, quizá para defender su dominio temporal. Para-
prolongar su despotismo, colocan fuera de la ley a de
terminados partidos políticos, como ha ocurrido en no
pocos países, o los persiguen de hecho, con el fin de

exterminarlos, como en el nuestro. Dentro de nuestra estructura mental y política no se nos escapa que es te atenta contra las libertades públicas que tantos sacrificios han costado. Pero se han engañado muchos gobiernos al querer encadenar las ideas, porque ellas resurgen luego, con mayor potencia y con mejores y más numerosos adeptos. De nada valió golpear y encarcelar por llevar una determinada prenda de cierto color, o por hacer vivir una idea, o por profesarla, o por estamparla en la prensa. Ni panópticos ni incendios, ni azotes ni balas en el propio Congreso lograron aniquilar una idea.

Es que a la conciencia no le entran los tiranos.

Romagnesi, quien hace un despliegue formidable en torno a la no punibilidad de las ideas, concluye que lo que únicamente puede interesar a la sociedad con ocasión del delito, es el daño que ella pueda sufrir como consecuencia del mismo (Ob.cit.pág 234). Por tanto, la infracción de un deber social no puede ser sino la comisión de un acto físico y externo que se debía desechar, o la omisión de un acto, también físico y externo, que se debía ejecutar. Pero todo acto libre, físico y externo no puede ser sino la ejecución externa de un pensamiento interno. Sería pueril hacer notar que esta ejecución no es ni puede ser el pensamiento en sí mismo, sino que estas dos cosas son entre sí tan distintas y diversas, como lo es el alma respecto al cuerpo, y como lo es un deseo escondido en el corazón respecto a un movimiento vigoroso de los miembros.....Por consiguiente, el pensamiento se sustrae a la autoridad imperativa de

la sociedad, de tal suerte que en ella sería delito - el pretender hacerlo objeto de sanción" (Rognanosí.-- Ob.cit.pág. 240).

No es posible, con el criterio objetivista, creer que el pensamiento malo pueda causar, por sí mismo, un daño a otro hombre. Tal vez pudiera ocasionarlo a la persona que lo tiene porque nuestras vidas son el producto de nuestros pensamientos, como lo afirmaba Marco Antonio, pero en jamás de los jamases-lesiona derechos que proteja el ordenamiento jurídico.

No exteriorizada la idea en acción física, el orden jurídico no es violado ni perturbado; no existiendo, por lo tanto, ni daño privado ni daño público, y ni siquiera un peligro efectivo. El pensamiento sin acción, decía Benán, es un cadáver. Y un cadáver es impotente de accionar. Para nuestro estudio, esa inercia no crea ni daño ni peligro en el orden jurídico, aunque posteriormente pueda adquirir la mecánica del acto. Por el momento, mientras esté encerrado en las paredes de la mente, es un prisionero, que, atadas sus manos, grita sin ser oído, se mueve sin que nadie lo vea, insulta sin que en la calle logren ser captadas sus palabras.

Interesa a la ley moral o a la religión, pero nunca a la justicia.

Por qué no se castiga?. - El fundamento de la no punibilidad de la idea en sí, es diverso, cuan diversas orientaciones filosóficas lo han encarado. Para Burlamaqui, como ya tuvimos oportunidad de anotar, es por "un principio de tolerancia"; b) para Carnignani porque -

"no se viola un deber jurídico"; c) para Rossi porque "es imposible descubrirlo"; d) para Ferri porque "el pensamiento íntimo no toca la exterioridad de las relaciones jurídicas; e) para nosotros, ya lo dijimos, porque no se atenta contra ningún derecho que deba tutelar el ordenamiento jurídico y, además, porque el delito comprende acción psico-física, tipicidad y antijuridicidad. La simple idea criminal no cabe en ninguno de esos caracteres genéricos de todo delito, ni tampoco los comprende a todos. Apenas estaría en la acción -remotamente- como que la idea origina el acto o la actividad, aunque concretamente le falta una nota para ser psico-física. Por otra parte, como afirma Ferri en frase acertadísima, "lo que no se sabe no existe", socialmente. Porque la idea es íntima, no aflora a la conciencia social, sino exteriorizándose físicamente.

FORMA CRIMINAL O MANIFESTACIONES VERBALES.

Cuando la idea criminal aflora al exterior, por medio de la palabra, entonces ya se comunica, y puede adoptar, allí sí, la forma de delito. Pero no es que ocurra siempre, porque los casos son reducidos. La manifestación verbal puede concretarse en la amenaza que se hace a la presunta víctima, o en la imprecación en el momento de cometer el delito, o en la conversación que se hace a otras personas, o, en fin, en las palabras pronunciadas en cualquier instante posterior a la idea, relacionadas con el propósito de cometer un delito.

Ferri hace la siguiente descripción de esta fase, colocándola como segunda en el iter criminis. "Puede ser, dice el maestro positivista:

"O sólo una simple e inocua confesión y narración de un hecho ya pasado, y, por tanto, sin ningún propósito de ejecución;

o bien una jactancia o vanidad, más o menos seria, o el anuncio de un delito, más o menos atendible, según las circunstancias de hecho y la personalidad del que lo manifiesta;

o la consumación de un propio y verdadero delito, consistente sólo en palabras, como la injuria, la amenaza, la instigación, el mandato, la corrupción, el desacato, etc.;

o bien el comienzo de una serie de actos tendientes a la consumación de un delito" (Ob.citada. pág. 490).

Más adelante agrega: "La primera está fuera del Derecho, porque no constituye agresión alguna al orden jurídico. La segunda puede y debe interesar a la policía de seguridad, porque con frecuencia el delincuente instintivo, así como el pasional e incluso el loco, propaga anticipadamente sus propósitos criminales que después se realizan. La tercera corresponde a la represión penal, pues el delito ya se ha realizado. La cuarta se refiere al iter criminis".

Con estupenda claridad los párrafos anteriores ubican los diversos eventos que pueden presen-

tarse en esta segunda fase de la vida del delito, lo cual casi nos releva de otras consideraciones posteriores. En relación con la segunda hipótesis trae en su obra "EL HOMICIDA" (1925.-Págs. 150 ss. y 323 ss) abundantes ejemplos sobre la manifestación oral de los delincuentes instintivos, pasionales y locos, en quienes es común la vanidad de anunciar la comisión de un próximo acto antisocial.

El distinguido profesor colombiano Samuel Barrientos Restrepo, al hacer la descripción de la fase oratoria del iter criminis, dice que la confesión está comprendida en ella. Con sus palabras con respecto a esto: ".....es la confesión que el delinuente hace después de delinquir".

Con el respeto que nos merece tan distinguido catedrático, disintimos profundamente de su idea, expuesta en su obra "ELEMENTOS DE DERECHO PENAL" (pág. 270). Nos parece que la confesión posterior al delito ya no cabe dentro de la fase de la manifestación verbal, ni siquiera dentro del proceso seguido en el camino criminoso. La posterioridad le quita todo carácter de pertenencia del iter criminis. Puede suceder, aunque ello no es general, la confesión. Pero de allí a catalogarla como una etapa del crimen hay una distancia abisal. Ella puede ser producto del arrepentimiento, o del miedo, o de querer un castigo, o de hacer su propia penitencia especialmente en los delitos de ímpetu. Su génesis a rranca de variadísimas causas. Pero si el delito se ha consumado, jamás puede llamarse, con propiedad, fase oratoria, porque la vía delictiva está agotada. Ese agregado pertenece a algo muy diferente en la

psicología criminal, pero no a la clasificación que nosotros acogemos y que él mismo acepta.

La confesión tiene importancia, sobre todo desde el punto de vista probatorio (art. 255 del C.P.F.), porque revela el designio criminal, el fin propuesto y, en muchas ocasiones, los motivos determinantes. Sirve de hilo para buscar el obillo, cuando la prueba no es directa, y guía para alcanzar el descubrimiento de la intencionalidad, del dolo, de la responsabilidad.

Como ya lo expresamos en otra parte, la fase oratoria o manifestación verbal, puede constituir por sí misma un delito, y así lo han establecido las legislaciones penales. No otra cosa son los crímenes que consisten en una sola palabra, como en el caso de la injuria o de la calumnia. O de un conjunto de palabras, como en la instigación a delinquir o en la apología del delito. En estos ejemplos, la manifestación de la idea es eficaz para conducir al fin buscado por el agente.

El triunfo del proceso interior, después de haber recorrido el camino de la tentación, de la deliberación y de la volición, exterioriza en palabras el ánimo, el propósito, la intención y aún hasta la voluntad de delinquir.

Punibilidad.— Estas manifestaciones no son punibles en el sentido de la justicia represiva por la misma razón que apuntamos al comentar la idea criminal. Aceptamos también, en este punto, el criterio objetivista, ya

que no se produce un daño. Si éste tiene ocurrencia, sale de la órbita de la mera manifestación para colocarse en las casillas de la ley penal. Pero en caso contrario, son inofensivas y, por tanto, sin sentido el castigo. No solamente sin sentido, sino cruel y vano. Su inocuidad se revela en todos los casos porque él no opera justamente.

No se entienda que nada pueda hacerse ante el anuncio de un delito. La policía preventiva o de seguridad ofrece medios para que el designio no se lleve adelante. Para eso/ existen numerosas disposiciones en las ordenanzas departamentales sobre policía que dan las medidas que pueden tomarse en los momentos en que se ofrezcan. Ejemplo de ellas son las cauciones de buena conducta, cuya eficacia se asienta en el temor no solamente de hacerlas efectivas, sino también por saber que su intención ha sido descubierta. Y ante la expectativa de un castigo, si la lleva a término, en muchas ocasiones el presunto criminal se reprime de cometer el delito.

Nuestra Constitución Nacional en su artículo 28 previene el desenlace que puedan tener, bajo ciertas circunstancias de orden público, las manifestaciones orales, y autoriza aprehender y retener, de orden del Gobierno y previo dictamen de los Ministros, las personas contra quienes haya graves indicios de que atentan contra la paz pública.

El Código Penal mexicano no comparte estas ideas y, tal vez incurriendo en un exceso de celo, o adelantándose a su tiempo, o cayendo en una agfibología lamentable, expresa que hay responsabilidad de quien "tome parte en la concepción" de un de-

lito. Nuestro código, en cambio, más acorde con los principios de psicología criminal habla de "el que tome parte en la ejecución del hecho", "coopere a la ejecución del hecho o preste una ayuda posterior" (Arts. 19 y 20). Luego, en la parte especial, canoniza como delitos la instigación para delinquir y la apología del delito. Transcribimos los correspondientes artículos:

"Art. 209.- El que de manera pública y directa incite a otro u otros a cometer un delito determinado, incurrirá en arresto de dos meses a un año, y en multa de cincuenta a mil pesos, siempre que tal acción no esté prevista como delito de mayor gravedad en otra disposición".

"Art. 210.- El que de manera pública y directa haga la apología de un delito o género de delitos, incurrirá en arresto de uno a seis meses y en multa de veinte a quinientos pesos".

Art. 211.- El que proponga a otro la comisión de un delito, incurrirá en arresto de un mes a tres años.

.....
Art. 213.- Para graduar la pena en los casos previstos en los artículos anteriores, se tendrá en cuenta la gravedad del delito que se proponga o aplauda.

Se pueden citar otras disposiciones de nuestro estatuto penal, en las cuales, claramente, se ve que se estableció como delitos por se las so- las manifestaciones verbales. La injuria, la calum-

nia, la inducción al suicidio, son unos de tantos ejemplos.

La impunidad de la fase oratoria la explica Luis Jiménez de Asúa de la siguiente manera: "La manifestación de voluntad presupone que el individuo ha salido de interno y ha realizado un acto, pero un acto de voluntad, no un acto en sentido estrictamente jurídico. Pero si estudiamos a fondo este acto, vemos que no es constitutivo de tentativa, ni siquiera de acto preparatorio. Por qué estas resoluciones manifestadas, cuando son puras, no constituyen un delito sui generis? Porque en la mayor parte de los casos falta la infracción de la objetividad jurídica. Por ejemplo, en la proposición y en la conspiración. En cambio, en la amenaza sí la hay: la pérdida de la seguridad. Y por esto es un delito. No hay otro remedio técnico que considerarlas como resoluciones manifestadas, porque no se trata de actos preparatorios, ni de tentativa y como tales resoluciones manifestadas sólo excepcionalmente se las puede considerar punibles y únicamente por vía de precaución" (Ob. cit. pág. 501)

Para Ferri, quien toma el delito como un fenómeno distinto a la forma como lo consideran los clásicos, la fase oratoria debe ser castigada correspondientemente a la peligrosidad del delincuente. Para él lo más importante no es el delito, en sí mismo, como un ente jurídico deslindado de la realidad psicológica humana, sino el delincuente, que ya en esta etapa de los momentos del crimen se ofrece como una personalidad peligrosa, no sólo potencial sino efectivamente. Con el criterio subjetivo positivista no cabe duda de que la fase que comentamos es justa-

mente merecedora de castigo. Y así lo creemos, dentro de un plano teórico. No dudamos que un hombre que -- expresa claramente su decisión de cometer un ilícito (matar, robar, producir daño en el cuerpo o en la salud de otro) es un individuo temible, en quien amanece claro el día de su empeño malvado, pero en quien el paisaje empieza a oscurecerse por nubes enunciativas de tormenta. Si esa manifestación es afirmativa, indubitable, ya no se puede ver sino la radiografía de su instinto perverso, o el huracán de la pasión, o el infierno de la locura. Pero de aceptar la teoría ferriana, profusamente hipotética y utópica, a pensar que en la realidad de lo jurídico se deba pensar, hay mucho distancia. Creemos que no es posible, sin cometer gravísimo atropello a la persona humana, inculpar o, más claramente, castigar la expresión -- hablada. Quién se atreve, con posibilidad de acertar, a desificar una medida represible a quien dice que -- va a matar? Cuáles medios son los adecuados para medir las reconditeces del espíritu?

En esta materia nos alejamos del insigne maestro, para recoger la antigua cuanto desacreditada realidad objetiva, armonizada ya científicamente por el pensamiento alemán, en especial por Von Belling, al propugnar porque el hecho no solamente sea producto voluntario del hombre, antijurídico y culpable, sino típico. De qué otra manera puede resolverse el apoteigma, profundamente humano y universal, del autor "DEL DELITO Y DE LA PENA", cuando en letras de oro expresó: Nullum crimen sine lege. Nulla poena -- sine lege? De tal suerte que si no existe la norma objetiva que describa el hecho delictivo, no hay delito, pese al esfuerzo, teóricamente irrefragable, -- del positivismo penal de castigar al delincuente por

lo que es y no por lo que ha hecho.

Sólo en los casos de que hemos hablado, — cuando por sí mismos son delitos, descritos en la — ley positiva, puede hablarse de penas. En caso con — trario, es temerario y absurdo en la justicia humana, débil y enteca, patrocinar tesis tan avanzada. Quizá cuando la psicología experimental traspase las limitaciones que impone la conciencia individual, pueda — ajustarse la personalidad íntima a la dosimetría pe — nal. Mientras tanto, no.

- VI -

ACTOS PREPARATORIOS

Rebasado el seno de la conciencia y esca — pada de allí; exteriorizada en palabras, en multitud de veces, la idea criminal empieza a buscar cauces — reales en actos materiales y, por lo mismo, visibles. Son ya en este punto apreciables con el criterio de los sentidos de que nos habla la filosofía más ele — mental. La idea se traduce en actividad muscular, sin dejar, en momento alguno, de seguir traficando sus — senderos interiores. Se prepara el acto final, según la categoría del delincuente. Hay tanta mayor prepa — ración cuanto más reflexivo y frío es el agente, pa — ra usar los términos de la escuela clásica al defi — nir la premeditación; o se aparejan los medios para — la efectividad final.

A esta etapa se la llama de los actos — preparatorios del delito.

El profesor colombiano Agustín Gómez Prada ("DERECHO PENAL COLOMBIANO".- Pág. 170), la define en estos términos:

"Prevenir, disponer y aparejar los medios de realizar el propósito criminal, en parte más o menos remota de la vía criminosa".

Son, agrega en términos que nos parecen metafóricamente exactos, la "ejecución remota" del delito.

Para Carrara: "Son actos pp meramente preparatorios los que se agotan sobre el sujeto activo del maloficio, sea primario o secundario, sin que su acción llegue a afectar al sujeto pasivo, sea del propio atentado, sea de la consumación".

Con la excelente construcción jurídica que lo caracteriza, el maestro de la escuela clásica, dice en pocas palabras lo que debe entenderse por actos preparatorios. En realidad, éstos tienen su radio de acción únicamente en el sujeto activo, aquí tienen su agotamiento o su muerte, para dar paso a los que recaen directamente sobre el sujeto pasivo de la infracción. Con esto se deslinda y asejona el terreno de la ejecución con el de la simple preparación. No creemos que en caso alguno pueda ocurrir la incidencia de ésta sobre aquella, aunque no pueda hablarse de un modo absoluto.

La definición de Carrara hay que tomarla con la aclaración de que los preparatorios, si bien es cierto no tocan directamente con el sujeto pasivo,

sí le recaen indirectamente, porque no es posible que ellos sean independientes de éste o indiferentes. Con esta aclaración la juzgamos perfecta.

Lucca, citado por Ferri, coincide con Carrara, cuando expresa: "Es acto preparatorio el que recae sobre el sujeto activo del delito, y acto de ejecución el que actúa sobre el sujeto pasivo del atentado sin llegar al sujeto pasivo de la consumación".

Ferri, comentando la definición anterior, opina en forma diversa. Para abono de su ataque pone como ejemplo el del ladrón que da vueltas a la casa de la presunta víctima, en acecho para aprovechar el momento oportuno de hacer la entrada. Dice que estos actos no recaen sobre el sujeto pasivo del delito y que, sin embargo, deben ser considerados no como preparatorios sino como ejecutivos.

Nosotros pensamos que si en verdad no atacan aún directamente a la próxima víctima, estos actos son preparatorios porque no revelan aún la dirección precisa hacia donde se orientan. El hombre que ronda la casa puede hacerlo con un fin inocente y aún justo. Puede estar huyendo, inclusive, de un peligro. O también, esperando el instante mejor para matar de inmediato, o para penetrar y robar, o estudiando las circunstancias de lugar para la comisión, más o menos remota, de un crimen. Si esto es así, no hay en el ejemplo, actos ejecutivos, y no es justo que sean punibles. Con la terminología carrariana, diremos que son equívocos.

Si nos remitimos a nuestra legislación, ellos son impunes por no contenerlos ninguna norma penal.

Interiormente es posible que exista el ánimo criminoso. Pero aún no podemos sondear su alcance. Para el positivismo hay peligrosidad. Para nuestra legislación positiva no la hay. Para la doctrina la temibilidad es evidente, abstracción hecha de casos concretos, pero para un suceso real, el ejemplo no nos convence. Son actos preparatorios mientras que no recaigan en el sujeto pasivo del atentado o de la posible consumación. Para que haya acto punible, como lo quiere Ferri, debe haber relación inmediata entre uno y otro sujeto, y ello no ocurre sino con los actos de ejecución, salvo los casos en que los actos preparatorios estén clasificados como delitos en las legislaciones.

No se nos escapa, eso sí, la enorme dificultad que se presenta diariamente en las oficinas judiciales para distinguir objetivamente, en la realidad viviente, cuáles actos pertenecen a la preparación y cuáles a la ejecución. La distinción es problema intrincadísimo, sobre todo, cuando la proximidad entre ellos los confunda. Casos hay en que su delimitación conlleva una sutilidad desconcertante. Y no puede decirse, con criterio superficial, cuáles son unos y otros, máxime que en innumerables variaciones tienen o deben tener el calificativo de inocentes.

Carrara estampa sobre esta cuestión las siguientes palabras:

"En la infinita variedad de relaciones entre el mundo físico y el moral, es harto frecuente que un hombre, para conseguir un fin determinado, ejecute actos desprovistos de la virtualidad suficien-

te, si bien el actor acaricia la ilusión contraria; así como también es muy común la ejecución de actos que puedan conducir a determinado fin, y sin penetrarse no obstante el agente de esa virtualidad, dirige su actividad a dicho fin, sin presumirlo" (Cita de Vásquez Abad.-Ob.cit.pág.83).

Con materiales y equívocos.- Los actos preparatorios son materiales. Ellos consisten en la consecución de un arma, en la adquisición del veneno, en el estudio de las costumbres de la víctima, etc. Son equívocos, según la expresión de Carrara, porque llevan o pueden llevar a uno u otro fin. Así, por ejemplo, cuando un individuo compra un arma, de este hecho no se puede colegir que sea para cometer un delito, porque bien puede ser para la defensa personal, o para regalarla, o para otro distinto fin.

Punibilidad.- Para la generalidad de los autores esta fase no es punible. Entre los colombianos es unánime este concepto, tal vez imbuidos por las ideas de nuestro código penal, que se aparta de su inspirador, Ferri. Para éste, como ya tuvimos la oportunidad de expresarlo, sí es punible. Para Carrara, no.

Nosotros compartimos esta última opinión si hubiese univocidad en esos actos, sí serían punibles, pero desgraciadamente la realidad es otra. Siguiendo al maestro de Pisa, dejarían entonces su calidad de preparatorios para ser ejecutivos. Cómo probar la univocidad de los actos preparatorios? El derecho probatorio se queda corto ante esta pregun-

ta porque no es dable inquirir tan inquietante asunto. Si esto no es posible, la solución debe ser la impunidad. Pero si a la fase oratoria le sigue la de los actos preparatorios, debe acudir de inmediato la acción de la policía, sin que esto quiera decir castigo en el sentido penológico, sino medida de seguridad social o preventiva.

De aceptarse la penalidad de los actos preparatorios, en Colombia no tendría vigencia el artículo 15 del C.P. porque si se castigaran estos, con mayor razón debían serlo los ejecutivos. Esta norma positiva está en desacuerdo con la doctrina ferriana, se aleja de su filosofía jurídica para acoger la clásica, como se comprueba por la simple lectura del artículo en mención. Veámoslo:

"Art. 15.- Al que voluntariamente desista de la consumación de un delito iniciado, se le aplica solamente la sanción establecida para los actos ejecutados, si estos constituyen por sí mismos delito o contravención".

Esta disposición, tocante al desistimiento, impone castigo solamente cuando se han ejecutado actos que envuelvan delito o contravención. Pero si ellos no alcanzan a oscurecerse como infracciones son totalmente impunes. Con Ferri debía sancionarse, sin excepción, a quien desista, porque la peligrosidad ha salido a flote en mayor o menor proporción, ya que de todos modos es terrible quien emprendió el camino del delito, el iter criminis.

Si en el caso del artículo 15 no se castigan los actos ejecutivos, a fortiori no se penan los

preparatorios, que le preceden.

Por fin, para terminar este comentario, diremos que los actos preparatorios se diferencian de la tentativa en que en ésta se realizan hechos contrarios al ordenamiento jurídico, en tanto que en los preparatorios sólo por excepción. Y esto es porque en ellos no hay infracción, objetivamente, aunque sí se puede descubrir una personalidad peligrosa.

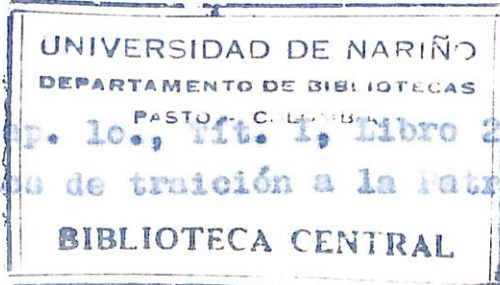
"Una cosa es que un acto externo lleve en sí la virtualidad necesaria para producir un efecto -- dado, dice Carrara, y otra muy distinta, que el autor de ese acto proveyese o quisiese realizar tal efecto. Del hecho se puede deducir una presunción de voluntad; de la posibilidad del hecho sólo puede derivarse una voluntad probable".- Pues bien, esa probabilidad no es penada.

Casos en que los actos preparatorios son -- delitos.-

Estos actos son llevados, a veces, a la categoría de delitos, como acontece en varios artículos de nuestro código penal. Para citar ejemplos, allí tenemos los artículos siguientes:

"Art. 145.- Los que se concertaren para cometer delito de rebelión o sedición, quedarán sujetos a confinamiento por seis meses a tres años y a multa de ciento a dos mil pesos, si los proyectos criminosos fueren descubiertos antes de iniciarse los actos ejecutivos".

En el Cap. 10., tit. 1, Libro 20., al hablar de los "delitos de traición a la Patria", se lee:



"Art. 124.- El que se concertare con otra u otras personas para cometer cualquiera de los delitos previstos en los artículos anteriores, si fuere descubierto antes de comenzar su ejecución, incurrirá en prisión de uno a cinco años y en multa de diez a mil pesos".

La asociación para delinquir se la puede apreciar como verdadero acto preparatorio, como medio que es para la comisión de ilícitos, pero el código la considera como un delito per se. La disposición pertinente es de este tenor:

"Art. 208.- El que haga parte de una asociación o banda de tres o más personas, organizada con el propósito permanente de cometer delitos, mediante el común acuerdo y recíproca ayuda de los asociados, incurrirá en prisión de uno a tres años sin perjuicio de la sanción que le corresponda por los delitos que cometa.

"Tal pena se aumentará hasta en una tercera parte para los que actúan como jefes o directores de la asociación" (La penas están reformadas por el Decreto 957 de 1950).

-000-

- VII -

ACTOS EJECUTIVOS

Los actos ejecutivos también son de carácter

ter material. Son ellos inmediatos al hecho criminoso, así como los preparatorios son mediatos e remotos. Para Carrara son aquellos que recaen sobre el sujeto pasivo de la infracción, sea del atentado, sea de la consumación. Para Lucca, ya citado, son los que actúan sobre el sujeto pasivo del atentado sin llegar al sujeto pasivo de la consumación.

Este último distingue los cometidos en el atentado de los realizados en la consumación. Y tal vez tenga razón. Pues si ellos tienen vida en el momento de consumarse el delito ya son actos consumativos. La distinción, sin embargo, es demasiado sutil en la práctica. En la tentativa pueden apreciarse con relativa facilidad; mas, en el evento de que el delito alcance el término de la consumación, difícilmente puede precisarse cuál es ejecutivo y cuál es consumativo.

Con todo, la definición clásica nos parece sumamente útil y acertada. Cuando el puñal se avanza peligrosamente sobre la víctima hay acto ejecutivo, aunque el resultado letal no se produzca. Cuando esa misma arma se clava en el corazón de un hombre, impulsada por la mano de su victimario, hay acto ejecutivo. Al ocurrir el resultado hay consumación.

Grave problema se presenta a medida que la proximidad al delito es menor, de saber si es ejecutivo o no. Teóricamente se plantea con nitidez; pero de allí a la práctica, aparecen muchas incógnitas.

Para Vidal y Magnol (cit. por Jiménez de Asúa en su admirable libro "LA LEY Y EL DELITO"), los actos ejecutivos son los que ya se pueden considerar como constitutivos de un delito, parcial eso sí, in

perfecto, o, lo que es lo mismo los que tienen el poder de producir "el resultado criminal deseado, como causa efectiva y directa de ese resultado".

Bajo un punto de vista distinto a los comentarios anteriormente y colocándose desde el ángulo de la anatomía criminal, nos parece que son acertados los conceptos transcritos en párrafo anterior. En efecto, los actos ejecutivos entran ya en la estructura delictiva. En la arquitectura del crimen, son ellos su armazón. Tienen la potencia de producir el resultado apetecido, y constituyen por sí mismos, si nó delitos o figuras rectoras, sí figuras subordinadas a un delito, y, de consiguiente, plenamente punibles conforme a sus altas o pequeñas dosis de peligro.

Tanto es así que los códigos los consideran o como tentativa, o como delito frustrado, o, en fin, para decirlo con breve locución: delito imperfecto.

Las indicaciones de Carrara son exactas. Si los actos son equívocos, no son ejecutivos. Si son inequívocos, son ejecutivos. La univecidad es condición indispensable a estos. De allí que todo acto que vaya directamente a la comisión del delito, sin llevar el sello de la duda, es ejecutivo.

No encontramos otra guía más precisa para la distinción de los actos ejecutivos, no obstante haber hecho lo posible en nuestra modesta búsqueda. Esa es la razón para plegar, de modo completo en nuestro sentimiento, al Miguel Angel del derecho penal.

El delito proyectado entra, con esta fase, en el período decisivo de la acción. No siempre culmi-

lito es consumado cuando todos los elementos que componen su esencia se encuentran reunidos en el hecho - criminoso de que se trata".

Enrico Ferri, reproducido por innumerables tratadistas, entre ellos los pocos colombianos que escriben sobre estas materias, afirma: "Cuando en el -- hecho delictuoso se dan todos los elementos constitutivos de delito -genéricos y específicos- estableci -- dos en la norma penal: esto es, los cuatro elementos- dobles (sujeto, objeto, acción, daño)....., aparte -- las circunstancias específicas que la norma añade y precisa en aquella figura del delito" es delito con -- sumado ("PRINCIPIOS DE DERECHO CRIMINAL".-Ferri.-Pág. 502).

Nuestro Código Penal no lo define de una -- manera precisa y aislada, aunque puede considerarse -- que sí lo hace, de paso e incrustándola en una dispo -- sición que trata materia diversa, en la parte general. Más concretamente, en el artículo 17, al hablar de delito frustrado, cuando dice: "Cuando habiéndose eje -- cutado todos los actos necesarios para la consuma -- ción del delito.....etc."

No es ésta propiamente una definición, pero podría tomársela por tal, aunque incompleta, porque -- le faltaría añadir la integridad de todos los elemen -- tos que informan el delito. Pero haciendo una inter -- pretación sistemática de la parte general del C.P. co -- lombiano, afirmamos que lo sitúa y delimita ya que es tablece los otros grados anteriores a la perfección -- del iter criminis.

Para el germano Franz von Liszt, "delito --

consumado es el acto mismo contrario al derecho, culpable, definido en la ley. La consumación supone, -- pues, que se hayan dado todos los caracteres del hecho particular constitutivo del delito, y que, especialmente, se haya producido el resultado exigido -- por la ley en la definición de ese delito" (Tratado -- DE DERECHO PENAL".-Lis,t.-pág.2). De allí que se determina por el derecho positivo vigente.

Hay hechos que en unos países son delitos al paso que en otros no lo son. Pues bien, por más -- que se haya agotado el proceso que para el crimen es necesario, no por ello son ilícitos penales, ni puede decirse que haya consumación. Ejemplo de ello es el adulterio, la mendicidad, etc., que en nuestro -- país no pueden consumarse como delitos, aunque sí -- puedan terminarse como actos lícitamente permitidos.

Al hablar de la consumación del delito, -- preciso es aclarar que el momento de ella varía con siderablemente entre una y otras figuras delictivas -- y que es difícil y controvertido establecer el ins -- tante en que se opera. La consumación del rapto, por ejemplo, presenta graves discusiones: para unos hay un momento que para aquellos no es el en que preci -- samente se coloca el individuo en los apartamentos -- de la ley penal. Para ello surge la importante cues -- tión de saber cuál es el derecho tutelado por el or -- denamiento jurídico. Y esto no siempre es fácil y -- comprensible. La orientación filosófica de las escue -- las y de los autores hacen que emerjan diversidad de opiniones y que la uniformidad no sea posible en ca -- da caso de infracción. El momento de la consumación -- en cada figura delictiva no es idéntica para todas. --

Así, no es lo mismo en el robo que en la malversación; en la falsificación de moneda que en la falsificación de documentos.

Para concluir, diremos que delito consumado es el delito concreto, portador de todos los actos necesarios para la violación de la norma y del bien jurídico del lesionado u ofendido, que lleva en sí todos los elementos de su definición.

Las demás fases del iter criminis, para revertir lo dicho y definir las por exclusión, pueden llamarse con el genérico nombre de fases no consumadas.

- IX -

AGOTAMIENTO

Jurídicamente al consumarse el delito se alcanzaron las consecuencias del daño, esto es, se produjeron los cambios o mutaciones ya en el mundo exterior o ya también en el orden moral, como lo propugna Jiménez de Asúa con argumentos convincentes. Pero ese objetivo alcanzado puede sobrepasarse, psicológicamente. El fin del delito en la intención del sujeto activo es posible que vaya más allá. Es entonces cuando se configura el agotamiento.

Los clásicos, con Carrara -creador de esta

siológica y mundo circundante sobre la horizontal del ancestro y de la herencia. Atendidos esos factores, - cuyo determinismo es patente para la escuela de la de fensa social, el hombre que delinque es peligroso en mayor o menor escala. Es, entonces, unitariamente, integralmente, como debe tomarse el acto en relación intima con el agente. No sirve, por consiguiente, la gradación de Carrara.

De acuerdo con la escuela positiva, el agotamiento indicaría una mayor insensibilidad social, una mayor imperfección moral, que, unida a las modalidades del hecho, son índice de suma peligrosidad y de aumento de pena.

No obstante el desprecio de Ferri y demás-seguidores de su filosofía jurídica, creemos que el criterio objetivo de los clásicos es de muchísima importancia, no tanto teórica sino práctica. Su utilidad en el manejo de los procesos penales es evidente. Su olvido llevaría a confusiones e injusticias. Conceptuamos que los dos criterios -el subjetivo y el objetivo- pueden conciliarse perfectamente y sacar de ellos un producto híbrido, tan adaptable a una como a otra tendencias: considerar la gradación de delito - simplemente consumado y de delito agotado, considerando, como es obvio, más peligroso al autor de éste.

Para medir la peligrosidad no será necesario, eso sí, que el hecho punible alcance todas sus consecuencias, es decir, que el delincuente alcance todo el fin propuesto. Con tal que en la intención exista ese fin, eso ya es suficiente para saber que el agente de ese delito es más peligroso. Porque si -

nos atenemos únicamente al resultado final para apreciar la temibilidad del sujeto, caemos en el error de equiparar una insensibilidad menor con una mayor. Muchas veces la falta de agotamiento de un delito, ya planeada y querida por el delincuente, no es dependiente de su voluntad. No faltan los ejemplos en que la intervención de terceros dejan fallido el proyecto, como sucede cuando se incendia una casa con el propósito final de conseguir su destrucción total, pero la intervención oportuna del cuerpo de bomberos impide que se reduzca a cenizas. Estas fuerzas externas no deben atenuar la apreciación de punibilidad, porque no por la existencia de ellas la potencialidad refinada para delinquir ha desaparecido. Para ser más claros en estas ideas, concluimos así: Si por circunstancias ajenas a la voluntad del agente no se agota el delito, siempre debe imponerse una pena mayor a la que correspondería por la simple consumación. Lo contrario sería injusto.

Otra cosa es que con el agotamiento el daño público y privado es de más extensas proporciones, evento en el cual la penalidad, desde el punto de vista del daño social y correspondientemente a éste, debe ser mayor. Para la Escuela Positiva, agótase o no, siempre y cuando haya el interno plan, tiene las mismas consecuencias punibles.

Nuestro código penal no define ni trata de una manera concreta y expresa el agotamiento. Pero si hay disposiciones normativas de toda esta rama del derecho, en las cuales cabe perfectamente. No otra cosa es el artículo 36, que generaliza para todos los delitos la forma cómo han de aplicarse las sanciones.

En efecto, en el Cap. 4o., Tit. I, Parte General, al hablar sobre las "circunstancias de mayor o menor peligrosidad", se lee:

"Art. 36.- Dentro de los límites señalados por la ley, se le aplicará la sanción al delincuente, según la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, los motivos determinantes, las circunstancias de mayor o menor peligrosidad que lo acompañen y la personalidad del agente".

El agotamiento, nos parece, indica las modalidades y la gravedad del hecho delictuoso (elemento real) como también la peligrosidad y personalidad del agente (elemento psicológico). Y estos dos elementos sirven para valorar la sanción, según la norma penal transcrita anteriormente.

Por otra parte, podemos interpretar como aplicable directamente al delito agotado lo que dispone el numeral 6o. del artículo 37 del C.P., que a la letra dice:

"6o.- El tiempo, el lugar, los instrumentos o el modo de ejecución del delito, cuando hayan dificultado la defensa del ofendido o perjudicado, o demuestren una mayor insensibilidad moral en el delincuente" (El subrayado es nuestro).

En la última frase está la parte que nosotros interpretamos como abono a nuestra tesis.

En la parte especial del código hay, asimismo, una disposición que contempla, a nuestro modo de ver -y de manera más clara-, el delito agotado. Es

la referente al numeral 3o. del artículo 363, sobre asesinato. Vedmosla:

"Art. 363.- El homicidio toma la denominación de asesinato y la pena será de quince a veinticuatro años de presidio, si el hecho previsto en el artículo anterior se cometiere:

.....

3o.- Para preparar, facilitar o consumar otro delito".

Esta disposición habla, entre líneas, sobre el homicidio agotado. En el ejemplo de matar para robar, hay que dar aplicación a esta norma, si es que la intencionalidad era esa. Porque se alcanza a comprender que el fin de matar a un hombre es "preparar, facilitar o consumar otro delito", sin que sea menester que ese "otro delito" se realice. En este caso, es decir, si ese "otro delito" se lleva a cabo, o, para hablar en términos más jurídicos, se consuma, da ocasión a un concurso de delitos que se contempla en el artículo 33 de nuestro estatuto penal, valudándolo por el sistema de la acumulación jurídica.

Este artículo -el 33- también trata sobre el delito agotado, cuando se han producido todos los efectos esperados. Naturalmente, no para todos los delitos, pero sí para ciertos casos. Se coligen las afirmaciones anteriores del texto: "al responsable de varios delitos cometidos separada o conjuntamente", en las ocasiones en que el acto final perseguido por el delincuente constituya delito separado del delito medio.

Más aún, en las figuras agravadas de varias infracciones está patentizado el delito agotado. Pero no alargamos más esta reseña porque, a trueque de buscar en el código, corremos el riesgo de caer en el casuismo.

- X -

CONSUMACION AGRAVADA

Algún autor colombiano (Agustín Gómez Irada.-"Derecho Penal Colombiano") habla de "consumación agravada". Y afirma que la constituyen aquellos hechos criminosos que acusan formas más perfectas de delito y que se tipifican especialmente, como el asesinato (art. 363), que es un homicidio calificado por ciertas circunstancias graves.

A esta clase de delitos pertenecería el infanticidio (art. 369). Pero nuestra legislación, a tono con las realidades humanas, dando prevalencia al sentimiento del honor, lejos de considerarlo como más grave cual ocurrió antiguamente, lo atenúa. En el contrapeso entre la repugnancia y el daño público producido por este delito, y la alta estima, dentro de las condiciones sociológicas actuales, en que se tiene el honor, predomina éste, viniendo a constituir circunstancia modificadora de la responsabilidad, de carácter atenuante.

Es indudable que el autor de un delito agravado sea más temible porque lleva mayor dosis -

de peligrosidad y, por ello, merece una más alta valoración en la escala de la represión.

El código tipifica esta clase de delitos en la mayor parte de las figuras punibles. A cada tipo autónomo pertenecen una o más clases de subordinadas con el carácter de agravadas. De allí que sea prolijo enumerarlas y nos relevemos de este estudio para otra oportunidad si la vida nos es propicia para este efecto. Sirvan, entre tanto, como ejemplos los que hemos puesto y los de los artículos 317 y 320, 321 sobre violencia carnal y estupro.

ARREPENTIMIENTO

Aunque no es una fase normal y continua del iter criminis, se presenta después de la comisión de un delito el pesar de haberlo cometido.

Joaquín Escriche en su "DICCIONARIO RAZONADO DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA" da la siguiente definición general de "arrepentimiento":

"El pesar de haber hecho alguna cosa: el deseo de anular, rescindir, revocar o remediar lo que se siente haber hecho; y el desistimiento voluntario de alguna empresa, proyecto u otro cualquier acto que uno se había propuesto. Puede considerarse en los contratos, en las últimas voluntades y en los delitos".

Después de examinar este fenómeno en los contratos, en los testamentos y en los juicios, pasa a referirse a los delitos. El mencionado autor se expresa así:

"El arrepentimiento del delincuente después de cometido el delito, es una circunstancia que disminuye el grado de su criminalidad, y que debe influir por consiguiente en la disminución de la pena. Pero para que cause estos efectos, ha de ser voluntario y oportuno y ha de manifestarse por actos externos. Si luego después de la perpetración del delito, o antes de comenzar la instrucción del proceso, o cuando ya no tiene ser descubierto, procura espontáneamente su autor impedir o evitar el daño que debía provenir de su acción, o remediar completamente el mal ya causado, o socorrer y desagraviar al ofendido, no debe durarse entonces de la sinceridad de su arrepentimiento, ni dejarse de tomar en consideración su conducta para graduar la pena.

"El delincuente que hallándose en presidio sufriendo la pena que se le ha impuesto, acreditar arrepentimiento y enmienda con su conducta, debe ser atendido y premiado con alguna rebaja, que puede llegar hasta la tercera parte del tiempo de la condena; y si hubiere sido sentenciado con cláusula de retención, se hace acreedor al alzamiento, cumplidos que sean los diez años: ORDENANZA GENERAL DE PRESIDIOS de 14 de abril de 1864, parte 4a., título 1, secciones 3a. y 5a."

Hacemos hincapié sobre la no incorporación del arrepentimiento en la vida común y corriente de los delitos, pero que es dable que se presente

en numerosos casos, por lo cual hemos detenido, por un momento, nuestra atención a este asunto. Debemos advertir, asimismo, que éste es diferente al que suele ocurrir antes de la comisión del hecho criminal y que se conoce en la doctrina con el nombre generalizado de desistimiento. Hablamos únicamente de la reacción, muy humana y digna de atenuación de pena, aparecida subsiguientemente a la consumación.

Efectos del arrepentimiento.- Generalmente no tiene en nuestra legislación efecto jurídico práctico. Sin embargo, en un atento examen del código penal se encuentran diversas disposiciones que hacen efectivo el arrepentimiento en orden a una valuación atenuativa de las medidas punitivas. A continuación nos permitimos transcribir algunas de ellas:

Art. 38.- Demuestran menor peligrosidad y atenúan, por tanto, la responsabilidad -en cuanto no hayan sido previstas de otra manera- las siguientes circunstancias:

.
.

7a. El procurar espontáneamente, después de cometido el hecho, anular o disminuir sus consecuencias".

.

9a.- El presentarse voluntariamente a las autoridades después de cometido el delito y confesarlo".

En la parte especial del código encontramos en el Título XII.-de los delitos contra la libertad y el honor sexuales, el artículo 322, que hace referen -

cia a la violencia carnal y al estupro.

Art. 322.- El responsable de los delitos de que tratan los dos capítulos anteriores quedará exento de pena si contrajere matrimonio con la mujer ofendida".

En el título XIV.- Delitos contra la familia.- Del rapto, se lee el artículo 354:

Art. 354.- Tampoco se impondrá sanción alguna al responsable de cualquiera de los delitos previstos en este capítulo, si contrajere matrimonio con la mujer ofendida".

Y el siguiente:

Art. 355.- En el caso de que el responsable de cualquiera de los delitos previstos en este capítulo, restituyere voluntariamente a la persona raptada a su hogar o la depositare en lugar honesto, sin haber ejecutado acto alguno erótico sexual, las penas se reducirán has a la mitad, según los diversos casos".

El inc. 2o. del artículo 3o. del Decreto Extraordinario 1858 de 1951, al tratar sobre el delito de peculado dice textualmente:

"Esta pena será reducida hasta en la mitad si antes de que se inicie la investigación criminal correspondiente el funcionario o empleado responsable restituyere lo apropiado o su valor, o hiciere cesar el mal uso, resarciendo todo perjuicio; pero si tal no se hiciere sino después de iniciada-

la referida investigación, la pena sólo se reducirá - hasta en una tercera parte siempre que no se haya dictado sentencia de primera instancia".

Este inciso vino a reformar los artículos 151 a 154 del C.P. y ha sido objeto de agudas críticas, especialmente del tratadista Luis Carlos Pérez - en su obra "DERECHO PENAL COLOMBIANO".--Parte especial Volumen I. Pero ellas ya no tocan directamente con la materia que estudiamos. Para nuestra referencia, lo importante es que se establecen efectos jurídicos en relación con el arrepentimiento. La oportunidad de éste, es digna de atención, pero fuera de lugar en nuestra monografía.

En el Tít. XVI, referente a los "delitos - contra la propiedad", encontramos esta disposición:

Art. 429.- Si antes de que se pronuncie -- sentencia de primera instancia, o antes del veredicto del Jurado, si fuere el caso, el responsable restituye el objeto que fue materia de la infracción o indemniza a la persona ofendida de los perjuicios que se - le hayan causado, la sanción se disminuirá de una sexta parte a la mitad".

Según esta norma, para la concesión de este beneficio es requisito indispensable que tal restitución o indemnización se verifique antes de que se pronuncie sentencia de primera instancia, o antes del veredicto del jurado, cuando el delito fuere de que - llos cuyo conocimiento corresponde en último término - al jurado.

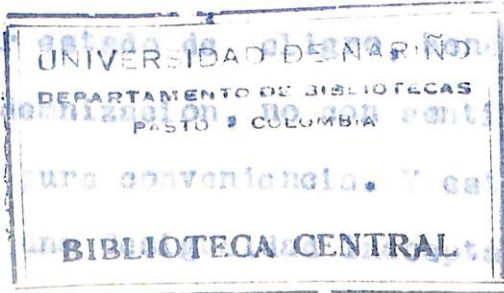
Comentando esta disposición el profesor -- Gutiérrez Anzola se expresa en la forma siguiente:

Es indudable que el beneficio consagrado aquí por la ley cuando se han llenado los requisitos de que se acaba de hablar, implica el reconocimiento de que el responsable es de una peligrosidad social menos aparente por cuanto el hecho de la restitución o de la indemnización - demuestran que en el sujeto se ha operado un arrepentimiento o estado de ánimo bastante favorable.

Sin embargo, hay una desigualdad muy grande con respecto a los sujetos que estando realmente arrepentidos y manteniendo el deseo de restituir o de indemnizar, reconociendo su culpa, se hallan imposibilitados de hacerlo por razón de su extrema pobreza o absoluta inanidad económica".

Más adelante agrega:

"... cuando el beneficio establecido para todos aquellos delincuentes como los usureros, como los estafadores, como los autores de abuso de confianza, que por lo general sí realizan delitos de grande entidad. Es frecuente que ellos tengan algún patrimonio con el cual pueden obtener rebajas considerables de la pena, sin que por esto demuestran su menor entidad de culpa, beneficiándose mediante el pago o indemnización, no con sentido de arrepentimiento, sino por pura conveniencia. Y esto es un privilegio que establece la ley..." (Gutiérrez)



rez Anzola.-"Delitos contra la propiedad".-Págs.---
213 y 214).

Debemos advertir que este beneficio está consagrado en relación con todos los delitos contra la propiedad, lo cual ha merecido algunas críticas, sobre todo al tratarse del robo, en el que interviene la violencia, que ha debido quedar excluido.

Antiguamente, en el régimen del código y aún en el Decreto Extraordinario No. 3000 de 1954, existía el arrepentimiento, traducido en retractación pública, para los delitos de injuria y calumnia. Pero en la actualidad y desde que entró en vigencia el D.S. No. 0271 de 1957, por motivos que no vemos muy claros, desapareció completamente. Comprendemos que se prestaba para muchas patrañas, pero en cuántos casos pudo ser el fruto de un sincero pesar, atendible dentro de la doctrina de la peligrosidad.

En las disposiciones que hemos copiado y comentado se encuentra, en el fondo, el arrepentimiento. Y no es otro el motivo para que la penalidad sea inferior.

El arrepentimiento puede ser anterior a la consumación (desistimiento) y posterior a ella. Este, a su vez, aparece antes de dictar sentencia o cuando, dictada ésta, el sentenciado está pagando pena. Oportunas para estos casos son las palabras de Carnelutti: "el arrepentimiento no es otra cosa que una condena de sí mismo, y la penitencia, una espontánea expiación. Se arrepiente quien reconoce

su pecado, y el reconocimiento o constatación del mismo es la condena" (Francesco Carnelutti.-"El problema de la pena".- Pág. 38).

- XII -

C O N C L U S I O N

Las distintas fases del iter criminis que hemos estudiado en esta parte deben entenderse como un todo que integra el fenómeno del delito. Ellas no son tan claras como para distinguir las en departamentos estancos, porque la realidad humana con su poliforme y abstrusa complicación no da jamás una matemática del acto del hombre. Las oscuras interioridades de la mente en relación con la actividad física, no dan cabida a una clasificación material exacta. Cuántas veces parece que el camino del crimen se acorta, saltando etapas. Y cuántas otras, estas fases se desdibujan unas en otras, produciendo una imagen informe que no es fácil catalogarla.

Para el classicismo penal se verá lo objetivo, lo tangible; para el positivismo, la relación psicológica delictuosa; para nosotros, la conciliación de las dos tendencias.

Ferri, en su admirable "Principios de De-

recho Criminal", concluye que "estas cinco fases deben valorarse también desde el punto de vista psicológico, como intención más o menos ponderada y como voluntad más o menos firme hacia la meta criminosa, así como desde el punto de vista causal, como mayor o menor potencia ofensiva (por habilidad y astucia o por insensibilidad moral) en el que --habiendo u omitiendo-- pasa de la idea delictiva a la consumación del delito con probabilidades mayores o menores de producir el resultado último"(Ob.cit.pág.497).

Definida nuestra posición en este problema, aceptamos la teoría ferriana. No podríamos hacerlo de otra manera, desde luego que aceptamos, como todos lo hacen, la relación intencional y causal del comportamiento humano con el hecho criminoso.

No nos detuvimos en las fases de los actos ejecutivos y consumativos, en cuyos campos batalla la tentativa, el delito frustrado, el delito imposible y el delito putativo, porque reservamos para ~~ex-~~ su estudio otra parte. De igual manera, dejamos para lugar distinto el examen del error.

SEGUNDA PARTE

INTERRUPCION

DEL

ITER CRIMINIS

SEGUNDA PARTE

INTERRUPCION DEL ITER

CRIMINIS

CONCEPTO

Normalmente la realización práctica del delito hace una curva a partir de la concepción mental, que se extiende hacia la vida física concatenando momentos psicológicos y materiales, alumbando por fin en el mundo de los hechos, llegando finalmente a lo que Carrara llamó "objetividad material y jurídica", ora en forma de chispano fugaz que salta instantáneo y violento desde la altura de la idea a la materialidad de la acción, ora a guisa de movimiento maduro y tardío, cauteloso y certero, que se elabora serenamente en la mente y se realiza fríamente en la consumación. Mas no siempre la acción criminal recorre todo este cami-

no sea a modo de circuito eléctrico sea a modo de ascender lento y mesurado. Como toda conducta humana, muévase la acción criminal dentro de lo temporal y lo espacial. Los actos, soldando eslabones, forjan la cadena de la conducta, pero esta conducta no siempre realiza toda la curva. Cuando ello ocurre surgen formas anormales de conducta delictuosa. (Frias Caballero.-"El proceso ejecutativo del delito".-Pág.59)

Si los actos encaminados a cometer un delito no escalan el término de la consumación esto se debe a las siguientes causas (Ferrá.-ob cit.-p.497):

- a) Desistimiento
- b) Aberratio delicti
- c) Aberratio ictus
- d) Circunstancias accidentales.

La primera y la última pertenecen a lo que debe entenderse propiamente como interrupción. Las dos de en medio las consideramos aparte, y, junto con el delito imposible y el delito putativo, las estudiaremos bajo el nombre de error en el iter criminis

Interrumpir, del verbo latino interrumpere, significa tanto como romper la continuidad de una cosa, hacer fallido el resultado de un intento, concluir antes de la consecución del fin.

Esto es lo que sucede cuando engendrada la idea criminal, pesada en la psiquis del hombre, exteriorizada por manifestaciones verbales, aparejados y dispuestos los medios para su ejecución e iniciada la obra antisocial, muere en los umbrales mismos de

llevarla a ~~su~~ su terminación. El delito alcanza a nacer, lanza su grito que le acredita su vida, pero su viabilidad se convierte en imposible cuando iba a acometer la fase final de su existencia. Ello tiene ocurrencia ya por motivos íntimos, por una luz en la conciencia del presunto delincuente; ora por temor a las mismas consecuencias del ilícito; bien por circunstancias ajenas a la voluntad del agente. En dos palabras, por causas voluntarias, asidas a la psicología individual, y por causas involuntarias, acunadas en parte diferente del propio hombre que se larga en la carrera antisocial.

Cuando la interrupción es voluntaria da origen al desistimiento; cuando es involuntaria, engendra la tentativa y el delito frustrado. Para seguir un orden, hablaremos a continuación sobre el primero.

SECCION PRIMERA

INTERRUPCION VOLUNTARIA

DESISTIMIENTO

Cumplidos los actos preparatorios, entra la acción en la fase de los ejecutivos. Es en esta parte cuando la ley positiva le concede efectos ju -

rídicos al arrepentimiento de llevar adelante el proyecto delictuoso. No significa esto que el hombre no pueda desistir de lo que se propone, con anterioridad a la ejecución. Todo lo contrario, ese fenómeno es - factible de que ocurra desde la fase misma del pensamiento. Pero, como esto no está al alcance de la vigilancia del Estado, solamente cuando el peligro es ya manifestación exterior peligrosa y toma el tinte de hecho externo unívoco dirigido al delito, entra la norma penal a considerarlo.

Desde el tiempo de los romanos ya se había concedido en algunos de sus textos la importancia del desistimiento espontáneo, aunque, justo es decirlo, no lo habían generalizado ni sistematizado.

Las Partidas también lo tomaron en consideración, y así encontramos las siguientes palabras:

"Pensamientos malos vienen muchas vegadas - en los corazones de los homes, de manera que se afirman en aquello que piensan para cumplirlo por fecho : et después deso asman que si lo compliese, que farien mal, et repiéntense. Et por ende decimos que qualquier home que se repintiese del mal pensamiento ante que comenzase a obrar por él, que non meresce por ende pena ninguna, porque los primeros movimientos de las voluntades non son en poder de los homes" (Ley 2, tít.- 31, Part. 7.- Diccionario de Joaquín Escriche).

Antes de seguir adelante queremos aclarar - que existe otra institución dentro del derecho penal - que recibe igual nombre. Es la que nuestro C. de P/P. la trata en el artículo 17 y el C.P. en su artículo -

102, en forma declarativa, y en otros artículos como el 23 del C.P.P. y 378 del C.P., en el proceso penal ejecutivo. De igual manera, para muchos existe una perfecta sinonimia entre arrepentimiento y desistimiento. Nosotros preferimos esta denominación para el grado de la tentativa, que es la que estudiamos aquí, y aquella para otros momentos.

Jiménez de Asúa ("La ley y el Delito".-Pág 520) llama "arrepentimiento activo" cuando el autor procura destruir o disminuir los efectos de su delito en los casos de consumación y de frustración, propugnando, como es general en el derecho moderno, por la atenuación de la pena para estos eventos y por la impunidad para el desistimiento.

El desistimiento no puede tener lugar o fundamento en circunstancias exteriores, independientemente de la voluntad de la víctima. Se deriva de una de las siguientes causas:

- a) Por miedo a que lo descubran;
- b) Por arrepentimiento;
- c) Por repugnancia física;
- d) Por horror moral;
- e) Por decepción (desprecio por el poco valor del objeto apetecido que encuentra y que iba a robar, p.e.)

Estas cinco causales las podemos reducir a un común denominador: repugnancia.

El miedo puede ser originado por motivos supuestos o reales. En todo caso, es interno. Al de-

cir reales no queremos decir circunstancias externas existentes, sino la posibilidad de que se presenten. Pero si el hecho -iniciación- ya se conoce, como sería una trampa para ultimar a un hombre, y posteriormente a ese conocimiento, por miedo, detiene su voluntad para tratar o conseguir que ~~se~~ no se produzca el resultado, creemos que no hay desistimiento. Existe entonces tentativa o delito frustrado, porque la ejecución ha empezado.

Sobre las causas del desistimiento el autor Franz von Liszt admite una teoría bipartita, muy aceptable y puesta en razón. Afirma que puede ser de origen utilitario (no conviene), o de origen romántico (no se debe). Cuando es por motivos morales lo llama "contrición criminal", y cuando es por motivos utilitarios lo denomina "atrición criminal" (Liszt.- "Tratado de Derecho Penal".-pág.54).

El primero atiende al interés personal, a la inoportunidad del hecho, al miedo provocado por la sanción penal sobreviniente que obra como coacción psicológica; el segundo, a normas éticas que operan como fuerzas inhibitorias en sensibilidades menos serdas. Para el primero están escritas las palabras de Giandomenico Romagnosi, anterior a Liszt:

"Cuando el malvado que proyecta un delito, ve en los horizontes del futuro vagar ante sus ojos la pobreza, la pérdida de su libertad o la muerte, que lo amenaza con inexorables y seguras consecuencias de su maldad, siente entonces que en su pecho se le enfría el calor de la pasión criminal. El interés que se deriva de la pena para omitir el acto,

al superar en fuerza al interés que lo invita a cometerlo, lo detiene y lo aleja de poner manos al crimen (Romagnosi.-ob.cit.pág.299).

Los autores alemanes, orientados por su teoría de la división de la tentativa en acabada e inacabada, establecen que el desistimiento tiene lugar:

1.- En la tentativa inacabada (desistimiento propiamente dicho y tentative), POR NO HABERSE CONSUMADO LA MANIFESTACION DE VOLUNTAD: cuando el autor ha desistido de la ejecución del acto proyectado. El autor deja caer el brazo, levantado para el golpe; no echa en el buzón la carta injuriosa, escrita por él, etc.

2.- En la tentativa acabada (delito frustrado), mientras la producción del resultado es dudosa, EVITANDO EL RESULTADO: la carta expedida por el correo, es reclamada durante su curso; el efecto del veneno es neutralizado por un contraveneno; etc. (Liszt, 21).

Tanto para la acabada como para la inacabada exigen el requisito de la espontaneidad.

El caso del desistimiento en la tentativa inacabada conlleva el haber puesto todos los medios para producir el efecto. Pero esto no cuenta en nuestro derecho, como tendremos oportunidad de estudiarlo más adelante.

En el desistimiento existe en el agente el deseo y el propósito de producir el daño, pero le falta constancia en las dos notas anteriores. Algún au -

tor afirma que hay deficiencia en la deliberación. Nosotros no nos aventuramos en tal hipótesis porque pensamos que la deliberación puede estar, en muchos casos, perfectamente madura y tener, no obstante, el fenómeno estudiado. No es seguro, pues, predicar de todo desistimiento la deficiencia que se anota.

Liszt apoda a esta figura con los siguientes nombres: "delito abortado", "fruto no logrado de un mal engendro", "abjuración práctica del dolo", "contrición y atrición criminal", "criminal impotencia", "delito muerto al nacer".

- II -

ESPONTANEIDAD - VOLUNTARIEDAD

El agente que "a causa de un movimiento espontáneo de su ánimo" detiene su paso antes de ~~una~~ los actos consumativos, demuestra, indudablemente, ser distinto al que persiste en su empeño hasta la culminación. Es por esto que se le debe dar -y de hecho se le da- en las legislaciones diverso tratamiento. Pero para que esto ocurra ha menester el cumplimiento de tres condiciones indispensables:

A- Debe ser espontáneo. Intimo, no supeditado a condiciones externas superiores a su voluntad e independientes de ella.

B- Haber iniciado el hecho delictuoso, esto es, estar en la fase de los actos ejecutivos, y

C- Tener la intención de cometer el delito.

Sobre la primera condición ha existido desde tiempo atrás una gran discrepancia. Para algunos se deberá exigir "espontaneidad"; para otros, en cambio, se acreditará la "voluntariedad". El proyecto — Ferri dice "espontáneamente". Nuestro código, "voluntariamente".

Al rededor de estos conceptos se tejen sutiles divagaciones. Para nuestro modo de entenderlos y remitiéndonos a la práctica, encontramos que éstas no pasan de ser discusiones bizantinas sin resultado objetivo. La diferencia ante los procesos penales no es sino literal, no de fondo, y, para el caso concreto, son palabras sinónimas, aunque gramaticalmente — tengan distinto significado.

PENALIDAD

Habiendo traspasado los linderos que separan los actos prepáuticos (impunes) de los ejecutivos (punibles), lógico sería que el que nuye del de —

lito incurra en la sanción aplicable a la tentativa. La razón de esta opinión se fundaría en que el hecho "no puede ya ser alterado, ni anulado por volver se atrás, ni desaparecer del mundo". Sin embargo, para muchos de los estudiosos de estas cuestiones, entre ellos el tratadista español Luis Jiménez de Asúa, puede la ley positiva, por razones de Política-Criminal, "construir un puente de oro para la retirada del agente que ya era susceptible de pena". Así se ha hecho, convirtiendo en causa extintiva de la pena el desistimiento espontáneo.

Siguiendo al erudito profesor citado, sabemos que algunos han sostenido (Geyer, Carnignani, Garófalo) que debe provenir el desistimiento de un impulso bueno, para que la tentativa permanezca impune; otros (Beccaría, Ortolan, Carrara y Fesina) creen que es suficiente que el desistimiento sea voluntario, aunque provenga de un motivo interesado, como el temor al castigo. "Esta última parece ser la doctrina más cierta, pues como dice Alimena el desistimiento es siempre bien acogido, aún tratándose del provocado por el miedo a la pena, pues no puede menos de afirmarse que su función es sumamente extensa, cuando opera hasta en aquel momento fugaz en que el hombre levanta el brazo armado"(J.de Asúa.-ob cit.)(520).

Nuestro código no hace diferenciación alguna al respecto, cobijando por igual todos los casos.

Para Liszt quien se detiene antes de la consumación de un delito es digno de una sanción atenuada porque hay en él un "átomo de temibilidad

actual", aunque este átomo puede ser indicio de una "mayor futura temibilidad". No se descarta, así, que la peligrosidad es latente y que ella puede ascender progresivamente en el individuo que la lleva.

Para los clásicos, en caso de desistimiento, no hay punibilidad, pues el abandono voluntario constituye una negación de delito; la actividad criminal está negada por aquella otra actividad que impide llevar el delito a su fin. (S. Barrientos Restrepo. - "Elementos de Derecho Penal". - 289).

Ferri, fiel a los planteamientos de su escuela, se expresa de la siguiente manera:

"El desistimiento excluye la sanción repressiva (siempre que los actos realizados no constituyan por sí otro delito o una contravención) si demuestra que el delincuente no es peligroso o lo es en grado mínimo, en cuyo caso prevalece la idea utilitaria de no provocar la obstinada prosecución de la actividad criminal" (Ferri. Su ob. 598).

Por la lectura del párrafo anterior se deduce, de manera meridiana, que allí tuvo su fuente de inspiración el artículo 15 de nuestro código penal, que es el que trata sobre el desistimiento.

Dentro de una teoría exagerada de la peligrosidad podría pensarse que toda persona que desiste de un delito es igualmente punible, precisamente por ese rastro de temibilidad de que hablará Liszt. Pero, como ya lo vimos, la escuela de la defensa social, transige y propugna por la impunidad cuando el grado es mínimo o nulo.

Para aclarar el asunto estudiado ponemos dos ejemplos:

a) Un individuo, con la intención de robar, rompe la cerradura que guarda una casa, pero cumplido este acto de ejecución se arrepiente y no roba. Hé ahí un caso clásico de desistimiento, en el cual el autor responde por el daño material que ha causado, es decir por la ruptura de ese artefacto.

b) En los delitos contra la libertad y el honor sexuales cuando un individuo que ha tratado de realizar un delito de violencia carnal, desiste luego, voluntariamente, de consumarlo, después de iniciado, puede constituirse responsable de un delito de abusos deshonestos.

El artículo 15.— Comprenderemos mejor la inspiración netamente positivista de nuestra ley con la copia de su texto. Dice así:

Art. 15.— Al que voluntariamente desista de un delito iniciado, se le aplica solamente la sanción establecida para los actos ejecutados, si éstos constituyen por sí mismos delito o contravención”.

Este artículo resuelve dos cuestiones, a saber:

1a.— Declara la punibilidad de las acciones ya efectuadas, y

2a.— Declara que el desistimiento del autor no aprovecha en su impunidad al coautor, instigador, ni cómplice.

Conforme a lo anterior, la exención de pe-

na es válida únicamente en razón personal del agente, pero no extensiva a los otros. Y a contrario sensu, el desistimiento de los otros no aprovecha a la persona que no haya desistido. Para ellos deberán aplicarse las reglas establecidas en lo referente a la complicidad, y la graduación de las penas irá en directa relación con la mayor o menor complicación en los actos delictivos. Por entrafar problemas sobre la cooperación en el delito, que nos distraerían del tema central de nuestro trabajo, lo dejamos únicamente planteado sin llegar a una exhaustiva solución.

Recalcamos que sólo desaparece la pena del acto intentado, pero no la punibilidad de otro delito consumado, que tal vez se produce por la tentativa. En este caso ocurre lo que los dogmáticos alemanes han designado con el nombre de "tentativa calificada" o "tentativa desistida". En este orden de cosas no estaría desacertado decir que el desistimiento, cuando los actos no son punibles, es un desistimiento simple para dejarle la denominación de "desistimiento calificado" cuando los actos realizados son por sí mismo delito o contravención.

En los delitos culposos y en los instantáneos.— Teniendo como presupuesto del desistimiento la existencia de la intención, queda descartada toda posibilidad en los delitos culposos, porque es de la esencia de estos la falta de dolo.

De igual manera ocurre en los delitos instantáneos, en los cuales los actos ejecutivos se confunden e identifican con los consumativos. No puede

por tanto, darse, por ejemplo, el desistimiento en la injuria, ya que si éste existiera sería en la conciencia del hombre, y saliendo del seno de la conciencia, mediante manifestación oral, el hecho ya es delito.

Una suposición.- No tenemos mayores elementos de juicio para hacer una afirmación. Pero con temor de incurrir en error lanzamos la siguiente hipótesis: En Colombia se tiene en cuenta muy poco el desistimiento. Los funcionarios judiciales, encerrados en su ángulo unilateral de justicia, no lo consideran o no le dan la importancia humana que se merece. Por atacar el crimen, se, uramente pasan su vista por encima del artículo 15, para dar aplicabilidad al castigo más fuerte que impone la tentativa (art. 16).

La presente duda la formulamos en vista de haber revisado los nueve tomos del "Diario Jurídico" dirigido por eminentes juristas colombianos, y no encontrar ni una sola jurisprudencia al respecto, pese a que en esta publicación se dan a conocer las más importantes, originadas ya en la Corte Suprema de Justicia y ya también en los Tribunales Superiores y Juzgados del país.

SECCION SEGUNDA

INTERRUPCION INVOLUNTARIA

Título 10.- TENTATIVA

Arduo y complejo es elucidar en la extensa área del proceso ejecutivo del delito lo que los criminalistas, desde hace varios siglos, han denominado con el nombre de tentativa. Para ojos profanos es absolutamente sencillo resolver este problema, pero a medida que se ahonda en él van apareciendo puntos oscuros y mediastintas borrosas que complican indefinidamente su definición. Muchas páginas de profundo contenido jurídico se han escrito con el fin de aclarar tan vasto tema del derecho penal.

La idea de la tentativa o conato criminal debe su origen a la ciencia jurídica del medioevo italiano. Para los criminalistas de esa época la tentativa es la relación de lo realizado con el resultado no producido, para el cual pidieron el castigo correspondiente, iniciando desde entonces la teoría de la atenuación para tal hecho.

DEFINICION

Carrara la define en los siguientes términos:

"Defino la tentativa (conato, atentado) como cualquier acto externo que por su naturaleza conduce unívocamente a un resultado criminoso, y que el agente dirige con explícita voluntad a ese resultado, pero al cual no le sigue el mismo evento, ni la lesión de un derecho superior o equivalente al que se quería violar".

"También puede definirse como un hecho humano antijurídico y perturbador de la tranquilidad de los ciudadanos, que por su naturaleza estaba en capacidad de producir la lesión de un derecho ulterior más importante que el que fue violado por el mismo hecho, y que estaba dirigido por el agente, con intención determinada y perseverante, a la lesión del derecho que no resultó violado, sino solamente puesto en peligro." (Carrara.-"Programa de Derecho Criminal".-Pág. 246).

Ferri, jefe de la escuela positivista, dice:

"Objetivamente, la tentativa o conato criminoso es un delito material y jurídicamente perfecto;

Subjetivamente es una manifestación suficiente de la peligrosidad del criminal".

No es la anterior propiamente una definición, pero es un acerto que cabe dentro de esta parte de nuestro estudio.

Franz von Liszt, abanderado de la escuela de la política criminal, define la tentativa de la siguiente manera:

"La tentativa de delito es la manifestación de voluntad dirigida a la ejecución del hecho" (Liszt.-ob.ct.,3)

Según este autor la esencia reside en la relación de lo realizado con lo acontecido. "Esta relación debe darse subjetivamente en el dolo del autor, en su temibilidad..." y debe darse objetivamente en la posibilidad, bien de la producción del resultado, bien de la existencia o producción de los demás caracteres esenciales del hecho, por consiguiente, en el carácter periglioso del acto"(ibidem).

Siendo la Escuela de la Política Criminal partidaria del justo medio en el estudio del derecho penal, se aparta del positivismo en muchos aspectos, para tratar de fundir los postulados de éste con los de la escuela clásica, esto es que considera el delito y la represión tanto desde el punto de vista jurídico, como desde el punto de vista social (L.C.Fórez.-"Nuevas bases....,42). Creemos que en este aspecto coincide con Ferri, ya que éste hace radicar la esencia de la tentativa en el carácter periglioso de la manifestación de voluntad. Se aparta, eso sí, en cuanto a la objetividad del resultado, puesto que para el positivismo lo más importante es el delincuente en sus caracteres subjetivos

Antes de seguir adelante debemos advertir que Liszt extiende el nombre de tentativa a todas las etapas o grados del delito, comprendiendo bajo esa denominación al delito frustrado, al delito consumado, al delito imposible, al delito agravado. A éste lo llama "superada tentativa".

Con esta aclaración se puede comprender mejor la definición anteriormente transcrita.

Jiménez de Asúa afirma:

"El hecho externo va dirigido claramente a conseguir la objetividad jurídica del delito, pero sin llegar a lesionarla, el acto se llama ejecutivo, y la figura que da lugar se denomina tentativa. Sintéticamente se la puede definir como la ejecución incompleta de un delito" (J. de Asúa.-Su ob. pág 509).

Romanosi, al tratar de los límites precisos de la tentativa, se expresa en la forma que sigue:

"Cuando el delito es sólo pensado o deliberado, no es aún intentado; y cuando se han llevado a su término, no es simplemente tentado, sino consumado.

"Por tanto, el espacio que puede ocupar la tentativa, cuando más se extiende entre la deliberación y la consumación del delito. Comienza con el primer acto con que se principia a efectuarlo, y se detiene, por decirlo así, al borde del último

acto que da cumplimiento al delito"....."La tentativa es la ejecución incompleta de un delito" (Rognagno si.-Ob.cit., 257).

Objetiva y subjetiva.- Los clásicos dividen la tentativa en objetiva y subjetiva. La primera es el delito incompleto, o el delito autónomo, según los autores; la segunda, está integrada por la intención. Pero ninguna de estas dos tendencias considera al delincuente en su peligrosidad como la escuela positiva, porque para ellos el delito es un ente jurídico. De allí que la tentativa sea considerada netamente como una realización más o menos incompleta de una "entidad jurídica", con existencia real y propia y peligro equiparado al daño. Bajo estos principios, la tentativa es idónea, o es inidónea. Para la segunda, declarar la impunidad en igualdad de condiciones a los actos meramente preparatorios, de sayo equívocos; para la primera, propugnan por el castigo atenuado.

Esta cuestión de la idoneidad merecerá estudio aparte, por lo cual no nos extendemos en ella hasta el momento oportuno.

El daño y la peligrosidad.- El daño es indispensable en el concepto de los clásicos, para que se dé el delito. En la tentativa no se ve el daño. El insigne maestro Carrara, que incrimina la tentativa, encuentra el expediente adecuado para hacerla punible, sustituyendo ese elemento por el riesgo corrido, y basando en éste toda su teoría de la tentativa criminal. "La sociedad, dice, es presa del mismo terror y sobresal-

to que causa el delito consumado. La tentativa, que pone en peligro la seguridad, produce un daño político, al cual se pone remedio político con el castigo de aquél "cuyos propósitos sólo faltó el favor de la fortuna" (citado por Barrientos Restrepo. Ob. cit., pág. 261).

El peligro corrido viene a constituir el resultado. No se produce, por ejemplo, la muerte del sujeto en el conato de homicidio, pero se altera el mundo exterior, "lesionando la seguridad, la tranquilidad de la víctima".

En cambio, para los positivistas el fundamento de la imputación de la tentativa es la peligrosidad demostrada en el agente. La circunstancia de no consumarse el delito por hechos ajenos a la voluntad, no la amengua en nada, y el autor no tiene por qué aprovecharse de ella.

TEORÍA DE LA TENTATIVA COMO CAUSA DE
ATENUACIÓN DE PENA

La Escuela Dogmática tiene a este respecto una teoría, que la consideramos de mucha importancia. Para ser más exactos en su explicación nos permitimos transcribir las propias palabras de su autor, Max Ernesto Mayer, tomadas de la obra de Jiménez de Asúa (pág. 508):

"Existen, dice, dos de estas causas (se refiere a las "causas de extensión de la pena"): la tentativa y la participación. Bajo el nombre de --- "causas de extensión de la pena" -concepto hasta ahora no empleado-, entendemos a aquellas circunstancias que fundamentan la tipicidad de una conducta - por atribuir a las características de los delitos - una validez que excede de su extensión conceptual. Por tanto, se amplía el concepto delictivo plasmado en la parte especial (o en una de las leyes especiales), en tanto que su zona límite en determinada extensión se hace caer bajo una pena legal abstracta; se sanciona la acción que radicando fuera del - estafar mismo, inicia la estafa, o la que fuera del hurtar en sí, determina el hurto.

"Los preceptos legales que realizan esta ampliación se encuentran en la parte general, y serían superfluos si la parte especial en cada uno de los tipos recogiera, al lado de las características específicas, las generales no distintivas del delito concreto, v.g.: describiendo en la estafa, además de la acción de engañar, etc., la cooperación - al acto de engañar; pero tal procedimiento no sólo sería farragoso, y por tanto deficiente desde el punto de vista técnico, sino que se opondría a la fijación de penas legales abstractas diferenciadas, y por ello es lógico que suscitara serios reparos en el orden material. De ello se deduce que el concepto de la causa de extensión de la pena no sólo ofrece una importancia que se corresponde con la división en parte general y especial, sino que más bien contiene una referencia a las diferenciacio- nes de culpabilidad. La realización completa de un -

tipo por un autor es, desde el punto de vista lógico, el caso normal; la producción en forma de tentativa, así como la coincidencia de varias personas, representan desviaciones del caso normal que exigen una valoración propia".

- III -

LA TENTATIVA, DELITO AUTÓNOMO

En vista de las graves dificultades que ofrece la tentativa como grado de ejecución del delito, han existido tratadistas que han querido infundirle vida autónoma. Esta figura, entonces, se presentaría con todo su vigor sin subordinación ninguna a otros tipos delictivos. Viene a ser esta teoría el extremo opuesto a la anterior, ya que no habiendo adecuación a un delito tipo determinado, o ella no existe para la acción punitiva, o toma cuerpo de delito autónomo. En esta última dirección se han pronunciado no pocos autores ante la inmensa red que toca desanudar para esclarecer el intrincado problema. Entre los sostenedores de tan peregrina idea se citan a Dacellati, Civoli, Massari, etc. y aún Rocca, quien estudia en forma tan detenida esta figura.

Pero la solución del conato criminal en la forma antes dicha, necesario es decirlo, es una pre-

puesta desesperada y empírica, sin fundamento científico sobre el cual se sustente. La tentativa quedaría reducida a un delito con sustantividad propia en ciertos casos y equiparada a una contravención de policía en la generalidad. La tentativa de homicidio, por ejemplo, sería considerada tal vez como delito de lesiones personales o algo parecido.

Como hemos dicho, esta teoría no tiene asidero en la ciencia, ya que solamente el arbitrio del legislador podría hacerla realidad. Para que existiese como delito se atropellarían los elementos que éste requiere para su existencia, y se dejaría al capricho adscribirla a tal o cual figura. Por qué razón la tentativa de homicidio debe ser delito de lesiones personales? quizá por que algunas veces no se produce la muerte del sujeto pasivo y, en cambio, se detiene en las heridas sin carácter necesariamente mortal. Pero -preguntamos- esto ocurre siempre? La respuesta es rotundamente negativa, porque la diaria experiencia nos enseña que ella no es regla universal, y por lo tanto, no se puede, sin incurrir en gravísimo error, tomar como directriz algo que tiene acentuado carácter de casuismo. A esa precariedad no se le puede dar el grado de elevación que se le concede a la regla, ni aún siquiera para obviar lo engorroso de un planteamiento, que no merece, por otra parte, trato tan superficial.

Romagnosi la considera en forma bien distinta, y sólo tangencialmente afirma que toma el aspecto de delito autónomo. Sus palabras son las siguientes:

"Tomada, en sí misma, no acarrea otro daño-

que la amenaza de una lesión al derecho, y por tanto perturba la seguridad a que todos tenemos derecho de gozar en sociedad.

"Consiguientemente la tentativa es siempre punible, y da acción para exigir una garantía de seguridad.

"Pero considerada por este aspecto, constituye un delito autónomo, que entra dentro de la categoría de las amenazas".

Para nosotros, aunque la cuestión se plantee en la forma empírica, como lo han hecho los autores comentados, todavía no hay solución nítida. Queda aún el interrogante de saber cuándo los actos realizados constituyen tentativa, cuándo delito frustrado, cuándo delito imposible. Ante esa dificultad habría que darles a todos estos el tratamiento de tentativa, o sacar de esa clasificación la primera figura para tomarla aparte. Entonces caemos en un círculo vicioso, y la tentativa sigue siendo entidad dependiente por no poder sustraerla del resultado final. Esa dependencia nos lleva irremediablemente a que la tratemos como un grado del delito y no como delito mismo.

ELEMENTOS DE LA TENTATIVA

La tentativa, para tener el carácter de delictuosa, requiere los siguientes elementos:

1o.- Propósito de cometer un delito determinado;

2o.- Que comiencen a ejecutarse los actos que son propios y característicos del delito; y

3o.- Que haya una interrupción del conato para consumar el delito por una causa ajena a la voluntad del agente.

La H. Corte Suprema de Justicia, con base en el artículo 16 del C.P. colombiano, dice que la tentativa debe estar integrada por estos factores:

"a) Propósito de cometer un delito determinado; el propósito supone el concepto intencional de realizar, por medio de actos externos e idóneos un delito previamente tipificado en el código de las penas;

"b) Actos de ejecución en orden a realizar el fin propuesto; es decir, traducción o prolongación de la voluntad criminal al mundo exterior por medio de actos de ejecución que concretan el fin dentro de la esfera de consumación del delito, y

"c) Falta de realización material del hecho delictuoso, no dependiente del agente activo del deli-

to, sino de circunstancias ajenas a su voluntad.

"Cuando en la realización de un hecho determinado, agrega la H. Corte, se llenan los factores que se dejan expuestos, surge la figura jurídica de la tentativa, pero, cuando falta uno de ellos, el pensamiento delictuoso puede transformarse o el hecho puede salirse de la órbita penal. Ni el propósito o la intención criminal, ni los actos de ejecución en orden al fin propuesto, ni la falta de realización del objeto perseguido por circunstancias ajenas a la voluntad del agente, independientes unas de otras, constituye la tentativa, es necesario que los tres factores se encuentren unidos para que se perfille esa figura" (Cas., 24 junio 1947, LXIII, 754, Ortega Torres, pág. 32.-"Código Penal y de P. Penal).

Más adelante tendremos la oportunidad de examinar si la idoneidad de que habla la H. Corte en la sentencia cuyos párrafos se copiaron anteriormente, es exigible o no. Por lo pronto, sostenemos que de acuerdo con la legislación actual no es necesaria para configurar la tentativa.

Primer elemento.- LA INTENCION.-

La intención de la ejecución del delito, o sea el dolo de consumir, no sólo entra esencialmente en la noción de tentativa, sino que debe ser característica fundamental, aunque no sería exacto afirmar que tenga especialidad en la tentativa. Lo -

mismo existe en el homicidio intentado que en el consumado. De allí que pueden darse todos los demás requisitos, pero si éste falla, no es punible. Es por eso que en los delitos culposos sea imposible que aparezca.

Repetimos que esa característica fundamental es no la sola idea criminal, sino el dolo de consumir. Si alguien seriamente sólo tuviera el dolo de causar una tentativa, quedaría impune; un dolo de tentativa no es "dolo" (J. de Acuña.-Cita de Frías Caba-llero.-"El proceso ejecutivo del delito".-pág.41).

No se da la tentativa en los delitos culposos porque no se puede intentar un delito sin haberlo pensado y deliberado antes, aunque muy bien se puede pensarlo y deliberarlo, sin poderlo o quererlo intentar. Si no existe el ánimo doloso, no hay voluntad de delinquir: falla el primer elemento.

La tentativa, pues, se distingue del mero propósito, porque necesita que la voluntad se exteriorice por medio de actos externos. El propósito es el motor, pero en tanto que éste no trasmite sus órdenes al músculo y éste no actúa, no hay obra. Y no habiendo obrado, de consiguiente, no hay tentativa. Pero al propio tiempo que se distingue del mero propósito o intención, también se diferencia del delito consumado, porque en éste se llega a la "tierra prometida", al paso que aquella se queda "a las puertas de la tierra prometida". Es por esto que nuestro código vigente exige, sabiamente, que el agente dé principio a la ejecución.

Por la misma razón, como lo afirma Romagnolo-

si, "todo lo que se dice de la tentativa en relación con la voluntad, y viceversa, se aplica por identidad de razón a la ejecución completa del delito, ya que en aquella no falta sino el último acto que distingue la consumación de la tentativa" (Romagnosi. - Ob.cit.pág. 261).

Frías Caballero, notable criminalista argentino, en su obra "El proceso ejecutivo del delito", dice a este respecto:

1o.- El dolo de la tentativa no es más ni menos que el dolo correspondiente al delito consumado.

2o.- La culpabilidad nada tiene que ver con el deslinde de tentativa y actos preparatorios.

3o.- La culpabilidad es importante como cuestión previa al deslinde, pero el juicio de culpabilidad es, en sí mismo, cosa ajena a la determinación del proceso ejecutivo por ambos extremos. La importancia de la culpabilidad estriba en señalar el tipo concreto y especial, respecto del que se ha de determinar el comienzo de la ejecución.

4o.- Esta distinción entre la faz objetiva y subjetiva se asienta en la exigencia legal del comienzo de ejecución establecida en el Código.

5o.- Es viciosa toda pretendida solución del problema que trate de resolverlo desde el plano subjetivo.

Como acertadamente lo apunta la Corte Suprema de Justicia, los tres factores que integran la

tentativa deben estar indisolublemente unidos y, por tanto, es muy claro que la fase subjetiva no es la que ha de dirimir de una vez por todas el problema en mención. Pero es indudable que las dos condiciones subsiguientes son a modo de líneas perpendiculares que caen sobre la horizontal de la intención o propósito. De tal suerte, que éste debe ser el punto inicial de toda averiguación en torno a un caso dado de tentativa. Lamentable trabajo el del funcionario que la erradique con el absurdo propósito de encontrar únicamente el elemento objetivo.

En resumen, se ha de examinar específicamente el dolo del respectivo delito intentado, teniendo en cuenta el catálogo o clasificación que haga el código penal. Si aparece que el agente obró solosamente, tenemos el primer criterio para juzgar que hay una tentativa punible. En seguida, será preciso acopiar elementos de juicio sobre los restantes requisitos.

Segundo elemento.- COMIENZO DE LA EJECUCION

Aquí es donde la acuciosidad debe llevarse a máximos extremos. Teóricamente es muy fácil saber cuándo el acto es ejecutivo y cuándo es preparatorio. Con la teoría de la univocidad de Carrara, se despeja la incógnita, pero ojalá que élla sirviera, por sí sola, para delimitar precisamente los campos de acción en la práctica. Se ha dicho que el comienzo de la ejecución es el umbral de los actos-

consumativos. Y esto significa que para que ella exista es necesario que recaiga ya, de manera inequívoca, sobre el sujeto pasivo de la infracción inminente. Debe, por tanto, ser acción inmediata a la consumación del delito. Cuanto más se aleje, tanto más remota. Y tanto más remota, va perdiendo el propio colorido de la ejecución inherente al delito, para tomar el del acto simplemente preparatorio.

De todos modos, se ha de precisar que lo realizado tienda, con fuerza eficaz, a la culminación del iter criminis. El último paso de los actos preparatorios debe ser el primero de los consumativos, y si esto no acontece, no hay tentativa criminosa: queda en la zona de las acciones impunes.

Al decir nuestro código en el artículo 16 "diere principio a su ejecución", deben ser actos que indican nitidamente la objetividad del delito y que revelan al propio tiempo en el agente la intención de cometerlo, pero que, por circunstancias ajenas a su voluntad, no se realiza. "El hecho constituye la objetividad material y jurídica del delito, y, claro está, la responsabilidad del delincuente comienza cuando su intención dolosa se manifiesta en actos externos que indiquen que está ejecutando un designio delictuoso" (Gómez Prada. - "Derecho Penal Colombiano". - Pág. 167).

Tercer elemento.-

INTERRUPCION DEL CONATO

CIRCUNSTANCIAS INDEPENDIENTES DE LA VOLUN-
TAD

Las circunstancias ajenas a la voluntad del agente son lo que subjetivamente distinguen la tentativa del desistimiento. En éste se detiene el delito por propia voluntad, o, como dicen los códigos, "voluntariamente" o "espontáneamente"; en aquella, por causas externas.

El proyecto Rocco se expresa: "circunstancias accidentales."

El Código Italiano de 1890 dice: "circunstancias independientes de su voluntad".

El Código Toscano (art. 46) decía: "por causas independientes de la voluntad y del modo de operar del agente" (Ferri, Ob. cit. 599)

Nuestro Código Penal, inspirado en los principios de la escuela positiva, emplea estos términos: "por circunstancias ajenas de su voluntad".

El proyecto Ferri expresa: "circunstancias accidentales".

De acuerdo con las palabras usadas por las legislaciones, entre éstas la nuestra, en ellas se comprende todas las condiciones reales y personales:

incidentes o condiciones materiales, acción de la víctima o de terceros, modo de operar, etc., que no solamente son el expediente para la explicación del efecto malogrado, sino también, y sobre todo, para valorar la mayor o menor potencia ofensiva del proceso.

Ya se diga "circunstancias independientes" o "circunstancias ajenas de su voluntad", o "circunstancias accidentales", de todos modos se entiende que ellas expresan un radio de acción diferente del sujeto. La idea criminal, el propósito, los actos preparatorios, los ejecutivos y la decisión final, son los de conseguir el resultado. Este no se produce, muy a pesar del acto que puso su actividad al servicio de la empresa criminal. El delito falló, pero subjetivamente ya se dieron los pasos en orden a su perfección; sólo que las circunstancias externas impidieron que la línea terminara. En la sucesión de puntos, únicamente faltó uno. Este uno encajó, no por falta de voluntad ni de persistencia en ella, sino porque algo o alguien impidió que se colocara.

Dentro de estas circunstancias es preciso examinar, aunque sea someramente, si ellas entrañan idoneidad en los medios, o, si por el contrario, quedan los medios excluidos como factores en la punibilidad del conato.

I D O N E I D A D.-Inidoneidad

Objeto de discusión ha sido el de si la idoneidad de los medios es un elemento que deba integrar el concepto de la tentativa. Para algunos autores es imprescindible que los medios sean adecuados a la producción del fin propuesto, ya que si ellos no tienen esa potencia, el hecho queda en un terreno extraño al derecho penal. Este criterio objetivo ha sido rechazado por quienes piensan que no es tan importante lo real cuanto el factor psicológico. Los clásicos acogen lo primero; los partidarios de la doctrina de la defensa social, defienden lo segundo.

Se entiende por idóneo lo conveniente, lo propio para una cosa. La inidoneidad comprende el concepto contrario. Así por ejemplo, un puñal es idóneo para producir la muerte de una persona; la corriente eléctrica de alto voltaje es idónea para el envenenar a una persona; el azúcar es inidóneo para envenenar a una persona; la estricnina en ciertas dosis es idónea para el homicidio calificado; el agua es inidónea para la intoxicación, etc.

Se pregunta, si el propósito criminal, sumado a la preparación del delito y al acto ejecutivo con que se lo empieza, es o no suficiente para la existencia de tentativa punible. Si se toma el hecho

sanción no menor de la mitad del mínimo de la señalada para el delito consumado".

El acta respectiva de la Comisión, refiriéndose a este artículo dice:

"Como se ve, la Comisión sintetizó en el primero de estos artículos los elementos que en el común sentir de los tratadistas de derecho penal constituyen la tentativa: principio de ejecución de un delito posible, idoneidad de los medios empleados, e interrupción de la ejecución del delito por circunstancias independientes de la voluntad del agente" (El subrayado es nuestro. - "La reforma penal en Colombia". - Tomo II. - Segunda parte).

El artículo 58 de la ley 109 de 1922, de corta vigencia en nuestro país, era absolutamente claro en la exigencia de la idoneidad. Pero esto no sucede con la disposición que actualmente rige la materia de la tentativa. El legislador suprimió esa parte, y lo debió hacer por algún motivo importante, no por mero capricho reformador. El asunto es de tanta entidad que no es posible creer que la supresión se deba a un motivo valadizo. Todo lo contrario, ella debió estar asentada sobre bases mucho más sólidas; seguramente orientada por caminos filosófico-jurídicos diferentes.

Habiéndose excluido el factor idoneidad del actual artículo 16 del C.F., no es explicable que la sapiente Corte tuerza por el atajo y recoja una doctrina legalmente derogada. Quizá en los años inmediatamente posteriores a la expedición de la ley

95 de 1936, pudiese existir alguna confusión al respecto, por estarse operando un período de transición en las instituciones jurídico-penales. Pero a once años de distancia (1947) y de estudio del código vigente, es un error ciertamente lamentable.

Para mejor ilustración no sobra copiar el artículo pertinente de nuestro estatuto penal. Sus términos son los que se expresan a continuación. Así se pueden comparar una y otra disposiciones con el consiguiente saldo:

Art. 16.- el que con el fin de cometer un delito diere principio a su ejecución pero no lo consumare por circunstancias ajenas de su voluntad, incurrirá en una sanción no menor de la mitad del mínimo ni mayor de las dos terceras partes del máximo de la sanción para el delito consumado.

El doctor Angel Martín Vázquez Abad, secretario que fué de la Comisión Redactora del Código de 1936, nos saca de dudas en el presente punto. A él acudimos, no solamente por su indiscutible autoridad en materias penales, sino también por su ingerencia personal en el grupo de eminentes juristas que prepararon nuestra ~~la~~ vigente legislación en materia de penas. Sus palabras, tomadas del "Tratado de Derecho Penal.-Doctrina y Jurisprudencia.-Parte General", son las que siguen:

"En efecto, al definir el Código la tentativa no incluye en ella las palabras "que por medio de actos idóneos" que incluía la fórmula de la anterior Comisión Colombiana, expresión ésta que la mis-

ma Comisión encontró, como lo dice el Acta transcrita, inspirada en el común sentir de los tratadistas, que integran aquella figura con estos elementos: --- principio de ejecución de un delito posible, idoneidad de los medios empleados e interrupción de la ejecución del delito por circunstancias independientes de la voluntad del agente.

"Uerrá ello decir, prosigue el autor citando, que el Código Penal vigente exige para la existencia de la tentativa: idoneidad de los medios empleados por el agente para consumar el delito o, en otros términos, "que tengan potencialidad causal, susceptible de producir el evento querido por el agente? La respuesta debe ser negativa, pues los elementos que integrar esa figura en la legislación actual son apenas: propósito de consumar un delito determinado; principio de ejecución del mismo; e interrupción de dicha ejecución por circunstancias ajenas a la voluntad del agente, a diferencia de la otra fórmula que incluía cuatro elementos, complementando los tres anteriores con la existencia de que los medios consumativos fueran idóneos, cosa que, se repite, no exige el Código vigente" (Pág. 90).

Por qué no habló de idoneidad el Código actual? Por una sencilla razón: por seguir los principios de la escuela positiva del derecho penal que tanto fervor habían despertado en Colombia. Es sabida que esta escuela propugna por la actividad psicofísica como medida o índice de valuación de la peligrosidad del delincuente, atendiendo de preferencia a éste antes que al propio delito en su objetividad.

Por lo consiguiente, no son necesarios para estas bases penales, que los medios sean o no idóneos, por que en una u otra forma el sujeto debe ser castigado en defensa de la sociedad a que pertenece.

"En la tentativa, como dice Garófalo, se ha manifestado la voluntad criminal, ya se hayan usado medios suficientes o insuficientes, y esto debe bastar para que, por regla general, se declare la punibilidad".

Iguals o parecidos argumentos fueron expuestos en la Comisión Redactora y recogidos fielmente por el autor a que hemos aludido.

De no haber fundamentado el artículo 16 en cimientos de esa naturaleza, no tendría razón el haberse sancionado el delito imposible, como lo está expresamente en el artículo 18, ya que en éste, sin la más ínfima duda, la idoneidad es nula.

Por otro lado, al decir el Código "cir -- circunstancias ajenas de su voluntad", sin ocuparse en absoluto de si ellas son idóneas o inidóneas, comprende los medios empleados para la iniciación del hecho malvado. Puesto que estos, por error o por ignorancia, pueden ser inadecuados al fin que se propone el agente, eso indica que no son de su voluntad, sino ajenas a ella. El que quiere envenenar y por equivocación suministra una sustancia inocua, no porque el medio sea inidóneo, ha intervenido voluntariamente en su escogencia: es porque por circunstancias ajenas de su voluntad no logra consumar el delito a que dió principio.

Si el criterio adoptado fuera el del delito como ente jurídico, la doctrina de la H. Corte tendría plena razón: la idoneidad no puede faltar. Pero si se mira la actividad psico-física, es necesaria la repro-
cción, a despecho de la inexistencia de ese concepto, porque allí se dibuja por entero el hombre temible.

Dos tendencias.- De lo dicho se deduce que en este problema hay dos tendencias: la objetiva que ve lo real, los medios, la idoneidad, y la subjetiva que estima la tentativa como la encarnación material de la voluntad delictiva. Estas dos direcciones abarcan, por igual, a todos los grados del llamado delito imperfecto.

La objetiva, prolijada por los clásicos, divide los actos ejecutivos en idóneos e inidóneos, pidiendo para aquellos la sanción correlativa, y para estos, la impunidad solicitada para los actos preparatorios. La inidoneidad, a su vez, es clasificada en absoluta y relativa. Absoluta, cuando por más que se repita jamás es eficaz, como sería el caso de matar a una persona por medio de exorcismos a kilómetros de distancia. Relativa, cuando tiene ocurrencia comúnmente, pero para el caso concreto no tiene eficacia, como sería el ejemplo de hacer ingerir una sustancia tóxica a una persona que es inmune a ella.

La escuela positiva, con Ferré a la cabeza, y sus seguidores, lo repetimos, afirman que "el acto-ejecutivo con el fin de cometer un delito" es la expresión clara y terminante de una personalidad delictiva, y, por tanto, aunque no sea idóneo no puede determinar la impunidad. Si la idoneidad es tan pre-

caria, puede haber menor peligrosidad, y, en la práctica llegar hasta el perdón judicial. (Ferri. Su ob. pág. 496).

En otros códigos no dudamos que se exija este requisito. Así lo inferimos porque el Derecho Penal no es una ciencia exacta. Ejemplo de ello, aunque no cristalizado en ley, es el proyecto Rocco de 1927, que expresaba: "El que realiza actos idóneos dirigidos a cometer un delito.....etc.". Pero en Colombia, esto no cuenta.

Para los eclécticos la relación de lo realizado con lo no acontecido, que es la esencia de la tentativa, debe darse subjetivamente en el dolo, y objetivamente en la posibilidad del resultado, acercándose más a la escuela clásica que a la positiva. (Liszt, 3).

TENTATIVA ACABADA Y TENTATIVA INACABADA

Los autores alemanes distinguen dentro del concepto unitario de tentativa dos clases: la acabada y la inacabada.

La tentativa inacabada se presenta cuando el acto de ejecución no está aún terminado.

La tentativa acabada ocurre cuando el acto de ejecución está terminado, pero no se han producido los caracteres esenciales del delito, especialmente, el resultado. En ésta se pueden presentar tres hipótesis, a saber:

a) La producción del resultado es dudosa; pero independiente de otra manifestación ulterior de la voluntad del autor: la herida pone en peligro la existencia; pero el desenlace es aún inseguro;

b) La producción del resultado es segura: la herida es absolutamente mortal, pero, por el momento, el herido vive aún;

c) La no producción del resultado es segura: la herida causada con intención de matar, es leve. Este es el caso del llamado delito frustrado. (Tomado de Franz von Liszt. - Su ob. cit. pág. 8).

Haremos en seguida un breve comentario a esta clasificación, teniendo en cuenta nuestra actual legislación y la doctrina a que ella se informa.

La tentativa inacabada es la que propiamente acoge nuestro código. Si es verdad que ella toma su forma porque el acto de ejecución no ha terminado, significa que se inició, pero que aún no ha conseguido su ejecución final. Esto es, que el hecho delictuoso no se ha consumado.

Pero creemos que aún hay que hacer una distinción, y es la siguiente: dentro del concepto de la tentativa inacabada bien puede darse la que no ha alcanzado su fin por uno de estos dos motivos: a) por desistimiento voluntario, y b) por circunstancias extrañas a la voluntad del agente. De tal suerte que no se puede identificar la figura que trae nuestra legislación con la que preconizan los juristas germanos. En síntesis, desistimiento y tentativa son dos especies diferentes pertenecientes a un mismo género: la tentativa inacabada.

En relación con la tentativa acabada opinamos que ella no da lugar a equívocos. Si los actos ejecutivos se han realizado, pero circunstancialmente no han sido efectivos para la consumación del delito, estamos frente a una frustración criminal, o, como lo llaman también los alemanes, ante una ejecución sin resultado. Más claramente, ante un delito frustrado.

En cuanto a las diversas hipótesis de la tentativa acabada, hemos de referirnos a su debido tiempo, no sin antes dejar consignada nuestra opinión

de que ellas tienen referencia tanto al delito frustrado como al consumado.

La tentativa, manifestación externa de voluntad criminal.-No seguimos adelante sin dejar la constancia de que la tentativa es para Liszt una manifestación externa de la voluntad criminal, - traducida en actos, y que bajo ese principio, toma e se nombre la actividad desarrollada, desde el desistimiento hasta la consumación. En este orden de cosas, y en forma ascendente se tienen las siguientes clases de tentativa, según el autor mencionado:

- 1a.- Tentativa desistida (delito abandonado).
- 2a.- Tentativa insuficiente (delito tentado)
- 3a.- Tentativa absurda, e inidónea (delito imposible).
- 4a.- Tentativa fallida (delito frustrado).
- 5a.- Tentativa lograda (delito consumado).

Con respecto a la consumación, la primera es inintenta; la segunda, incompleta; la tercera, imposible; la cuarta, inefectuada, y la quinta, e -
fectuada.

FUNIBILIDAD DE LA TENTATIVA.--Fundamento

No siendo la tentativa un delito autónomo, debe aplicársele a sus autores una pena, o prescindirse de ella? Desde tiempos muy antiguos se resolvió este asunto en un sentido afirmativo, tomando como fundamento diversas razones. Las Partidas imponían castigo, el derecho francés también, el germánico igualmente.

Enrico Ferri, en su formidable obra "Principios de Derecho Criminal", distingue tres tendencias a este respecto: a) Objetiva; b) Subjetiva, y c) De la defensa social.

"Con la teoría objetiva, dice, se materializa la justicia penal, dando un valor casi tiránico a los resultados materiales y exteriores de la acción humana y beneficiando sí incluso a los delincuentes más peligrosos, por virtud de los meros accidentes fortuitos que les son favorables (delito frustrado); con la teoría subjetiva se espiritualiza unilateralmente la justicia penal, dando un valor ~~es~~ tiránico a la sola intención del delincuente y separándola de su actividad exterior y de la personalidad de aquel"

En la escuela positivista.-- Más adelante -
pasa a explicar la teoría de la defensa social, que --

puede concretarse así: considerando el delito como un hecho ~~mas~~ natural y social, y en lo que respecta a la defensa social, como síntoma de la peligrosidad del delincuente, es lógico sostener que la tentativa del delito es ya una manifestación perfecta y concreta de la personalidad antisocial de su autor. Pero la consumación jurídica y el agotamiento material poseen un valor complementario para precisar la peligrosidad del sujeto activo (Ferri, su ob., 597).

Afirma luego que la peligrosidad o antisocialidad de un hombre puede determinarse con arreglo a los caracteres de su personalidad en referencia a su conducta social, incluso antes de que cometa o haya intentado cometer un hecho punible. Como se puede apreciar, extiende su concepto a campos ilimitados que no son susceptibles de distinguirse por los jueces en un caso dado. Pero entonces, para obviar tan inmensa dificultad, dice que es preciso atenerse, por lo menos, a la tentativa de cometer un delito.

"La tentativa de delito constituye, por tanto, el mínimo de actividad antisocial necesario para que se pongan en movimiento los engranajes de la justicia penal, porque -bien como "conato próximo" bien como "conato remoto"- constituye con la agresión contra el Derecho, la manifestación positiva de una personalidad criminal" (Ferri, Ob.cit., 597).

Podemos resumir lo anterior: la sanción del autor de tentativa depende, de acuerdo a esta escuela del derecho penal, de los actos externos en relación directa con la peligrosidad que se manifiesta en ellos.

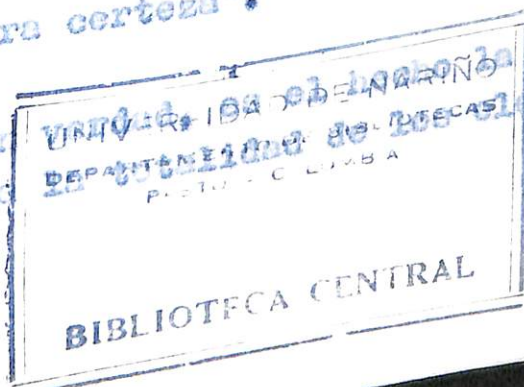
El positivismo concilia en forma acertadísima las tendencias objetiva y subjetiva, tomando de una y de otra las nociones más apropiadas a la defensa de la sociedad.

En la escuela clásica.— Interpretando restrictivamente las teorías de la escuela clásica en relación con el delito, no sería posible sancionar al autor de tentativa, porque en ésta no se produce el daño en forma material. Pero el gran maestro Carrara, consciente de que es preciso reprimirla, le encuentra base. Busca el dato en el riesgo corrido, aunque real y objetivamente aquel no se haya producido, porque el "riesgo" en un momento dado —son sus palabras— "existe verdaderamente como un hecho, no "un peligro de mera previsión".

Otro adalid del clasicismo, Romagnosi, asienta la punibilidad en el temor que infunde injustamente y en la agresión, común para la tentativa y el delito. "Será necesario, dice, y, por lo tanto, justo someter la tentativa a pena por la misma razón por que a ella se somete el delito (285).

Pero, de todas maneras, es el delito y no el delincuente el que adquiere, en la escuela clásica importancia excepcional. "El hecho, dice Carrara, debe ser el único criterio para definir el título del delito, porque es el único acto en donde la justicia encuentra certeza".

Y esta materia en que está contenida esta obra se encuentra en los documentos del do-



que daño privado, no material inmediatamente, aunque sí mediato. No por lo indirecto, objetivamente hablando, menos efectivo.

En nuestro código.— El código penal colombiano, en esta materia, está creado a imagen y semejanza de las tesis de Ferri. En este sentido, se apoya en la materialidad del hecho intentado y en la peligrosidad del autor. No otra cosa se deduce de una interpretación sistemática de las disposiciones pertinentes.— Al efecto, léanse los artículos 16 y 36 de la obra citada, y con mayor detenimiento el último que es el que orienta, en cuestiones de penalidad, toda nuestra legislación. Su letra es la que sigue:

"dentro de los límites señalados por la ley, se le aplicará la sanción al delincuente, según la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, los motivos determinantes, las circunstancias de mayor o menor peligrosidad que lo acompañen y la personalidad del agente".

De su lectura no puede sacarse conclusión distinta a la que hemos expuesto.

GRADOS DE PENA

Ha existido discrepancia en la aplicación de la desimetría penal para la tentativa. Hay quienes proponen por una igualdad con el delito consumado, tesis que es atacada por la mayoría al pedir la atenuación.

El código de Napoleón de 1810 establece igualdad de pena para la tentativa que para el delito consumado, dejándole facultades al juez para que, discrecionalmente, haga la determinación concreta entre un máximo y un mínimo.

Los criminalistas clásicos y los neo-clásicos sustentan la aplicación de una pena menor en todos los casos de tentativa. En idéntica forma se pronuncian la mayor parte de los códigos contemporáneos.

Los positivistas sostienen que las sanciones represivas del delito intentado pueden ser iguales que para la consumación, pero no como regla absoluta sino con arreglo a la peligrosidad y a las circunstancias reales y personales que se den en cada caso en particular.

Nuestro código acepta la atenuación de la pena, siendo "no menor de la mitad del mínimo ni mayor

yor de las dos terceras del máximo". Deja, pues, como lo hace también en ~~este~~ todos los tipos delictivos, a la discreción del juez la correspondiente dosificación, quien ha de guiarse por lo establecido en el artículo 36, que ya tuvimos oportunidad de transcribir y comentar en líneas generales. Pero nunca llega a una ecuación entre la tentativa y el delito consumado.

Otros códigos abandonan la figura de la tentativa, tal como la consideramos nosotros, y funden en una sola el delito frustrado y aquella. Ejemplo típico de esto es el alemán de 1870, en el cual la tentativa es o acabada, o inacabada. Asimismo el proyectoocco no distingue el delito intentado del ~~del~~ delito frustrado y deja al juez que valde la acción realizada por el delincuente como manifestación de la mayor o menor peligrosidad de éste; y, en consecuencia, lo faculta también para aplicar en los casos que serían de delito frustrado una sanción igual a la establecida para el delito continuado (Ferrri, 599).

Sobre la penalidad en el delito frustrado, veremos cómo nuestro código hace diferencias bastante notorias en relación con la tentativa.

UNA LEGISLACION AUDAZ

Muy novedosa y audaz es la legislación rusa en tratándose de la tentativa. Por esto no queremos pasar por alto el régimen a que se somete a los autores de esta figura.

El Código ruso tiene como punto de partida en esta cuestión la teoría positivista de la peligrosidad, pero dando un vuelco total al pensamiento universal en lo referente a su aplicación como presupuesto de la responsabilidad, da un paso extremadamente audaz, de verdad sorprendente.

En efecto, la "nota" del artículo 60. del Código ruso de 1926 expresa que "no se considerará como delito el hecho que, a pesar de reunir formalmente las características de uno de los artículos de la parte especial de este código, careciere de peligrosidad a causa de su insignificancia claramente perceptible y de la falta de consecuencias dañosas".

Jamás tuvo tanta audacia el principio del estado de peligrosidad. La tipicidad, originada en la mente alemana y extendida con la mayor aceptación en toda la extensión del globo, no cumple en la ley soviética sino una función puramente secundaria, si se ha de tener en cuenta la disposición antes transcrita. Ya no es la ratio essendi de la antijuridicidad, ni siquiera indicio de ella; cumple, por el contrario, un papel simplemente descriptivo cuya importancia se ha

de valorar casi arbitrariamente por los encargados de la administración de justicia.

Con principio de tal naturaleza la ley penal se torna extraordinariamente benévola para cierta calidad de personas, corriendo el riesgo de perecer la formidable conquista de la legalidad de los delitos.

En relación a la tentativa tenemos el siguiente comentario:

"El nuevo Código Penal ruso, dice Grosinski, equipara los actos preparatorios a la tentativa. El C. P. de 1922 sólo se refería a la tentativa castigándola con la misma pena del delito consumado; los actos preparatorios no eran punibles y sólo podrían traer como consecuencia el destierro o la prohibición de desempeñar una profesión determinada. El C. P. de 1926 establece iguales medidas de defensa social para los actos preparatorios y la tentativa, que para el delito consumado (art. 13). El nuevo C. P. silencia el delito imposible, como ocurría en el C. de 1922; pero la doctrina y la práctica de los tribunales, son del parecer de que el delito imposible demuestra la peligrosidad del autor y por ello la tentativa inidónea debe acarrear las mismas medidas de defensa social que la tentativa ordinaria" (Cita tomada del "derecho Penal Soviético".-Jiménez de Asúa.-pág. 86).

LA TENTATIVA Y EL DELITO DE IMPETU

Dentro del estudio de la tentativa se presenta un problema que es preciso enfocar, y ~~est~~ cuya solución ha originado opiniones contrapuestas. Se el referente a la averiguación de la existencia o inexistencia de esta figura en los delitos originados por ímpetu.

En una acepción común el ímpetu no es otra cosa que la acción precipitada y violenta de una persona.

En sentido científico es la reacción derivada ya de la cólera, ya de la pena o dolor. Pero es también un estado psicológico especial que requiere instantaneidad. Pero este carácter puede no estar aislado, es decir, independiente de causas antecedentes. Su origen es susceptible de ser la súbita representación de una afrenta, de una humillación, inclusive no reciente, provocada de nuevo, aún por pequesísimos incidentes. Un saludo irónico o tomado como tal, una mirada de soslayo, pueden despertar el recuerdo de una videncia, de una agresión, o de una vieja injuria, y volver a provocar la ira o el dolor y convertirse así en causa de una injusta provocación, al decir de Florián (Véanse notas de Gutiérrez Anzola.- "Delitos contra la vida y la integridad personal" Pág. 212).

De tal suerte que la reacción súbita no en to-

dos los casos es absolutamente inesperada, ya que esa base emocional de que hemos hablado es la escala a la que falta un peldano, es la copa que requiere solamente una gota para llenarse y rebotarse. No se entienda, sin embargo, que eso es lo general. No. El arrebatado, si bien es cierto se produce muy distintamente en cada psicología, según la estructura temperamental y caracteriológica del individuo, no siempre tiene causas endógenas originadas en un lastre dejado por un hecho anterior e inmediato provocado por el sujeto pasivo - de la reacción impulsiva. Muchas veces ésta se genera repentinamente, en forma brusca e inesperada, al caer de la ira incoercible que, como un huracán, se lanza contra la víctima.

Los estados afectivos de pasión y sentimiento, estallan en un raptus emocional. Es la emoción simple la que impone la dinámica del delito.

No se puede desconocer que la pasión es producción arrebatada. Y que durante el tiempo en que se gesta puede estarse atirgando la idea y la deliberación de un delito. Gaitán, en su teoría sobre la premeditación, hablaba de los tipos premeditados pasionales. Ahora bien, la pasión ante un estímulo dado irrumpe con violencia, con ímpetu, siendo posible que el iter criminis haya estado dando sus pasos. En cambio, la emoción es súbita, instantánea, pasajera y repentina; es una reacción que corresponde a una excitación inmediata, que impulsa la voluntad en una dirección definida, sin tiempo para medir sus efectos.

Hablamos, se entiende, de una persona normal -relativamente normal, porque la normalidad abso-

luta es una creación metafísica sin posibilidad en la realidad-. En esta clase de persona la impulsión tiene de sí el reflejo, sin ser estrictamente éste, porque no desaparece el tonus voluntario. Pero cuando el equilibrio entre la voluntad y el acto se rompe, la impulsión se torna en morbosa y patológica.

Según el profesor Uribe Cualla, diremos que la "impulsión puede ser constitucional o accidental, según que la tendencia al automatismo sea innata o adquirida, y según que el tonus voluntario no haya podido llegar a organizarse, o porque después de desarrollado, se haya alterado o debilitado" (Uribe Cualla.- "Medicina Legal y Psiquiatría Forense".-Pag.---625).

La impulsión morbosa domina la actividad voluntaria, en la tendencia imperiosa y algunas veces irracional a la vuelta al puro reflejo.

En la persona normal el acto impetuoso nace de un movimiento voluntario, una vez rotas las fuerzas de control. Cuando la voluntad no actúa es un reflejo, y en tal caso el tratamiento penal que merece el delincuente es el de las medidas de seguridad de que trata la disposición del Capítulo II, Tít. II, parte general del código de las penas, de conformidad a lo ordenado por el artículo 29 de la misma obra.

Diversidad de opiniones.- En relación con la posibilidad de

la tentativa en los casos de dolo de ímpetu, existen dos direcciones opuestas.

Carrara afirma que no existe porque ese fenómeno jurídico solamente aparece cuando hay premed-

tación. Y siendo así que en el ímpetu no se premedita, de consiguiente se excluye la tentativa.

El insigne maestro de la escuela clásica expone su tesis en la forma que sigue:

En los actos friamente premeditados, en los de resolución momentánea no excitada por ciega pasión, cesa todo motivo de excluir la tentativa, porque la voluntad del agente, el tiempo para reflexionar, el sosiego del espíritu para calcular, permiten la ordenación de una serie de operaciones con tendencia a un fin determinado y explícitamente previsto, diverso del que se realizó. Pero cuando faltan al agente el intervalo de tiempo para determinar, el sosiego para calcular las consecuencias de los actos en que se compromete, se niega comúnmente por los criminalistas que pueden aplicarse la noción de la tentativa. La razón es más bien psicológica que jurídica.

Jurídicamente tenemos un elemento moral de la tentativa de un delito cuando supone la intención directa de realizarlo. Pero psicológicamente se niega que a un ánimo excitado por vehemente pasión puede atribuírsele en las resoluciones instantáneas una voluntad definitivamente encaminada a fin diverso del conseguido. La pasión quita el conocimiento; la rapidez de la acción no da lugar a cálculo; se obra por ímpetu del ánimo conmovido, sin parar mientes en el resultado de lo que se ejecuta. En una palabra, la distinción entre el acto empleado como medio y el efecto querido como fin, implica un raciocinio incompatible con el ánimo perturbado por la pasión del momento.

El hombre irritado o amedrentado, que se a-

podera de un arma y en medio de su ira o del pavor a -
sesta golpes por efecto del sentimiento que le agita; -
hiero por herir, no piensa en la muerte de su enemigo,
o si esta idea cruza por su mente, no es como un efec-
to que absolutamente se proponga conseguir. En tales -
condiciones el hecho debe ser el único criterio para-
definir el título del delito, porque es el único dato-
donde la justicia encuentra certeza" (Vásquez, 82 y --
83).

Para redondear el concepto de Carrara, apro-
vechamos otra e las citas oportunas que hace el doctor
Vásquez Abad en su importante obra sobre derecho penal
general. Ella dice así:

"Cualquiera que haya observado las operacio-
nes de un hombre a quien agita o embarga el temor, y -
le ha visto destruir objetos preciosos, para él muy ca-
ros, maltratar a personas amadas, ofenderse a las ve-
ces así mismo, ha de = convenir forzosamente en que no
es compatible con tal estado de ánimo el concepto de -
un cálculo director de los movimientos del cuerpo hacia
determinado y concreto fin". (Vásquez, 85).

"En los casos de dolo de impetu o repentino-
no se puede hablar de la tentativa, es decir, sólo se
puede calificar como tentativa el hecho cuando ha sido
premeditado" (Ibidem, pág. 82)-

Ferri sostiene la tesis contraria. No es ne-
cesario para él sino que haya dolo y que el delito no
sea de los llamados instantáneos o simples para que se
admita la tentativa. Si es verdad que en todos e-
sos hechos se realiza un iter criminis, por más rápido

e imprevisto que sea, cabe concluir que puede interrumpirse, dando lugar, como consecuencia, a que se produzca un simple conato. El ejemplo que pone en abono a su afirmación no puede ser más claro: el que lanza al sujeto pasivo desde una ventana de gran altura con el propósito evidente de matarlo, pero se salva por caer sobre los hilos telegráficos, o sobre un árbol, o sobre un montón de heno. En este caso, que se ha de suponer en estado de ira o ímpetu, salta con facilidad la tentativa.

Tercera posición.- La escuela ecléctica de la Política Criminal concede la posibilidad de la tentativa en los delitos de ímpetu, pero colocándose en el justo medio entre los clásicos y los positivistas declara que no debe aplicarse ninguna punición. La razón para sostener este punto puede concretarse en las siguientes palabras de Liszt:

"Por deficiencia de voluntad (intención criminal imperfecta) no es punible la tentativa ímpetuosa, ó de "dolo con ímpetu", o "indeterminado". Porque si el arrebató atenta en la consumación, ¿no han de eximir en la tentativa?".

En Colombia.- Entre los autores colombianos se plantea la misma divergencia de opiniones. Entre los pocos que tocan estos problemas encontramos a Vásquez Abad, Agustín Gómez Prada y Samuel Barrientos Restrepo. Justo es reconocer que es el primero quien se ocupa con mayor intensidad en la dilucidación de tan difícil tema, terminando por estar completamente de acuerdo con Carrara. En i --

gual sentido, pero en frase fugaz, se pronuncia el antioqueño Barrientos Restrepo (ob.cit., 281). En cambio, el jurista bumangués Agustín Gómez Prada, también en rápido apunte, afirma que "en los delitos de ímpetu sí se admite esta figura" (Su ob., 174).

Creemos que la Jurisprudencia nacional está dividida también en las dos alas. No nos ha sido posible conseguir un acopio de datos para ofrecerla en estos apuntes y emitir nuestra opinión sobre ella. No obstante, tenemos una muestra, la del Tribunal del Distrito Judicial de Medellín, inserta en la importante providencia a que hubimos de referirnos en otra parte de este mismo trabajo, fechada el día 10 de julio de 1957, y que a la letra dice:

"Cuando el delincuente obra bajo el impulso de una pasión, no puede afirmarse con certeza, que la intención de cometer un delito esté previamente determinada en el ánimo del agente. En estos delitos que se denominan de "dolo de ímpetu", la pasión perturba las facultades psíquicas del agente, la rapidez de la acción producida por la exaltación del ánimo ofusca la mente para pensar en las consecuencias del hecho.

"En estos casos no puede afirmarse con precisión que el fin perseguido sea distinto del que se realiza. Por ese motivo, el resultado debe ser la norma que sirve al juzgador para calificar el delito" ("Diario Jurídico".- Volumen VII, pág. 344).

A la doctrina precedente tenemos que hacerle dos observaciones, de crítica la una y de criterio la otra.

la.- Psicológicamente hablando no es apropiada.

fugaz como pasa en la emoción, la intención desaparece en el sentido de dirigirse a determinado fin. Para los clásicos esta es una verdad incontrovertible. Entonces solamente se para mientes al resultado, a la mutación en el mundo exterior, sin atender la fase subjetiva.

En la realidad, si bien es cierto que se interponen serios obstáculos para apreciar el fin que se proponía el agente, no es menos verdadero que por los mismos actos externos se infiere hasta donde iba la intención. En el ejemplo de Ferri no hay equívoco alguno: la intención es la de eliminar a un hombre. Si la bala homicida, dirigida a una región noble del cuerpo humano, no hace blanco en él por circunstancias ajenas al autor del disparo (delito frustrado), no produciéndole ningún daño, con el criterio objetivo extremado del resultado, hay inocencia. Pero el mismo pensamiento de los juristas clásicos se vuelve contra ellos: hay un peligro corrido. Ese riesgo corresponde al delito imperfecto. Precisa concluir que el acto es punible.

Es muy claro que la intención hay que acondicionarla al fin -dolo específico-, y si éste va encaminado a la producción de un determinado resultado se frustra, no otra cosa sucede que el conato. Si hubiésemos de atenernos al acto mismo realizado no encontramos base la figura del delito preterintencional.

Si de los hechos externos se deduce -en el caso de dolo de ímpetu- que el propósito criminal sobrepasa al acto malogrado, fuerza es concluir que sí se puede hablar de tentativa.

Por otra parte, la existencia de actos eje -

cutivos o principio de ellos, según sea delito tentado o frustrado, tiene relevancia jurídica en toda figura autónoma o subordinada de delito intencional, excepto, como ya le apuntamos, en los que se consuman simplemente (delitos simples).

Para nosotros, hay otro argumento: si hay delito intencional consumado en los casos de ímpetu, lógico es que haya también delito imperfecto, a menos que se suponga que no existen actos ejecutivos y consumativos. Cuando empieza la ejecución del delito y no se consuma por ajenas circunstancias, por más que la intención sea instantánea e impetuosa, nace la tentativa, y el actor debe ser penado por su peligrosidad, con la atenuación correspondiente a esa figura. Si esto no se hace, cómo se sanciona en los casos en que el sujeto pasivo no sufre ninguna lesión? Aún, entonces, por un criterio práctico debe resolverse por la tentativa. De otra manera, la impunidad se impone. Y ésta no es jamás forma de defender a la sociedad.

Nuestro Código Penal se aviene perfectamente con la tesis de la escuela positivista, informada en la permanente doctrina de la peligrosidad, por más que algunos criminalistas nacionales hagan esfuerzos por colocarlo dentro de la directiva clásica.

Haciendo la interpretación de la ley, no hay motivo alguno para deducir que en los delitos pasionales y emocionales, o sean aquellos que conllevan dolo de ímpetu, haya que excluir los fenómenos jurídicos de la tentativa y el delito frustrado. En efecto, el sentido gramatical de los artículos 16 y 17 no advierten esa interpretación. Por el aspecto teleológico o racio-

nal, tampoco. Si se toma el elemento sistemático, no hay disposición sobre el iter criminis ni a todo lo largo del Código Penal que impela a aceptar el concepto del genial maestro de Pisa. Por el contrario, por un sentido de técnica del ordenamiento penal, se ha prescindido en los artículos citados de hablar de un determinado estado anímico del sujeto activo, para hacerlos extensivos a todos los estados psicológicos, siempre y cuando haya dolo y con la excepción que tantas veces hemos repetido. Empleando el elemento extrapenal, o sea el referente a los fundamentos científicos en que se fundan los artículos en estudio, no queda sino decir que nuestra ley, en este punto, es de inspiración positivista. Y en esta escuela se admite la tentativa.

Hemos aplicado aquí, en forma rápida algunos de los elementos que aconseja la ciencia jurídica en la interpretación de la ley. Mediante ese empleo, clarificados, para nosotros, el problemas tan delicado como de batido.

Con lo expuesto, creemos dejar establecida nuestra opinión, que hacemos extensiva a los grados de tentativa, delito frustrado y delito imposible.

LA TENTATIVA EN LAS LESIONES PERSONALES

por creerlo de mucha importancia y directamente relacionado con la presente parte de nuestra monografía, incluimos en este lugar el estudio relacionado con la tentativa en las lesiones personales, dejando para otro trabajo lo referente a algunas figuras delictivas de la parte especial del Código Penal colombiano.

Se da por sabido que los estados efectivos de emoción, pasión y sentimiento, que originan el "dolo de ímpetu", son comunes a los diferentes tipos de homicidio tanto como a las lesiones personales, motivo por el cual cala perfectamente avocar el problema de éstas en lo tocante a la tentativa, en este preciso momento.

Como postulado general afirmamos que en el terreno puramente teórico es indudable que a la tentativa tiene lugar en todos los delitos de lesiones personales que tipifica nuestra legislación, entendiéndose que se excluyen de ellos los culposos. No hablamos de lesiones preterintencionales porque, no obstante que en la doctrina tienen figuración o aspecto figurativo, en la letra y en el espíritu del Código no aparecen por ninguna parte. Solamente en el artículo 376 puede encontrarse un tipo de preterintención en las lesiones personales. Pero aun que ello fuese así en la teoría, no cabe admitirlo como-

tal, porque la referida disposición no le da ese carácter y porque además es una figura autónoma, no subordinada, de esa clase de delitos.

Nos guiamos en el presente capítulo por el meditado estudio que hace al respecto el distinguido autor colombiano, doctor Jorge Enrique Gutiérrez Anzola, en su difundida obra "Peñitos contra la vida y la integridad personal".-Primera edición.

Como lo afirmamos al comenzar este capítulo es clarísima la existencia teórica del delito tentado en las lesiones personales. Esto no admite discusión -- por lo protuberante y lo obvio dentro de una abstracción de la realidad. Pero las palabras del autor mencionados son exactas cuando dice: "Solamente en el terreno de lo abstracto podría suponerse la existencia de una tentativa de lesiones, si se acomodan a ese fenómeno los elementos generales que constituyen la tentativa. Pero, a la vez, se presentan grandes dificultades que reducen el problema prácticamente a la negativa".

En seguida pone un ejemplo: supóngase que una persona tiene el propósito de causar a otra una lesión; toma las medidas adecuadas para alcanzar su propósito y armada convenientemente se dirige a la víctima; en el instante en que va a atacarla, por circunstancias ajenas a su voluntad (intervención de un tercero) el golpe se evita.

Teóricamente el agresor merece un castigo por ser el autor de una tentativa de lesiones que revela, a las claras, su peligrosidad. En efecto, en el ejemplo precedente se reúnen todos los factores de la tentativa:

a) Intención de cometer un delito determinado (causar lesiones personales);

b) Iniciación de los actos ejecutivos (mediante un arma que puede o no ser idónea), y

c) Interrupción. No se consuma el delito por circunstancias ajenas de su voluntad (intervención de terceros).

Examinemos qué pena se le puede aplicar.

Según el artículo 16, incurrirá en una sanción no menor de la mitad del mínimo ni mayor de las dos terceras partes del máximo señaladas para el delito consumado.

En el ejemplo propuesto, qué referencia tenemos? ¿Cuál es el delito consumado que ha de seguirse como norma para dosificar concretamente las cifras matemáticas de que habla la disposición?

Si el Código hubiese dicho, como lo hace en el homicidio intencional, "el que con la intención de causar una lesión personal....etc. incurrirá en la sanción de tanto hasta tanto", no existiría problema de ninguna clase. Los tipos delictivos del homicidio los estructura el C.I. en cada disposición, estableciendo sus elementos constitutivos y su penalidad; en cambio, en las lesiones personales, el sistema es diferente. En efecto, en el artículo 371 establece los elementos constitutivos y en los siguientes la penalidad, tomando en cuenta para esto último la duración de la incapacidad producida por la lesión y las consecuencias de la misma.

A qué clase de lesiones habrá que remitirse? A las que tienen como incapacidad menos de quince días, o a las que pasan de este tiempo sin sobrepasar los treinta días, o a las que rebasan este límite (art. 372)? En un momento d de sería imposible referirse a ellas. Entonces, sería preciso acudir para graduar la pena a las que producen desfiguración facial, deformidad física reparables, o perturbación psíquica transitoria (art. 373)? Tampoco hay base firme para tomar las en consideración.-- A las que tienen como consecuencia desfiguración o deformidad permanentes (art. 373, inc. 2o.)? A las que producen perturbación funcional transitoria de un órgano o miembro, transitoriamente, o a las que la perturbación funcional o psíquica fuere permanente (art. 374)? No puede formularse semejante hipótesis sobre fundamentos tan deleznable.

¿Puede, por fin, referirse a la lesión que produce la pérdida de un órgano o miembro (art. 375) y a las que provocan un parto prematuro o un aborto, en las que tampoco cabe la referencia, en un caso concreto, para tomar como norma en la aplicación de la tentativa.

Cómo puede saberse que la lesión posible del acto que no lo será en fin, pertenece a uno o a otro tipo de los que hemos citado anteriormente? Sólo por means hipótesis, sin pie en la realidad, podría catalogarse la tentativa de lesiones personales. Pero esa ubicación abstracta no tendría ninguna validez dentro del derecho porque el simple criterio de las consecuencias posibles o de la incapacidad probable es, más que inaceptable, injusto.

Por la explicación que hemos tratado de hacer, considerando las disposiciones de nuestro Código, no queda duda de que la tentativa en esta clase de de-

SECCION SEGUNDA

INTERRUPCION INVOLUNTARIA

Titulo 20.- DELITO FRUSTRADO

Interruccion.- Interrumpir es romper la continuidad de una cosa, o impedir que se cumpla un fin. Según esta acepción el iter criminis puede sufrir en cualquier de sus etapas una interrupción que hace variar la línea del propósito criminal.

Por la tentativa hemos visto como se opera una interrupción involuntaria antes de ejecutarse los actos con los cuales se consuma el delito. Con el delito frustrado la desviación se efectúa, a pesar de haberse hecho todo lo que está al alcance del agente para producir el resultado dañoso. De todas maneras, en ambos casos hay la nota común de la involuntariedad, que es precisamente la que los separa del desistimiento.

2.- El problema del delito frustrado, a primera vista de fácil solución, está erizado de incontables dificultades. Antiguamente se confundió con la tentativa, y sólo a partir de Ciandonenide Romagnosi pudo establecerse la diferencia. Este autor fue quien-

por primera vez habló de esta modalidad delictual y -
quien la bautizó con ese nombre. También es conocida
con la expresión francesa de "délit manqué", o delito
mancato, ~~esa~~ o con la menos exacta de tentativa falli
da o fracasada.

Esta distinción, tan admirablemente hecha -
por ~~quien~~ en su obra "Tratado del Derecho Penal"-
(pág. 261 y ss.), es tan sutil que origina, no pocas-
veces, multitud de confusiones entre los jueces de de
recho y, con mayor razón, entre los miembros de los -
jurados populares, llegando al extremo de no admitir-
la y menos comprenderla.

A la anterior opinión coinciden los dos je
fes de las escuelas clásica y positiva (Ferri, su ob.
pág. 599). "Es difícil de comprender por los no juris
tas, dice Carrara, y produce en la práctica resulta -
dos injustos" (ibidem, 510).

- 1 -

DEFINICION

El autor lo enuncia así:
"No hay que confundir la tentativa de deli -
to con el delito que se malogra, y que se podría llamar
delito frustrado. Este en quien lo ejecuta, se debe -
considerar propiamente como un verdadero delito consu -
mado".- (Pag. 261).-

Para concluir su explicación lo define como -
sigue:
"Es la ejecución razonada y libre, llevada -

encuentro es posible hasta el extremo, de un acto físico externo, simple o complejo, del que se deriva ordinariamente un efecto injusto y nocivo a otro, pero a la cual un accidente, o sea un caso fortuito, le impide obtener este mismo efecto, en cuanto precisamente carece por tal accidente de ese efecto nocivo" (Pag. 265). (Lo subrayado es del texto).-

Con esta definición y con la descripción que de él hace el artículo 17 del C.P., estudiaremos sus elementos.

"Art. 17.- Cuando habiéndose ejecutado todos los actos necesarios para la consumación del delito, éste no se realizare por circunstancias independientes de la voluntad del agente, podrá disminuirse hasta en una tercera parte la sanción señalada para el delito consumado".-

- II -

ELEMENTOS

1o.- Intención de cometer un delito.

2o.- Ejecución total por parte del agente de los hechos necesarios para la consumación del delito.

3o.- No consumación del mismo por circunstancias independientes de la voluntad del agente.

La Comisión Revisora del Código de 1.890, sintetiza, según las actas respectivas, los siguientes elementos del delito frustrado: "ejecución total por parte del agente, de los hechos necesarios para consumar el delito, y no consumación del mismo, por circunstancias independientes de la voluntad del agente" (Cita de Vásquez 89).-

La Comisión prescinde del primero porque éste va envuelto en los dos siguientes. A título informativo incluí

incluimos el artículo que ella aprobó y que pasó luego a ser el 59 de la Ley 109 de 1.922, de corta vigencia en nuestro país:

"Cuando habiéndose ejecutado todos los hechos necesarios para la consumación del delito no se realiza éste por circunstancias independientes de la voluntad del agente, se aplica una sanción no menor de las dos terceras partes del mínimo ni mayor de las cinco sextas partes del máximo de la señalada para el delito consumado".--

Esta disposición no difiere sustancialmente con la actual. Varía únicamente, en la parte sustantiva en la redacción, pero en cuanto a la penalidad hay mucha diferencia, imponiendo la vigente una disminución fija en vez de la fluctuante entre máximo y mínimo de la ley antigua, y siendo más benigna que ésta.

Primer elemento. INTENCION.--

en el agente haya la intención de cometer el delito frustrado es que debe existir dolo específico de causar daño, por lo cual no es posible que se dé en los delitos culposos, como tampoco en los preterintencionales, porque en estos últimos el resultado va más allá de la intención, y no habiendo resultado en la frustración, absurdo sería tratar de estructurar una figura imposible para esos casos.

No se presenta el delito frustrado en las contravenciones porque esta no requieren intención dirigida a sujeto determinado, y se atiende únicamente al resultado material de la acción y omisión (Art. 13).--

Segundo elemento. EJECUCION TOTAL.--

El agente debe haber ejecutado todos los actos necesarios que estén de parte suya para la consumación del delito. Precisa distinguir en este factor la parte objetiva de la subjetiva.--

La ejecución es subjetivamente completa. Con la escuela psicológica, el delito es perfecto, ya que el agente demostró toda la capacidad suficiente para ser castigado por su índole peligrosa, y consumó idealmente la infracción.

La ejecución objetiva es incompleta. El agente no alcanzó el fin propuesto, no obstante haber hecho todo lo que estaba en su poder. Desde el punto de vista de los actos ejecutivos, estos se realizaron totalmente. Teniendo en cuenta los consumativos, algo faltó materialmente para el éxito criminal.

En el delito intentado hay un choque entre la ejecución y la consumación; en el frustrado, la acción toca en el vacío.-

En abono a nuestra afirmación vienen las palabras de Romagna:

"El delito frustrado, dice, se ha consumado - subjetivamente, esto es, 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 dañado".-

De parte del agente es un "hecho consumado", - subjetivamente; él hizo todo lo que debía y podía hacer. Obró, como dice Liszt, con la misma activa fe con que hizo Dios el mundo...". De parte de la obra -objetiva - mente- es un "intento frustrado"; el agente puso de su parte todo y logró nada. Hizo lo que debía y podía, - con plenitud de fe y obras; pero el agente no era Dios. ...".

El delito frustrado existe para y contra el delincuente, aunque no para y contra la víctima.

Tercer elemento. CIRCUNSTANCIAS INDEPENDIENTES

Unidos los tres elementos en + un todo forman el delito frustrado. Si uno de ellos falta, no tiene lugar

gar su configuración. Así es que en fallando las circunstancias independientes de la voluntad del actor, ya no existe justicia punitiva para el acto.-

Si las circunstancias por las cuales se impute el resultado, después de haber hecho todo lo concerniente a la ejecución, son originarias de caso fortuito, fuerza mayor, se completa el delito mancato. Si ellas se derivan de la voluntad del sujeto activo, no hay hecho culposo por la sencilla razón de que la intención ya no es criminal. Caería la acción en una simple pantomima. Si el sujeto ejecuta todos los actos para dar muerte a una persona, y previamente acomoda la escena para que la destrucción de una vida no ocurra, no se puede decir que haya delito, por falta de propósito criminal. Si esa misma persona dispara su arma de fuego, pero voluntariamente la desvía, no hay delito. En conclusión las circunstancias deben ser ajenas a la voluntad del agente. Es tan importante este elemento que hasta el mismo desistimiento sería inexistente, si ella faltara, porque en éste la intención criminal es indispensable, y la intención para que pueda considerarse como tal supone ideación, deliberación y resolución dirigidos a un fin concreto y serio, y no simplemente a una mise en scene.

DELITO FRUSTRADO Y TENTATIVA. Distinción.-

La distinción entre tentativa y delito frustrado aparece fácil en la doctrina, pero es casi insoluble en la práctica. Así se pone el ejemplo de que si una persona dispara un arma de fuego y el tiro no le alcanza a la presunta víctima, ante qué figura nos encontramos: Hay tentativa, o hay frustración? La alternativa es evidente. Nosotros, no embargante la dificultad, nos inclinamos por la última.

Para tratar de fijar las diferencias entre una y otra figura es conveniente establecer los elementos comunes que hay en ellas. Por exclusión, lo que les falte a la una de la otra, será la diferencia.

Las personas ajenas a las disciplinas jurídicas y aún los versados en estas materias confunden los grados, ya no en la práctica que abunda en confusiones, sino en el terreno teórico.

Enrico Ferri encuentra estas notas comunes:

- 1.º.- Propósito;
- 2.º.- Constancia en la voluntad criminal o en el propósito.
- 3.º.- Actividad (ambos llevan fuerza. El frustrado, fuerza y destreza) (Liszt, Pág. 51).

El autor colombiano Angel Martín Vázquez Abad dice que las dos figuras son iguales en:

- a) Intención de cometer un delito determinado;

b) No realización del hecho punible por circunstancias ajenas e independientes de la voluntad del agente (Vásquez. Su ob. pág. 81).

Aunque las tres clasificaciones son, en el fondo, idénticas, preferimos la última por estar más acorde con la letra de la legislación colombiana.

En las Actas de la Comisión Redactora, elemento histórico de indiscutible importancia en toda interpretación de nuestra ley penal, se hace la diferencia entre tentativa y delito frustrado en la forma que a continuación se expresa. En labios del doctor Escallón se ponen estas palabras.

"Si en la teoría tienen fisonomía propia y características distintas, en la práctica, muchas veces es demasiado difícil hacer esa diferenciación. Teóricamente la tentativa implica una deficiencia en la acción física. En el delito frustrado, esa deficiencia en la acción física del agente no existe, se agotaron los medios criminosos, pero el efecto nocivo no se cumplió por causas ajenas a la voluntad del ofensor" (Vásquez, su ob., 88).

Al tenor de los artículos 16 y 17 del C. P. la diferencia está encarnada en esto:

I- TENTATIVA: "diere principio a su ejecución pero no lo consumare".

II- DELITO FRUSTRADO: "habiéndose ejecutado todos los actos necesarios para la consumación".

En la primera hay ejecución parcial, mientras que en el segundo hay ejecución total; en aquella, ejecución inacabada, y en éste, ejecución acabada; en la tentativa, principio de los actos; en el delito frustrado, todos los actos.

-----No obstante que Ferri encuentra diferencias formales entre las dos figuras estudiadas, tanto él como los expositores de tendencia positivista predicen que siendo de tanta magnitud la confusión práctica que se presenta diariamente en torno a estos problemas, es mejor equiparar el delito frustrado al consumado, dejando a la tentativa la solución en los casos en que la voluntad delincente haya quedado incompleta en orden a la realización de un delito por circunstancias ajenas a ese propósito.

Según esto la diferencia esencial sigue invariable, y sólo en lo tocante a la penalidad se apartan de la generalidad de los autores que adhieren a una distinción absoluta. La razón que esgrimen pueden sintetizarse en la dificultad de captarla en los hechos ocasionando equivocaciones graves, por lo cual son partidarios de la eliminación en los códigos penales.

IDONEIDAD

En cuanto a la efectividad de los medios para que el delito frustrado se estructure, se pueden postular dos tendencias: la que sostiene la idoneidad y la que hace caso omiso de ella. En su orden, tendencia objetiva y tendencia subjetiva.

Carrara es partidario de la idoneidad y acerca de ésta son las palabras que siguen:

"para la existencia del delito frustrado no basta que el agente haya hecho todo cuanto quería hacer a fin de consumar el delito; es indispensable ejecutar todo lo necesario a fin de llevarla a cabo".

Para el subjetivismo basta ejecutar los medios que personalmente se creen aptos para la producción del resultado. La temibilidad es su consecuencia, y por tanto, debe ser castigado, aunque encierre el hecho cierta calidad de absurdo. Tal sería el caso de su ministrarse abortivo a un varón. Objetivamente este es un delito imposible; subjetivamente, un delito frustrado.

En la elementación del delito frustrado entran en juego la voluntad, la actividad, la posibilidad

dad y el azar, no sólo en nuestro código sino en la doctrina y en las legislaciones que se orientan por el criterio de la idoneidad. Por la voluntad, querer; por la actividad, poder; por la posibilidad, poder ser (idoneidad); por el azar, no poder lograr.

La ejecución del delito, para los eclécticos, es un problema de causalidad física y psíquica. Así es que, también de acuerdo con ellos, es necesaria la idoneidad, ya que si los medios lo hacen imposible le falta una de las dos bases, y unilateralmente no se adecúa la causa al efecto.

Nuestra opinión se inclina a la exigencia de la idoneidad, como único criterio de certeza en la formación del delito frustrado. Es indispensable poner en ejecución no solamente lo que íntimamente es eficaz si y naturales es apto para la consecución del resultado a que se dirige el delincuente. La objetividad en los medios y su indiscutible posibilidad es la que dirige y orienta el delito frustrado.

El artículo 17 del C.P. establece la idoneidad, a juzgar por las palabras empleadas. Haber "ejecución de todos los actos necesarios", dice la citada disposición. "Necesario" es lo que hace absolutamente falta, lo que no puede dejar de ser, lo que imprescindiblemente debe existir para que algo también tenga existencia. Los "actos necesarios para la consumación del delito" son, entonces, los que de manera absoluta tienen aptitud para la producción del resultado; en otras palabras, los que son idóneos. Pretender la comisión de un homicidio con un puñal de caucho no es necesario para

consumar el delito: no hay idoneidad; pretender el mismo acto con uno de acere es tener la posibilidad de -
cristalizar el propósito en hecho delictivo: hay idoneidad.

PENALIDAD

Es tal la entidad del problema que muchos han creído unificar la penalidad del delito frustrado y el delito consumado. Los positivistas lo resuelven en este sentido, obviando las enormes dificultades que presenta la sutil gradación. Por la misma razón, creemos que no han faltado quienes hubiesen querido refundir en un solo artículo lo relativo a las figuras de delito tentado y frustrado, identificándolas en sus elementos y en la sanción. Ejemplo de ellos fue el doctor Escallón, quien se parcializó en esa opinión al tiempo de discutirse las fórmulas que integrarían los respectivos artículos del código penal.

Para los positivistas la peligrosidad del agente se ha revelado en su plenitud tanto en el uno como en el otro, razón por la cual piden el mismo plano de penalidad para el delito frustrado y el consumado.

Por la redacción del artículo 17 se puede decir que la pena correspondiente a la figura en estudio es la del delito consumado disminuida hasta en una tercera parte, sin consideración al máximo ni al mínimo, como si lo hace al referirse a la tentativa, en la cual consagra un guarismo diferente en los dos términos del castigo.

El criminalista alemán Liszt dice que aunque

tigo.

El criminalista alemán Liszt dice que aunque la pena corporal es necesaria para el delincuente de la fragtración, no se le imputa la indemnización por no haber existido daño. Nosotros disintimos de esta opinión, no solamente porque sí puede haber daño material, como es el caso en que el sujeto-víctima quede herido, sino también porque los efectos dañosos son materiales y morales. En Colombia, por lo menos, no hay disyuntiva posible porque ellos corren juntos cuando hay lesión material. Y no habiéndola, aún no es aventurado afirmar que se produce un daño moral. Así lo deducimos de los artículos 92, 94 y 95 del C.P., cuyos textos son los siguientes:

Art. 92.- En toda sentencia condenatoria por infracciones de que resulten daños o perjuicios contra alguna persona, natural o jurídica, se condenará solidariamente a los responsables a la indemnización de todos los perjuicios que se hayan causado".

Art. 94.- Si el delito no hubiere causado daño que pueda valorarse pecuniaria mente, podrá el juez no obstante imponer la obligación de pagar una suma hasta de mil pesos a favor del Tesoro Nacional.

Art. 95.- Cuando no fuere fácil o posible valorar pecuniaria mente el daño moral ocasionado por el deli

to, podrá fijar el Juez prudencialmente la indemnización que corresponde al ofendido, hasta la suma de dos mil pesos.

Por otra parte, el C. de P.P., en su artículo 114, perteneciente al capítulo sobre "Parte Civil", habla sobre el daño moral y su indemnización, cuando dice:

Art. 114.- Quien pretenda constituirse parte-civil en el proceso penal deberá presentar personalmente, por sí o por medio de apoderado, un escrito de demanda en el cual consignará:

- 1o.-
- 2o.-
- 3o.-
- 4o.-
- 5o.- Los perjuicios de orden moral que se le

hubieren causado y la cuantía en que estima la indemnización de los mismos, y

6o.-.....ete"
(Los subrayados son nuestros).

También y conforme a lo que con tan excelentes razonamientos expone el profesor Jiménez de Asúa al hablar sobre el resultado del delito, la mutación o cambio no solamente tiene presencia en el mundo exterior o físico sino en el mundo moral.

Quizá la ley alemana, en la que seguramente se basa el ilustre expositor Liszt, nos contradiga, pero en nuestro país no hay duda de que el autor de delito frustrado debe pagar tanto la pena corporal que le corresponde por su responsabilidad, como también la indemnización de los perjuicios morales.

.....

LA TENTATIVA ACABADA.- CASOS

Los autores alemanes y las leyes penales de su país denominan al delito frustrado con el nombre de tentativa acabada.

Existe tentativa acabada, cuando el acto de ejecución está terminado, pero no se produce la realización de los caracteres esenciales del hecho, singularmente cuando no sobreviene el resultado.

Como puede verse por la definición que acabamos de dar, no hay diferencia sensible con el delito frustrado.

A este respecto, dice el autor citado en el capítulo anterior que pueden distinguirse tres casos, en relación con el resultado, a saber:

1o.- La producción del resultado es dudosa; pero independiente de otra manifestación ulterior de la voluntad del autor: la herida pone en peligro la existencia, pero el desenlace es aún inseguro;

2o.- La producción del resultado es segura: la herida es absolutamente mortal, pero, por el momento, el herido vive aún:

3o.- La no producción del resultado es segura: la herida causada con intención de matar, es leve.

A la luz de las normas penales colombianas, los tres casos susceptibles de presentarse en la tentativa acabada, según nuestro modo de interpretar, merecen el siguiente comentario:

Al 1o.- El delito de homicidio está sujeto, -- probatoriamente, a la experticia médico-legal. De tal -- suerte que si de ella se deduce que por la localización de las heridas, gravedad de las mismas y naturaleza de la lesión tiene consecuencias inseguras, no por eso deja de existir un delito frustrado, habida cuenta del dolo específico. Si éste no es propiamente el de matar, sino el de herir, el delito es de lesiones personales.

Si los medios probatorios conducen a la certeza de que el victimario tuvo el firme propósito de quitar la vida de una persona, pero el desenlace no es necesariamente fatal por la naturaleza del daño causado, tampoco se descarta el delito frustrado, aunque superficialmente-

pueda parecer una infracción de lesiones personales. De esta manera, no se puede alegar, como alguna vez por un distinguido abogado ("Foro Maribón.-Nos. 189 a 192.- -- pág. 102), en su calidad de defensor, que por haberse dado un caso idéntico haya delito imposible al propio tiempo que delito de lesiones personales. No existe, por lo visto, ni ésta ni aquella figura, sino la que contempla el artículo 17, es decir, delito frustrado.

El segundo.- si la herida es absolutamente mortal, pero el herido vive aún, no hay duda de que hay delito consumado. El delito ha alcanzado su perfección, no obstante que el resultado tarde algún tiempo. Según algunos autores, en este caso, hay consumación porque las consecuencias son necesarias. No se puede hablar, entonces, de delito frustrado porque el hecho delictuoso ha alcanzado su fin.

El tercero.- Conforme al comentario que hice en el primer caso, hay en este tercer caso un clásico delito frustrado.

TERCERA PARTE

EL ERROR

EN EL

INTER CRIMINIS

TERCERA PARTE

EL ERROR EN EL ITER CRIMINIS

Sección primera.- GENERALIDADES

Bajo el título de "el error en el iter criminis" estudiaremos cuatro puntos de mucha importancia en el derecho penal. Nos referimos a los siguientes:

- a) Aberratio ictus;
- b) Error in persona;
- c) Delito imposible, y
- d) Delito putativo.

Consideramos que los cuatro temas propuestos tienen todos un común denominador. Buscando las relaciones de convergencia que pudieran existir en ellos, alcanzamos a ver que a todos se les advierte un principio de error.

Al tratar en particular de cada uno de esos tópicos los iremos definiendo y concretando, pero queremos adelantar nuestro concepto general y breve sobre el error contenido en ellos.

La aberratio ictus es un error por accidente.

El error in persona, un error en la identificación del sujeto pasivo de la infracción.

El delito imposible, un error en los medios, en el sujeto pasivo o en el objeto.

El delito putativo, un error en la apreciación de lo ilícito.

- I -

VOLUNTAD JURIDICA.-Elementos

Tomamos de "Hechos y actos jurídicos" del autor Henrich R. Aguiar, los siguientes conceptos:

La voluntad jurídica reúne dos elementos- interno y externo- en una unidad actual, de tal modo que el segundo no sea más que la prolongación sensible, perceptible y percibida del primero y éste, la base sobre que descansa aquél.

Cuando la unidad de que acabamos de hablar, se destruye por la ruptura de la relación existente entre uno y otro elemento, nos encontramos en presencia de una voluntad viciada porque no hay coincidencia entre lo que verdaderamente quiso el agente del acto y lo que exteriormente realizó.

Señalamos que la voluntad considerada como una mera po-

sibilidad, es imposible concebirla sin el discernimiento, porque éste constituye la fuente originaria y primordial de todo nuestro saber, única que suministra motivos a la deliberación y a la decisión, ya que solamente él, le presenta objetos capaces de provocarlas.

Si el agente carece de la facultad de conocer en general -que es el discernimiento-, ese estado constituye un impedimento sustantivo a la existencia de la misma voluntad.

Considerado como existente el discernimiento, sin el cual no es posible concebir un acto de voluntad, resta saber si estuvieron presentes los otros dos elementos -la intención y la libertad- cuya ausencia puede afectar la voluntad, y es posible entonces: 1o.) que la manifestación no concuerde con la voluntad; 2o.) que -- aún concordando, carezca de espontaneidad; y 3o.) que no exista la voluntad relativamente al acto de manifestación.

El primer caso comprende la ignorancia y el error, sea la ignorancia un estado propio del agente o el error producido por una auto-sugestión, o ya sean ambos, determinados por el hecho de un tercero encaminado a mantenernos en ella o a producirlo en nuestro espíritu.

En los casos de ignorancia o de error, la persona quiere realizar un acto al cual se encamina su voluntad, deliberada y conscientemente; pero en razón de la una o del otro, resulta el acto ejecutado, distinto-

del querido, ya en sí, ya en sus calificaciones o aspectos. (Menoch D. Aguiar.-"HECHOS Y ACTOS JURIDICOS"-La voluntad jurídica.-Pág. 128 y ss.)

- II -

EL ERROR

En Lógica y Psicología el error se puede definir de la siguiente manera:

Error o falsedad es lo contrario a la verdad lógica; es pues la disconformidad entre el entendimiento y la cosa, o sea, el juzgar de un objeto en desacuerdo con la realidad.

En estas materias no se puede confundir el error con la ignorancia ni con la verdad incompleta.

En la ignorancia no hay juicio, muchas veces ni siquiera conocimiento de los términos que integran el juicio; cosas indispensables en el error.

En la verdad incompleta tampoco hay error o falsedad; el error es la negación de la verdad; la verdad incompleta es solamente una limitación de ella. En el error afirmamos lo que debemos negar o negamos lo que debemos afirmar; en la verdad incompleta no afirmamos todo lo que debemos afirmar, o no negamos todo lo que debemos negar.

Pero si la ignorancia y la verdad incompleta no son error, muy frecuentemente son causas del error. a) Es muy común que la ignorancia nos lleve a juicios-falsos o inexactos. b) La limitación de la verdad, a su vez, nos induce a ver las cosas por un solo lado, - por el lado fácil, de las apariencias; o por el x lado útil, del interés o de las conveniencias. (Paría, "Lógica y Metafísica".-pág. 147).

IGNORANCIA

Ignorancia es el estado en que la mente nada conoce respecto al objeto; y en consecuencia, no puede emitir juicio alguno sobre él".

Las causas de la ignorancia se hallan ya en - el objeto, ya en el sujeto.

1o.- En el objeto, cuando es superior a nuestro alcance, o cuando está muy alejado de nuestra consideración y estudio.

2o.- en el sujeto: a) por parte del entendimiento: su falta de penetración y perspicacia para llegar al fondo de las cosas; su falta de atención (distracción, preocupaciones), que hace que se contente con un estudio superficial.- b) Por parte de la voluntad: la falta de interés y de aplicación, ya por pereza o falta

de energía, ya por el predominio de pasiones mal dirigidas, ya por timidez, etc. Estas causas impiden que el entendimiento se aplique debidamente al estudio del objeto. (Paría, ob. cita).

ERROR E IGNORANCIA EN LO JURIDICO

Partiéndonos de estas consideraciones de la filosofía tradicional, vamos a considerar el tema dentro de un terreno que tenga validez jurídica.

En el estudio psicológico hay que distinguir la ignorancia del error, que tienen caracteres específicos, ya definidos desde la época clásica griega por Platón. La ignorancia supone la falta absoluta de toda representación y consiste en una entera ausencia de toda noción sobre un objeto determinado; es un estado negativo. El error supone una idea falsa, una representación errónea de un objeto cierto; es un estado positivo. La ignorancia consiste, en suma, en una falta completa de conocimiento, mientras que en el error hay un conocimiento falso.

La anterior distinción deja de tener en el derecho positivo la importancia que se anota en la psicología. Más aún, pierde terreno en la práctica judicial. Efectivamente, en las leyes se les concede un igual nivel, identificando, por así decirlo, los dos conceptos

Lo afirmado en el párrafo anterior tiene plena comprobación en los artículos 14 y 23 de nuestro estatuto penal, que son los que específicamente contemplan el problema. Así vemos como en este último artículo, la ignorancia y el error tienen el mismo efecto: la imputabilidad.

- V -

ERROR DE HECHO Y ERROR DE DERECHO

Desde el tiempo de los romanos se dividió el error en dos, a saber: error facti et error iuris, error de hecho y error de derecho; clasificación que ha merecido ser generalmente aceptada, aunque no faltan criminalistas que la unifiquen, propugnando por el monismo en esta materia.

El error de derecho recae sobre una regla de derecho, o sea que va en relación con una norma positiva, al paso que el error de hecho encuentra su ámbito en los hechos con relevancia jurídica.

Los dogmáticos alemanes encuentran, con fundada razón, que en uno y otro el error es de hecho. Carlos Binding, entre ellos, emite esta opinión: "Todo conocimiento falso significa un no conocimiento y, a su vez, todo no conocimiento un conocimiento erróneo".

Dentro del derecho penal y aún en órbitas --

más extensas es aceptable la unificación porque es verdad que en todo error de derecho hay un error de hecho, si se tiene en consideración que aquel es ~~el~~ la resultante de una percepción de los hechos.

En relación con la igualdad jurídica de error e ignorancia, se puede asegurar que el error es un grado de la ignorancia. Por otra parte, el error de derecho no es otra cosa que la ignorancia de la ley.

Francisco Carrara, inspirándose en la psicología, distinguió la ignorancia del error, "caracterizando la primera como un estado negativo del alma, consistente en la ausencia de toda noción relativa a un objeto, y apreciando el segundo como un estado positivo de falso conocimiento". En este orden de ideas dice el famoso maestro que el criminalista no tiene por qué estudiar la ignorancia sino solamente el error.

Nosotros, ya lo hemos dicho, creemos que tanto error es la ignorancia, como tanta ignorancia es el error, jurídicamente, y que si bien es verdad que la distinción psicológica y metafísica es enorme, ella no tiene razón de ser en los códigos.

El tema de estos comentarios es sumamente extenso y ha sido objeto de profundos estudios, sobre todo en tratándose como causas exculpativas de pena. Para el fin que perseguimos, con los rápidos apuntes que hemos hecho, pasamos adelante, a riesgo de no haber sido muy explícitos en estos planteamientos.

Sección segunda.- LAS FIGURAS DEL ERROR

ABERRATIO DELICTI

Ferri la define en la forma siguiente:

Hay aberratio delicti "cuando el iter criminis desemboca consumando el delito sobre un sujeto pasivo o un objeto material diverso del que se había propuesto el delincuente" (Ferri.-Su Ob., 500).

Comprende dos figuras distintas, que son: aberratio iactus y error in persona.

Al consumarse un delito se puede estar ante hipótesis diversas en relación con la víctima y el que rer del agente activo. En un primer caso, el sujeto activo consiguió su fin precisamente sobre la persona contra quien iba dirigida la acción. En un segundo evento, no se perpetró el delito en la persona a quien la voluntad delictiva buscaba, habiendo sido otra la víctima: a) Por error en la acción, y b) Por error en la persona.

En estos casos la responsabilidad es igual a la de aquellos en que no hubiese error, pero sujeta a la intención del delincuente. El artículo 14 de nuestro C.I. no ofrece equívocos.

Debemos aclarar que esta disposición de la ley colombiana sólo es aplicable en los delitos contra la vida y la integridad personal, y no en aquellos que versan sobre las cosas. Esto lo deducimos de la lectura del artículo citado, que emplea las palabras "en persona", "ofendido o perjudicado", "en la persona contra quien". Además, las mismas actas de la Comisión Redactora aclaran que no se deberá referir "a la cosa".

El tratadista colombiano Luis Carlos Pérez, a quien consideramos como uno de los juristas más calificados por su erudición, por su fervorosa entrega al estudio de las ciencias del derecho y por sus calidades de criminalista eminente en nuestro país, al comentar la aberratio delicti lamenta que el legislador no haya extendido el criterio positivista de esta figura a lo relacionado con las cosas, incurriendo en su afán de clarificar la cuestión con un ejemplo, en un error. Son sus palabras:

"..... disposición que desgraciadamente consagra sólo en parte el criterio subjetivo de la escuela positiva para sancionar el hecho cuando por error (aberratio delicti), o por accidente (aberratio ictus) se cometa en persona distinta de aquella contra la cual se dirigía la acción. Decimos parcialmente, porque como quedó consignado en las actas de la comisión encargada de elaborar el proyecto de Código, la aberratio no puede existir sino en relación con las personas y no con las cosas; de modo que quien entra a un banco con la intención de robar documentos ajenos y consuma la sustracción de papeles propios, no ha cometido un delito aberrante, punible de acuerdo con el artículo 14, sino un error esencial de hecho amparado por la causal del ná -

mero 2o. del artículo 23". (L.C. Pérez.-"Nuevas bases del Derecho Criminal".- Págs. 123 y 124).

Con el temor de habernos convertido en cazadores de gazapos, conceptuamos que el ejemplo podría ser hipotéticamente exacto como aberratio delicti, en la doctrina. Pero de esto a querer encajar ese hecho en las causas de inimputabilidad del artículo 23, hay una distancia abisal. No es jurídico ni justo afirmar que hay allí un error de hecho que deba beneficiarse como error esencial. Para nosotros, esa persona es delincuente, no solamente desde el punto de vista objetivo, porque realizó un acto que tiene todos los visos de un delito, sino también por el aspecto subjetivo si se ha de convenir en que ese sujeto tiene, por su peligrosidad, base suficiente para ser penado. En el ejemplo del doctor Luis Carlos Pérez se han iniciado los actos necesarios para la consumación del delito, y éste no se realizó por circunstancias independientes de la voluntad del agente. Si esto ha ocurrido, es responsable de un auténtico delito imposible, al tenor del artículo 14 y, lejos de ser impune, incurrirá en una sanción, disminuida discrecionalmente en relación con el delito consumado, tomando como base para ello lo dispuesto por el artículo 36. El delito es imposible por inidoneidad en el objeto.

No es tentativa porque se han realizado todos los actos necesarios para la consumación. La tentativa necesita "iniciación de la ejecución".

No es frustración porque el hurto y el robo no admiten esta figura. Desde que hay apoderamiento de la cosa, o desposesión, o desplazamiento, hay delito --

consumado. La frustración es imposible. Estos delitos son instantáneos y admiten la desintegración de la ejecución, pudiendo darse la tentativa, cuando los actos se inician. Pero una vez ejecutados los necesarios para la consumación, ya se puede afirmar que el delito es consumado, por más que hayan circunstancias ajenas de la voluntad del agente que le impidan, por ejemplo, el usufructo de la cosa. Ya hubo apoderamiento; hubo, por tanto, consumación. Esta es doctrina de la Corte Suprema de Justicia.

Título I

ABERRATIO ICTUS: error en la acción

Esta figura se estructura cuando el sujeto activo dirige la acción hacia un sujeto pasivo determinado, pero ella se ve desviada, por accidente, hacia una persona distinta.

En el presente caso no hay un error dependiente directamente de la persona autora de la agresión, pero equipararnos, por razón de método y no por purismo filosófico, ese accidente al error por dos causas:

1a.- Porque el trato que merece de la ley es idéntico, y

2a.- Porque en cierto modo, sin ser lo mismo que el error, se lo aprecia con las palabras de "error en el golpe".

Subjetivamente, somos los primeros en afirmar que no hay un estado psicológico del agente. Objetivamente, es evidente que existe un yerro en la acción, más concretamente en el hecho, no como producto humano del motor intelectual, pero sí en la exterioridad propia del fenómeno físico. Hay equivocación en el golpe.

Gutiérrez Gómez, citado por el doctor Eduardo

Título II

Error IN PERSONA: error en la identificación del sujeto pasivo de la infracción

Su estructuración tiene ocurrencia cuando el propósito del sujeto está encaminado a agredir a persona determinada y por un error propio, ocasionado por cualquier causa, hace objeto de su ataque a otra.

Aclaremos con un ejemplo: "Un individuo se propone quitarle la vida a su padre, se dirige al lugar donde acostumbra permanecer y le dispara, pero en ese momento ocupa el puesto un particular quien resulta muerto". (Gutiérrez Gómez, citado por Alvarado Hurtado.-, 165).

En esta figura no debemos hacer esfuerzo alguno para colocarla bajo el título de esta parte de nuestro estudio, por razones completamente obvias.

CUESTIONES COMUNES A LOS TITULOS
ANTERIORES

- I -

ELEMENTOS DE LA ABERRATIO

Los elementos de la aberratio delicti son -
los que se enumeran a continuación:

1o.- Delito doloso. No existe la figura en
las contravenciones ni en la culpa.

2o.- Resultado efectivo en persona distinta.

3o.- Cambio del sujeto pasivo por error del
agente, o por accidente.

- II -

SUJETOS DE LA ABERRATIO

I- Sujeto activo

II- Sujeto pasivo de la intención

III- Sujeto pasivo del resultado

EN EL DOLO EVENTUAL

Hay dolo indeterminado eventual cuando el individuo que se representa los resultados lesivos de su acto, ya asiente a ese resultado; dicho en otras palabras, ratifica su intención, pero el resultado puede o no ocurrir. Ejemplo de esta clase de dolo es el del chofer que se lanza a gran velocidad por una vía y a pesar de que prevé que con ello puede ocasionar la muerte de una persona o de varias, da su asentimiento a esa posibilidad: ahora bien, dicho resultado es eventual, porque puede o no realizarse, ya que puede ocurrir la circunstancia que el chofer no encuentra a nadie en su camino (V. Ilvarado H.-pág. 148).

En esta clase de dolo no puede darse el delito aberrante, porque éste requiere ser dirigido contra persona determinada, y en el eventual no hay sujeto concreto y singularizado.

COEXISTENCIA

La aberratio ictus puede perfectamente coexistir con la figura del error in persona. Ejemplo clásico es el del periodista que ofende a determinado sujeto; éste va al local del periódico, dispara contra una per-

sona distinta al periodista; éste se libra del impacto por cualquier accidente, y resulta muerto un tercer sujeto.

El caso se juzga por las circunstancias que se derivan de la persona contra quien iba dirigido el delito.

Según algunas opiniones también puede coexistir el delito aberrante con la culpa y con la preterintención. Dígase bien: coexistir o concurrir, no existir "en". Se ofrece entonces el caso de un concurso de delitos.

RESPONSABILIDAD

Recemos propias las palabras de la H. Corte Suprema de Justicia:

"Puede decirse que para la ley penal resulta indiferente que la intención o propósito de matar recaiga sobre la misma persona que aparece ofendida. Aunque sea otra, siempre que el golpe fuera dirigido contra la que se quería lesionar, y ello ocurrió por error o accidente, la índole del delito no por esto se modifica, y la estructura del homicidio no cambia, sino que permanece idéntica, pues la responsabilidad no surge porque la acción delictuosa recaiga sobre una u otra persona -

determinada, sino porque se elimina de manera ilegal u na vida, con propósito de hacerlo y con la causalidad-necesaria para que el efecto producido sea la resultan te del acto consumado" (Ortega Torres.-"código Penal y de Procedimiento Penal".-1955.-pág.31.- Auto, 27 octubre 1948, LXV, 168).

"La aberratio delicti no destruye la esencia misma del delito resultante por causa del error del agente, pues en esos casos se está siempre en presencia de un hecho que reúne todos los elementos de la infrac ción penal: sujeto, objeto, acción y daño. Porque en el homicidio y en las lesiones personales, el objeto - material del ilícito y a su vez el sujeto pasivo del mismo, es siempre un hombre, y no este hombre determi nado en vez de aquel otro a quien se dirigía la acción física del agresor". (ibidem.-Sent., 5 abril 1948, LXIV, 827).

- VI -

PENALIDAD.-LEGISLACION COLOMBIANA

La penalidad de los delitos aberrantes es idéntica a las del delito consumado, teniendo en cuenta, como ya se ha repetido, las calidades del sujeto de la intención y no las del sujeto del resultado.

En la legislación colombiana se rige esta ma teria por el artículo 14 del C.F., que dice lo siguien te:

"Cuando por error o accidente se cometa un -

delito en persona distinta de aquella contra la cual se dirigía la acción, no se apreciarán las circunstancias que se deriven de la calidad del ofendido o perjudicado, pero sí las que se habrían tenido en cuenta si el delito se hubiese cometido en la persona contra quien se dirigía la acción".

El artículo que nos hemos permitido copiar es de inspiración netamente positivista.

VII.--ACCIDENTE

Lo habiendo hecho mención al concepto accidente, pasamos a hacerlo.

Se entiende por accidente el suceso eventual e inesperado, o el acontecimiento que sobreviene por caso fortuito o por fuerza mayor, como sería el movimiento de la víctima, la desviación en la dirección del golpe, la deformación del arma, el error sobre el lugar, etc., etc. Ocurre muy frecuentemente en la risa y en el raptus emotivo o psicopático.

- VIII -

ERROR EN PERSONA Y ERROR ESENCIAL

No hay que confundir el error en la persona con el error esencial. Este atiene a la propia esencia. Hay esta clase de error en el caso de confundir, por la oscuridad de la noche, un animal con una persona.

El error esencial es exculpativo de responsabilidad, siempre que no sea proveniente de negligencia, según el ordinal 2o. del artículo 23 del C.P.

Unos ejemplos nos sacan de dudas:

1o.- Cuando quiero matar un animal y por falsa apreciación del objeto elimino a un hombre, hay error esencial de hecho si es que no hay elementos de culpa.

2o.- Pero cuando quiero dar muerte a Juan y mato a Pedro, por equivocación, hay error in persona.

3o.- Una persona A, con el propósito específico de matar a otra, dispara su revólver y por causa accidental yerra el golpe y mata a un animal.

En el primer caso no hay delito de homicidio: a) por falta de dolo específico, y b) por error esencial. Quizá pueda existir otra clase de delito, como por ejemplo, tentativa de dolo en cosa ajena.

En el segundo caso, se dan todos los elementos del homicidio intencional o del asesinato, según la calidad del ofendido, y hay error in persona.

En el tercer caso, habiéndose ejecutado todos los actos necesarios para la consumación del delito y no habiéndose realizado por causas ajenas a su voluntad no hay aberratio delicti, sino un delito frustrado.

En el primero no hay sanción por infracciones contra la vida y la integridad personal; en el segundo, el castigo es secuela de un acto criminoso.

Título 3o.

DELITO IMPOSIBLE: error en los medios, en el sujeto pasivo o en el objeto

En el llamado delito imposible o tentativa - imposible encontramos el error, que puede darse ya en la escogencia de los medios, ya en el golpe por inexistencia del objeto, ya en el sujeto pasivo de la infracción, inexistente. En la falta de cálculo, de previsión y de escogencia, vemos que aparece el error. "El error en la idoneidad de los medios o del objeto da nacimiento al delito inidóneo o imposible", dice Jiménez de Asúa ("La ley y el delito".-pág. 430).

- I -

DEFINICIÓN

Ferri lo define en la siguiente forma:

"Aparece cuando una acción está genericamente prohibida por la ley, pero en aquel caso concreto carece de un elemento constitutivo del delito, por ejemplo, el hurto de una cosa propia creyéndola ajena". (Ferri, ob. cit. pág. 507).

El profesor colombiano Agustín Gómez Prada - lo describe así:

Delito imposible, es el que no puede tener

realidad por inexistencia del objeto de la infracción o por inexistencia del sujeto de la infracción o por ineficacia de los elementos empleados" (Su ob.pág.177)

Antes de seguir adelante y para mayor comprensión de la materia tratada nos parece importante dar una noción de lo que se entiende por "imposible".

- II -

IMPOSIBILIDAD

Imposible es lo que no puede existir ni suceder ni ejecutarse, ora por repugnarle el orden natural de las cosas, ora por ser contrario a las leyes o a las buenas costumbres, la imposibilidad pues, es de dos especies: imposibilidad de hecho o por la naturaleza, o imposibilidad de derecho o por la ley. En efecto, no s'le se tiene por imposible lo que físicamente no puede hacer el hombre, como tocar el cielo con la mano, beberse toda el agua del mar o dar un momento de oro, sino también lo que legal o moralmente no puede ejecutar, aunque lo pueda hacer físicamente, como matar a una persona, cometer un adulterio, abandonar a sus hijos o andar desnudo por la calle. (Diccionario de Joaquín Escribano.-Imp).

Con estas o parecidas palabras da su concepto sobre la imposibilidad don Joaquín Escribano. Para este trabajo vale la primera parte, esto es, lo relativo a lo imposible físico y moral, pero no a lo legal, porque entonces todo delito envuelve ese concep-

to ya que el "no se debe" de la ética y de la norma de cultura se traduce por el "no se puede".

Para nuestra opinión, "imposible" es lo que contradice al rigor de la existencia o de la actividad. Las infracciones penales son acciones u omisiones posibles y voluntarias, penadas por la ley. Esta es la regla general, pero los códigos abren el compás a esta - restricción de la posibilidad para dar cabida a un ac - to, que no siendo un "no-delito", pisa el territorio - de lo antijurídico, pese a la carencia de algún elemen - to para ser delito propio, definido.

La imposibilidad puede ser de dos clases:

- I - Absoluta
- II - Relativa.

Absoluta, cuando es para todos los casos, sin excepción alguna. Si mil veces se "harta" lo propio, hay siempre imposibilidad absoluta de cometer delito de hur - to. En ningún caso puede el acto conducir al fin pro - puesto, teniendo en cuenta los medios empleados y el ob - jeto de la expresión.

Es relativa, cuando los medios y el objeto - del ataque son, generalmente, idóneos para la produc - ción o logro del fin que proyecta el sujeto activo, pero que en relación con el caso concreto no tienen la ade - cuación conveniente al efecto buscado. Tal sería el e - jemplo del que, queriendo matar, dispara hacia un suje - to colocado a 500 metros con un arma de fuego cuyo al - cance es únicamente de 50 m.

La imposibilidad absoluta, creen algunos, se

sale de la órbita del derecho. Las especiales circunstancias que la integran son anteriores a la actividad del agente, y éste más que delincuente, es un retrasado mental. Su acto es absurdo. Por lo absurdo, inocente, porque el delito no es el pensamiento. El pensamiento no delinque, el delito sería imaginario, sin virtualidad para ser real, y menos con efectividad para lo mismo.

Según la anterior opinión se castiga cuando hay imposibilidad relativa, dejando impune la absoluta. Los adversarios de esta teoría piden la sanción para ambas.

MEIOS Y FIN

La imposibilidad puede tener relación ya con los medios y ya también con el fin. Se refiere a los medios, cuando ellos no son idóneos para alcanzar lo que se propone, como en el ejemplo de hacer ingerir a una persona azúcar en lugar de arsénico o de otro veneno. Se relaciona con el fin, cuando hay inexistencia del sujeto pasivo o cuando éste es inidóneo, como se rían los casos de hacer un disparo a una cama en la que no hay nadie con la creencia que allí yace una persona, y dar puñaladas a un cadáver, respectivamente.

La imposibilidad en el fin puede ser material o jurídica:

material, cuando se refiere a la materia sensible;
jurídica, cuando se trata de inidoneidad de derecho.

En la material pertenecen los ejemplos propuestos anteriormente.

A la jurídica, el siguiente: facilitar la fuga de un preso ya indultado, o perdonado, o que ha cumplido la condena y se ha expedido la correspondiente boleta de libertad, en el cual la infracción se hace jurídicamente imposible.

Los aspectos de imposibilidad o inidoneidad de que hemos hablado, en referencia al delito imposible, los resumen algunos autores en la siguiente forma:

- 1.- Inexistencia del sujeto pasivo
- 2.- Inidoneidad en el sujeto pasivo
- 3.- Inidoneidad en los medios
- 4.- Inidoneidad en el objeto.

- IV -

EL DELITO IMPOSIBLE SEGUN ANTONISEI

Por creerlo de mucha importancia para clarificar lo que es el delito imposible, transcribimos a continuación los conceptos que sobre la materia emite el criminalista Antonio Antonisei, en su obra "Manual de Derecho Penal", y recogidos del "Diario Jurídico" (Vol. VI.-los 279 y 280.- págs. 227).

"Delito imposible.- Cuando falta el requisito de la idoneidad de la acción, se tiene la figura jurídica, que nuestro código con expresión bastante discutible llama "delito imposible". La doctrina tradicional hablaba en cambio de "tentativa inidónea".

El citado delito se refiere el art. 49, que en su segundo inciso expresa: "La punibilidad está excluida cuando por la inidoneidad de la acción o por la inexistencia del objeto de ella, es imposible el resultado dañoso o peligroso".

Como resulta del texto de esta disposición, a donde del caso de la inidoneidad de la acción, que hemos tratado de esclarecer, el delito imposible se verifica también en el caso en el cual falta de objeto de la acción misma, es decir, el objeto material del delito (la persona o la cosa sobre la cual recae la actividad física del reo).

Por respecto a este delito la doctrina hace algunas distinciones.

Para muchos escritores que siguen la orientación tradicional, se debe distinguir entre "inexistencia y falta ocasional" (eventual no presencia) de la persona o de la cosa contra la cual va dirigida la acción criminosa: el delito imposible solamente se da en el primer caso y por ello está sujeto a pena aquel que de noche dispara un tiro de fusil en dirección al techo de una persona que hacía pocos instantes por una circunstancia casual se había alejado de la alcoba. Otros autores por el contrario, sostienen que el delito imposible se da en aquellos casos en que el objeto ma-

terial faltaba ya al momento de la iniciación de la actividad criminal y no cuando ha dejado de existir o falta encontrándose en curso la actividad criminal.

Si el uno ni el otro criterio pueden considerarse satisfactorios. El primero en efecto, es bastante empírico, al no ser posible distinguir en forma rigurosamente lógica lo que constituye la inexistencia, de la falta ocasional del objeto. El segundo es arbitrario por cuanto que el momento en el cual el objeto falta (antes o después de iniciada la actividad criminal) carece de significación bien sea desde el punto de vista objetivo (peligrosidad del hecho) o bien sea desde el punto de vista subjetivo (aclaración sincrónica del hecho mismo). La cuestión por el contrario, debe ser resuelta con base en el criterio general enunciado para la idoneidad de los actos (juicio ex ante). Ello significa que no se debe considerar la situación efectivamente ~~anterior~~ existente, es decir aquella puesta en evidencia por el desenvolvimiento de los hechos, sino la situación planteada en el momento en el cual el agente se disponía a realizar su plan criminal. Si en tal momento la presencia del objeto aparecía improbable (inverosímil) se tendrá delito imposible: en los otros casos el hecho será castigado. En consecuencia debe considerarse responsable de tentativa de hurto, por ejemplo el ladrón que en un auto se introduce la mano en el bolsillo vacío de un pasajero.

3o. del art. 4o, "si concurren en el hecho los elementos constitutivos de un delito diferente, se aplica la pena establecida para el delito efectivamente cometido".

tido". En consecuencia, por ejemplo, quien sea absuelto de la imputación de hurto, por cuanto su tentativa resultó infructuosa podrá ser condenado por daño o perjuicio.

Al verificarse el delito imposible, el juez tiene la facultad de ordenar que el sindicado absuelto sea sometido a una medida de seguridad (a la libertad vigilada: art. 49 último inciso y 229 del c.p.) por cuanto que el hecho puede demostrar que su autor es un individuo socialmente peligroso. Es este uno de los casos en los cuales en nuestro derecho se puede aplicar una medida de seguridad sin que exista delito. Algunos autores hablan en estos casos de "cuasi-delito".

Observamos por último que aún habiendo nuestro legislador considerado el llamado delito imposible una figura autónoma, esta es en sustancia una tentativa que no tuvo éxito, como en efecto así lo considera la doctrina tradicional y lo sigue aún considerando, la inidoneidad de la acción o por la inexistencia del objeto de la misma, se puede decir muy bien que el delito "no intentado" es el cometer un delito sin lograrlo." (Revista Jurídica.-).

IMPOSIBILIDAD

Ya se trate de una o de otra de las clasificaciones que se han hecho sobre la imposibilidad, siempre es necesario la acción de la justicia punitiva, ya

que hasta en los casos más extremos de mínimo peligro o de anomalía psíquica la sociedad debe estar a salvo de personas que en potencia, por lo menos, son temibles. Esa potencia, demostrada por un acto, puede elevarse y concretarse en un verdadero ataque.

... veces, como dice Liszt (pág.38), la dudosa posibilidad acusa cortedad de inteligencia y peligrosidad de voluntad, como cuando suministra abortivo a un varón, que antes que acto punible es sintoma de extravío mental.

Según la teoría objetiva no se puede dar principio a un acto imposible; según la subjetiva, sí. La primera es la clásica, real; la segunda, es la psicológica. La ecléctica, concilia las dos tendencias.

Para los clásicos no habría lugar al castigo por no existir una verdadera tentativa de delito: tampoco se ley principio de ejecución en lo que es imposible que llegue a ejecutarse. El fundamento del derecho es la tutela jurídica, la defensa del derecho, y en el delito imposible no se ha violado ninguno.

Para la escuela positivista, en cambio, o quien comete un acto de tal naturaleza es peligroso y merece castigo, teniendo en cuenta los factores de la peligrosidad. En el ejemplo del que roba cosa propia "dicen los juristas que no existe el hurto.... Me es indiferente si existe el ladrón: como digo también, si tu padre da muerte a otra persona", afirma Ferri.

Para los eclécticos, la esencia de toda ten

tativa (tentativa, frustrado, imposible) reside en el carácter peligroso de la manifestación de voluntad, y por tanto, la tentativa no peligrosa no es punible.- Como se ve, sigue un criterio objetivo-subjetivo, apreciando el binomio delincuente-delito. Para Liszt, no se castigará el intento criminal cuando no dimane de él el peligro al uno, atendiendo al modo como el culpable lo calcula.

Sobre esta cuestión la divergencia en la doctrina y en los códigos es inmensa. Y como alguien decía, ni para un mal hay diversidad de remedios es porque ninguno es certero.

- VI -

EL DELITO IMPOSIBLE EN LA LEGISLACION

El artículo 13 del C.I. dice:

"Si el delito fuere imposible, podrá dismínuirse discrecionalmente la sanción establecida para el delito consumado, y hasta prescindirse de ella, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 36°.

Según la doctrina se puede castigar el delito imposible:

- a) Como tentativa,
- b) Como delito frustrado,
- c) Como delito independiente, y
- d) Como uno o como otro, según los casos.

Nuestro código vigente adopta la forma de delito independiente, sin entrar a definirlo. Decimos como delito independiente, sin darle a esta locución el significado de delito autónomo, sino en el sentido de apartarse de la tentativa y del frustrado.

Vemos que en cuanto al efecto, el imposible se puede equiparar al frustrado porque se anota la intención criminal, el esfuerzo delincente y la perseverancia de éllos hasta el final.

El artículo 18 no da ninguna definición, pero interpretando integralmente nuestra ley, se pueden sacar los siguientes elementos:

- a) Intento criminal
- b) Actos ejecutivos, hasta agotarlos
- c) Imposibilidad del resultado por inidoneidad de los medios o en el fin.

Como se ve es un criterio mixto, a pesar de que algunos intérpretes se polarizan al respecto. Así, Gómez Ob. (p. 173), y el Tribunal de Facto afirma lo contrario (p. 113.-) los 199 a 201.- "Foro Harilés". A nuestro parecer, es mixto porque al tenor del artículo 18, al cual remite expresamente el artículo 18 "se le aplicará la sanción al delincente:

- a) según la gravedad y modalidades del hecho delictuoso,
- b) Motivos determinantes,
- c) las circunstancias de mayor o menor peligrosidad, y
- d) la personalidad del agente.

El ordinal a) es objetivo. Los ordinales ~~b)~~
~~a-c)~~ c) a d) son subjetivos.

Según esto, nuestro código castiga el delito imposible cuando esta nota es relativa. Deja sin sanción -porque hasta prescinde de ella- en los casos de imposibilidad absoluta, habida cuenta de los factores del artículo 36. De tal suerte, que la idoneidad es un criterio no fijo en toda su extensión; por el contrario, tiene una flexibilidad extraordinaria, a condicionada a la facultad discrecional -también extraordinaria- que le concede al Juez.

Creemos que los redactores del artículo en estudio evitaron las palabras "medios idóneos", para ser más amplios, humanos y atenerse a la infinita gama de casos que con esa aplicación serían tan sutiles como insolubles justicieramente. Pero en cambio, peca, hasta cierto punto, al dejar al arbitrio del juzgador -no siempre tan justo y tan sabio- la desimetría penal. La facultad de que hablamos es en verdad ilimitada, como quizá no se encuentren otros casos en nuestra legislación, a no ser en el artículo 364 (homicidio piadoso). El Juez debe tener tantas cualidades para tener la probabilidad de ser exacto -más o menos- en la sanción correlativa, que no es posible creer que pueda existir ese paradigma de justicia. La personalidad del delincuente, los motivos determinantes, etc. oscilan generalmente al común de los jueces, que no tienen ni la sapiencia que ello exige ni los medios e instrumentos científicos para valuarla acertadamente.

La penalidad del delito imposible es, en Colombia, excepcionalmente fluctuante, pues va de cero hasta la correspondiente al delito consumado. Teoría

mente, perfecta. Es la ideal para individualizar la pena. Practicamente, da margen para serios reparos.

El artículo comentado tiene muchas concomitancias con la "nota" del artículo 6o. del C.P. ruso de 1926, que ya citamos en otra oportunidad, pero que lo vamos a repetir para que se compruebe nuestro aserto:

"No se considerará como delito el hecho que, a pesar de reunir formalmente las características de uno de los artículos de la parte especial de este Código, careciere de peligrosidad a causa de su insignificancia claramente perceptible y de la falta de consecuencias dañosas".

Esencialmente no es igual. Sólo queremos que se aprecien algunas notas comunes que saltan a la vista, como son las referentes a la peligrosidad en razón de la nulidad de la pena en algunos casos de delito imposible, y en concordancia con el artículo 36.

Título 40.

DELITO PUTATIVO: un error en la apreciación de lo ilícito

En el delito putativo se ve con mayor claridad que en ninguna otra materia, la evidencia del error. Al efecto, éste aparece en la falsa apreciación de un hecho completamente lícito o inocente ante la justicia, como punible. Cabe, por lo tanto, su estudio más que en el iter criminis, en la teoría del error. Pero ya que hemos tomado, para redondear nuestra monografía, los aspectos que puede tener un hecho humano en las diferentes fases de la vida del delito, no está - falta de ubicación en esta parte.

- 1 -

CONCEPTO

La realidad de verdad, solamente en una forma metafórica se puede aplicar el nombre de delito a esta clase de hechos, ya que no entrañan bajo ningún-

aspecto, elemento alguno de los que caracterizan la acción punible.

Según la definición dogmática, trasladada a nuestro derecho penal en forma muy acertada por el profesor Eduardo Alvarado Hurtado, delito es toda acción típicamente antijurídica y psico-física - mente imputable. De ésta deducimos que los caracteres son: acción psico-física, tipicidad y antijuridicidad. Veamos si se reúnen en el delito putativo estos ingredientes delictivos:

Acción psico-física.- Si la hay, puesto - que el sujeto actúa integralmente con sus músculos - y su ser interior.

Tipicidad.- No existe, si se examina la - ley penal. Si este requisito existiera, ya habría - que tenerlo, por lo menos, como un indicio de anti - juridicidad.

Antijuridicidad.- Tomado este término co - mo violación de la ley del Estado, como lo hacían - los clásicos, o como violación del ordenamiento ju - rídico o de las normas de cultura, no está encarna - do en la acción del delito putativo, aunque no des - cartamos que a veces el acto sea contrario, socio - lo, licito y en un momento dado, a lo que se tiene como bueno o lícito.

De tal manera, que si no se reúnen los - tres caracteres del delito no hay delito. Aún más, no

hay la reunión de los elementos del delito de que hablara Ferrí en su definición. Al efecto, de los cuatro (sujeto, objeto, acción y daño), solamente se dan el sujeto y la acción. Pero no tampoco en su aspecto doble, sino de modo singular. Así el sujeto solamente es el activo, y la acción sí, física y psíquica. Y es to hablando en una forma restrictiva penalmente.

La voz "putativo" proviene del verbo latino "putare", pensar, reputar. Vale tanto como creer o suponer. Aquí si es completamente válida la expresión de delito imaginario, pero en derecho la imaginación no delinque, aunque se traduzca en hechos también imaginariamente delictuosos, porque toda actividad para que sea delictuosa debe remitirse, antes que todo, a la ley ~~que~~ positiva de los Estados, y en tanto que ésta no lo contemple como digno de punición, es indiferente a lo jurídico.

"La mera intención de realizar algo delictivo, a la que corresponde un elemento externo no delictivo es impune", dice Soler (Gómez Prada.-"Derecho Penal Colombiano".-Pág. 178).

DELITO PUTATIVO Y DELITO IMPOSIBLE

DISTINCIÓN

Puede aparejar, para los no versados en materias jurídicas, confusiones grandes la distinción entre delito putativo y delito imposible. Pero la distinción es bien fácil en la doctrina. El primero es la creencia, desnuda de toda realidad, al paso que el segundo es ya no mera suposición, sino acción punible en toda la extensión del término. En el delito imposible se atenta contra las condiciones de existencia de una sociedad en un momento dado, mientras que en el putativo no se nolla esa integridad. En el imposible se recorren todos los pasos del iter criminis, desde la idea hasta los actos ejecutivos, y sólo falla por inidoneidad en los medios o en el fin, mientras que en el putativo no se desliza ni siquiera una fase de la vida del delito. El imposible es antijurídico; el putativo, ajurídico. El imposible es agresión totalmente inidónea, pero agresión; el putativo, acción desprovista de toda potencia dañosa. El imposible es delito; el putativo es apariencia de delito. El imposible es tentativa de dañar; el putativo, creencia de producir da c. El imposible produce efectos punibles;

el putativo no responsabiliza a nadie ni por dolo ni por culpa porque esa conducta es un engendro de la fantasía erróneamente delictiva. En el imposible hay un error de hecho sobre el caso concreto; en el putativo, hay un error de derecho sobre el contenido de la acción, lo que Binding llamó "error al revés".

Ausencia de tipicidad.— Pero quizá la diferencia más notable y la que le quita al acto reputado como delito, el carácter de tal es su aspecto negativo: la ausencia de tipicidad.

La ausencia de tipo, dice Jiménez de Asúa, presupone la absoluta imposibilidad de dirigir la persecución contra el autor de una conducta no descrita en la ley, incluso aunque sea antijurídica.

Desde tiempos ya antiguos se estableció la norma del delito legal: nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege. De esta manera, si al hecho le falta tipificarse en la ley no puede acudirse a la analogía para acreditarlo como delito. Y la atipicidad se traduce por completo alejamiento de la órbita penal.

El delito putativo es contrario a la tipicidad; luego no es delito.

LOS CASOS DE DELITO PUTATIVO

Los autores traen generalmente los siguientes casos de delito putativo:

a) El sujeto realiza una acción que cree erradamente que la ley prohíbe. Por ejemplo, si alguien comete un adulterio o vive en amancebamiento, creyendo que están prohibidas por el código penal sin estarlo; que son delitos, sin serlo.

b) El sujeto realiza una acción que carece de algún elemento del delito, según la ley. Por ejemplo, en los delitos contra la propiedad se necesita que la cosa hurtada, robada, estafada, etc. sea "ajena", por lo cual si resulta que era propia, no hay delito; el que tenga acceso carnal con mujer mayor de diez y seis años, con su consentimiento, esto es, sin violencia ni engaño, no comete delito, aunque hubiera creído que la mujer era menor (art. 326.- Corrupción de menores).

c) El sujeto realiza una acción vigilada por la autoridad: delito experimental o sedicente delito,

con agente provocador. El delito no es cosa seria en este caso.

Los anteriores son los casos de delito putativo según muchos autores, sobre todo italianos. Los mismos casos son citados por Soler y por Jiménez de Asúa, aunque éste último lo ~~hace~~ hace a modo de información, predicando tal calificativo solamente para el caso que Binding llamó "error al revés", como en los siguientes ejemplos: el español que va a un país extranjero y cree que allí es delito la tenencia de armas, por serlo en España; los muchachos que creen que el estupro consiste en yacer con una mujer virgen menor de edad aunque mayor de 16 años (en el derecho español), y, en consecuencia, cada vez que ya cen con una joven de tales condiciones entienden haber delinquido, aunque no le prometieran matrimonio. "En estos casos se trata de auténticos delitos putativos en los cuales el sujeto es más exigente que el ordenamiento jurídico y considera que su conducta es reprobable" (J. de Asúa.--(b.cit)).

De los tres casos ordenados con las letras a), b) y c), creemos que puede adjudicárseles el título de delito putativo al delito experimental o secundario y al del ordinal a). El restante sería, en nuestro concepto, un delito imposible al que debe aplicársele la disposición del artículo 18 del código penal, por demostrar objetiva y subjetivamente la peligrosidad. En ese caso hay inidoneidad del objeto de la infracción.

Nuestro código penal ni la generalidad de los códigos hablan sobre el delito putativo. Como excepción a esta regla se citan al italiano de 1930 y el uruguayo de 1933. La disposición italiana dice así:

"No es punible quien comete un hecho que no constituye delito en la errónea suposición de que este constituye delito" (Art. 49, inc. 2o).

El comentarista italiano Antonio Antoni - sci, al referirse a esta norma dice lo siguiente:

La disposición citada está en armonía con las orientaciones del derecho vigente, el cual no considera suficiente para ser castigado el simple convencimiento, ni el propósito de delinquir, ya que al respecto exige la lesión concreta o puesta en peligro de determinados intereses.

"Es necesario distinguir el "delito putativo por error de derecho del delito putativo por error de hecho".

"Hay delito putativo por error de derecho cuando el agente considera erradamente que el hecho el cual él pone en existencia, está prohibido por la ley penal. Tal hipótesis se verifica por ejemplo en el caso del hombre casado que cree cometer adulterio por el solo hecho de tener comercio carnal con una mujer diversa de la propia mujer, como también en el caso de quien piensa que ha cometido falsedad en escritura privada con el simple hecho de -

confeccionar una escritura falsa o alterar una verdadera mientras que es necesario para que exista tal delito el que haga uso o deje que otro haga uso de ella.

El delito putativo por error de hecho se presenta en varios casos.

Ante todo tiene ocurrencia cuando falta uno de los elementos esenciales del delito. El agente, por ejemplo, que se lleva una cosa propia, considérandola erradamente "res aliena". No comete delito porque la calidad de ajena de la cosa es requisito esencial del delito de hurto. Otro ejemplo se tiene en el caso del individuo que depone la verdad como testi o, creyendo manifestar hechos falsos.

La figura jurídica de la cual venimos hablando también se da en la hipótesis en la cual el agente cree cometer un delito, mientras que en realidad obra en presencia de una causa de justificación: un deber, ejercicio de un derecho o cumplimiento de observar, en estos casos se deriva de la naturaleza objetiva que nuestro ordenamiento jurídico atribuye a las causas de justificación, las cuales producen sus resultados eficaces por el solo hecho de que existen.

El delito putativo por error de hecho, se verifica por último, cuando el agente erradamente supone que posee las cualidades exigidas para un delito. Así en consecuencia aquel que erradamente cree ser un funcionario público no puede cometer el delito

de omisión de denuncia de delito previsto en el art. 361 del C.P. y aquel que erróneamente se considere - comerciante no se hace responsable de quiebra, aun - que tanto el uno como el otro consideren haber viola - do la ley penal.

"En la misma forma que para el delito impo - sible, el artículo 49 al establecer la no punibili - dad del delito putativo, agrega que si en el hecho - concurren los elementos constitutivos de un delito - diverso, se aplicará la pena establecida para el de - lito efectivamente cometido, lo cual es natural por - tanto que en este caso una violación de la ley pe - nal no tiene existencia únicamente en la mente del - actor sino también en la realidad. Así las cosas, el + presunto comerciante absuelto por imputación de quie - bra podrá ser llamado a responder de apropiación in - debida, si de este delito se dan sus elementos".
(Boletín Jurídico.- Vol. VI.- Nos. 279 y 280.-Págs.- 228 y 229).

OBRAS CONSULTADAS

- 1.- Enrique Ferri.- "PRINCIPIOS DE DERECHO CRIMINAL"
Traducción por José-Arturo Rodríguez Muñoz.- Madrid.- 1933.
- 2.- Francesco Carnelutti.- "EL PROBLEMA DE LA PENA".
Traducción de Santiago Sentis Melendo.- Buenos Aires.- 1943.
- 3.- Luis Jiménez de Asúa.- "DERECHO PENAL SOVIETICO"
Buenos Aires.- 1947.
- 4.- Luis Jiménez de Asúa.- "LA LEY Y EL DELITO".-
México-Buenos Aires.- 1954.
- 5.- Giandomenico Romagnosi.- "GENESIS DEL DERECHO
PENAL".- Traducción de Carmelo González Cortina y Jorge Guerrero.- Buenos Aires.- 1956.
- 6.- Franz von Liszt.- "TRATADO DE DERECHO PENAL".-
Traducción de Luis Jiménez de Asúa.- Madrid.- 1917.
- 7.- Agustín Gómez Prada.- "DERECHO PENAL COLOMBIANO"
Bucaramanga.- 1952.

- 8.- Samuel Barrientos Restrepo.- "ELEMENTOS DE DERECHO PENAL".- Medellín.- 1953.
- 9.- Luis Carlos Pérez.- "CRIMINOLOGIA".- Bogotá.- 1950.
- 10.- Luis Carlos Pérez.- "DERECHO PENAL COLOMBIANO".- Parte Especial.- Vol. II.- Bogotá. 1957.
- 11.- Luis Carlos Pérez.- "DERECHO PENAL COLOMBIANO".- Parte Especial".- Vol. I.- Bogotá 1956.
- 12.- Jorge Enrique Gutiérrez Anzola.- "DELITOS CONTRA LA VIDA Y LA INTEGRIDAD PERSONAL" Bogotá.- 1956.
- 13.- Jorge Enrique Gutiérrez Anzola.- "DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD".- Bogotá.- 1957.
- 14.- Luis Carlos Pérez.- "NUEVAS BASES DEL DERECHO CRIMINAL".- Bogotá.- 1947.
- 15.- Guillermo Uribe Cualla.- "MEDICINA LEGAL Y PSIQUIATRIA FORENSE".- Bogotá.- 1944
- 16.- Angel Martín Vásquez Abad.- "TRATADO DE DERECHO PENAL COLOMBIANO".- Parte General. Medellín.- 1948.
- 17.- Jorge Ortega Torres.- "CODIGO PENAL Y CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL".- Bogotá.- 1955.

- 18.- J. Rafael Faría.- "LOGICA Y METAFISICA".- Bogotá.
1949.
- 19.- Joaquín Escriche.- "DICCIONARIO RAZONADO DE LEGIS-
LACION Y JURISPRUDENCIA".- París.-
1896.
- 20.- Espasa Calpe, S.A.- "DICCIONARIO ENCICLOPEDICO
ABREVIADO".- Varios tomos.-Madrid.
1955.
- 21.- Eduardo Alvarado Hurtado.- "CONFERENCIAS DE DERECHO
PENAL COLOMBIANO".- Copias mecan-
ografiadas.- 1957.
- 22.- Eduardo Alvarado Hurtado.- "CONFERENCIAS DE SOCIO-
LOGIA CRIMINAL Y DERECHO PENAL GE-
NERAL".- Copias mecanografiadas.-
1955.
- 23.- Alvaro Leal Morsales y otros.- "DIARIO JURIDICO".-
9 Volúmenes.- 1953 a 1959.-Bogotá.
- 24.- Tribunal Superior de Pasto.- "EL FORO NARIÑES".-
Nos. 199 a 201 y 189 a 192.-Pasto.
- 25.- Antonio Vicente Arenas.- "COMENTARIOS AL CODIGO
PENAL COLOMBIANO".-Parte especial.
Bogotá.- 1947.
- 26.- Enrico Altavilla.- "LA CULPA".- Bogotá.- 1956.
- 27.- Henoch D. Aguiar.- "HECHOS Y ACTOS JURIDICOS".-
Buenos Aires.- 1950.-

I N D I C E

I N D I C E

	<u>Pág.</u>
CONSTANCIA	3
<u>PRIMERA PARTE</u>	
<u>ITER CRIMINIS.- FASES DEL DELITO</u>	
	5
I - Planteamiento general	7
II - Definiciones	9
III - Fases del iter criminis	10
IV - La idea criminosa	17
V - Fase oratoria o manifestaciones ver- bales	25
VI - Actos preparatorios	32
VII - Actos ejecutivos	35
VIII - Consumación	39
IX - Agotamiento	45
X - Consumación agravada	46
XI - Arrepentimiento	53
XII - Conclusión	
<u>SEGUNDA PARTE</u>	
<u>INTERRUPCIÓN DEL ITER CRIMINIS</u>	
<u>Sección primera.- DESISTIMIENTO</u>	
	58
I - Generalidades	63
II - Espontaneidad- Voluntariedad	64
III - Penalidad	

Sección segunda.-INTERRUPCION INVOLUNTARIA

Título primero.- TENTATIVA

I	- Definición	71
II	- Teoría de la tentativa como causa de extensión de pena	75
III	- La tentativa, delito autónomo	77
IV	- Elementos de la tentativa	80
V	- Idoneidad	88
VI	- Tentativa acabada y tentativa inacabada	96
VII	- Punibilidad de la tentativa	99
VIII	- Grados de pena	104
IX	- Una legislación audaz	106
X	- La tentativa y el delito de ímpetu	108
XI	- La tentativa en las lesiones personales	119

Sección segunda.-INTERRUPCION INVOLUNTARIA

Título segundo.- DELITO FRUSTRADO

Fronociones		124
I	- Definición	125
II	- Elementos	126
III	- Delito frustrado y tentativa.-Dis-	130
	tinción	133
IV	- Idoneidad	136
V	- Penalidad	140
VI	- La tentativa acabada.-Casos	

TERCERA PARTE

<u>EL ERROR EN EL ITER CRIMINIS</u>		144
<u>Sección primera.- GENERALIDADES</u>		145
I	- Voluntad jurídica.-Elementos	147
II	- El error	

III	- Ignorancia	148
IV	- Error e ignorancia en lo jurídico	149
V	- Error de hecho y error de derecho	150

Sección segunda.-LAS FIGURAS DEL ERROR 152

Aberratio delicti

Título I

ABERRATIO ICTUS: error en la acción 156

Título II

ERROR IN PERSONA: error en la identificación del sujeto pasivo de la infracción 158

CUESTIONES COMUNES A LOS TITULOS ANTERIORES

I	- Elementos de la aberratio	159
II	- Sujetos de la aberratio	159
III	- En el dolo eventual	160
IV	- Coexistencia	160
V	- Responsabilidad	161
VI	- Penalidad.-Legislación colombiana	162
VII	- Accidente	163
VIII	- Error in persona y error esencial	163

Título III

DELITO IMPOSIBLE: error en los medios, en el sujeto pasivo o en el objeto 165

I	- Definición	166
II	- Imposibilidad	169
III	- Medios y fin	172
IV	- El delito imposible según Antonisei	172
V	- Punibilidad	174
VI	- El delito imposible en la legislación colombiana	174

Título IV

DELITO PUTATIVO: un error en la apreciación de lo ilícito 178

I - Concepto

II - Delito putativo y delito imposible.- Distinción	181
III - Los casos de delito putativo	183
 OBRAS CONSULTADAS	 188
 INDICE	 192

Pasto, enero de 1960

2534, 2a. Copia

31.

AN 16074
 T
 D343.2 Guerrero R., Arnulfo
 G87 Momentos donstituti
 vos del hecho delictuoso.....

	VENCE
NOMBRE Rosibeth Jereje	
No. del Carnet	
NOMBRE	
No. del Carnet	
NOMBRE	
No. del Carnet	
NOMBRE	
No. del Carnet	
NOMBRE	
No. del Carnet	
NOMBRE	
No. del Carnet	
NOMBRE	
No. del Carnet	
NOMBRE	
No. del Carnet	
NOMBRE	
No. del Carnet	

AN
 T
 D343.2
 G87
 Ej.1.

16074