

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales

76946

Ej: 1

T
345.00
L 173
1967
C.C.

DERECHO PENAL

EL DELITO IMPOSIBLE

TESIS PRESENTADA POR EL

Br. JOSE ARMANDO RAMIREZ

PREVIA A LA OPCION DEL TITULO DE

DOCTOR

EN JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

EL SALVADOR, C. A.



MAYO 1967

~~378.7284
UES. T.O.
R 1732
1967~~

~~Ej 2. 13176~~

UES BIBLIOTECA CENTRAL



INVENTARIO: 10121729

MFN 16248

D E R E C H O P E N A L

E L D E L I T O I M P O S I B L E

Br. José Armando Ramírez

A LA MEMORIA DE MI MADRE:

CONCEPCION GALDAMEZ DE RAMIREZ.

A MI PADRE:

FEDERICO RAMIREZ.

A MIS HERMANOS.

EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE CIENCIAS SOCIALES, CONSTITUCION Y
LEGISLACION LABORAL.

PRESIDENTE:

Dr. ARMANDO NAPOLEON ALBANEZ.

VOCALES:

Dr. ALFREDO MARTINEZ MORENO.

Dr. NAPOLEON RODRIGUEZ RUIZ hijo.

EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE MATERIAS PROCESALES Y LEYES ADMI-
NISTRATIVAS.

PRESIDENTE:

Dr. JULIO CESAR OLIVA.

VOCALES:

Dr. RICARDO MENA VALENZUELA

Dr. FRANCISCO CALLEJAS PEREZ

EXAMEN GENERAL SOBRE MATERIAS CIVILES, PENALES Y MERCANTILES.

PRESIDENTE:

Dr. ANGEL GOCHEZ MARIN.

VOCALES:

Dr. EDUARDO ALFREDO CUELLAR.

Dr. GABRIEL GALLEGOS VALDEZ.

TRIBUNAL DE TESIS

PRESIDENTE:

Dr. JOSE ENRIQUE SILVA.

VOCALES:

Dr. ARTURO CASTRILLO ZELEDON.

Dr. ANTONIO MORALES ERLICH.

ASESORO ESTA TESIS:

Dr. MARCEL ORRESTES POSADA.

I N D I C E

CAPITULO I

CONCEPTO DEL DELITO

- 1) INTRODUCCION
- 2) EL DELITO SEGUN LA ESCUELA CLASICA
- 3) EL DELITO SEGUN LA ESCUELA POSITIVA
- 4) EL DELITO SEGUN LA ESCUELA TECNICO-JURIDICA
- 5) CONCEPTO FILOSOFICO DEL DELITO

CAPITULO II

FASES DEL DELITO

- 1) FASE INTERNA:
 - A) IDEACION
 - B) DELIBERACION
 - C) RESOLUCION
- 2) FASE INTERMEDIA:
 - A) RESOLUCIONES MANIFESTADAS
 - a) PROPOSICION
 - b) CONSPIRACION
 - B) MANIFESTACION
 - C) INCITACION
 - D) INDUCCION O INSTIGACION
 - E) APOLOGIA DEL DELITO
 - F) DELITO PUTATIVO
- 3) FASE EXTERNA:
 - A) ACTOS PREPARATORIOS
 - B) TENTATIVA
 - C) DELITO FRUSTRADO
 - D) DELITO CONSUMADO
 - E) DELITO AGOTADO

CAPITULO III

DELITO IMPOSIBLE

- 1) CONCEPTO Y GENERALIDADES
- 2) SU UBICACION DENTRO DE LAS FASES DEL DELITO

CAPITULO IV

DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS DEL DELITO IMPOSIBLE CON EL DELITO PUTATIVO, LA TENTATIVA Y EL DELITO FRUSTRADO.

- 1) EL DELITO IMPOSIBLE Y EL DELITO PUTATIVO.
- 2) EL DELITO IMPOSIBLE Y LA TENTATIVA.
- 3) EL DELITO IMPOSIBLE Y EL DELITO FRUSTRADO.

CAPITULO V

PROBLEMA DE LA PUNIBILIDAD O IMPUNIDAD DEL DELITO IMPOSIBLE. DIVERSAS POSICIONES.

- 1) TEORIA OBJETIVA
- 2) TEORIA SUBJETIVA
- 3) TEORIA POSITIVISTA

CAPITULO VI

EL DELITO IMPOSIBLE EN NUESTRA LEGISLACION. DERECHO COMPARADO.

CAPITULO VII

JURISPRUDENCIA

CAPITULO VIII

C O N C L U S I O N E S

.....

C A P I T U L O I

CONCEPTO DEL DELITO

I) I N T R O D U C C I O N:

Presupuesto necesario para el estudio del delito imposible que nos proponemos desarrollar, es abordar el problema del concepto del delito, puesto que aquel no es sino una especie imperfecta de este, así, el antes dicho concepto no ha sido igual en las distintas épocas, ni tampoco para las diversas escuelas penales -- que han existido.

Históricamente ha sido enfocado en la siguiente forma: en la época antigua del Derecho Penal, no existió un concepto científico del delito, así en Roma se distinguía entre los delitos malos en sí mismos "Delicta mala in se", y los delitos que eran tales por estar prohibidos por la ley "Delicta mala quia prohibita", también distinguieron los romanos entre los delitos que violaban intereses de la comunidad "Crimina pública" y los que atacaban los intereses de los ciudadanos "Delicta Privata"; no hubo pues como se un concepto científico del delito, pero eso sí, éste en su esencia era lo antijurídico, la calificación de delictiva que en un momento se le daba a una acción era el resultado de un juicio valorativo elaborado como es natural, de acuerdo a las condiciones imperantes en la época; no obstante es necesario hacer notar que en la antigua Roma hubo jurisconsultos que se preocuparon - por estudiar el delito no sólo por sus resultados, sino también atendieron al elemento subjetivo del mismo, al elemento intencional, llegando a distinguir específicamente entre el homicidio simple y el homicidio culposo, pero, no llegaron a sistematizar una

teoría científica del delito.

En la edad media el concepto del delito es fuertemente influenciado por el Derecho Romano, por el Derecho Germánico y también por el Derecho Canónico, es así como este último establece la siguiente clasificación de los delitos;

a) Aquellos que iban contra la fe católica y que eran de la competencia de los tribunales eclesiásticos y a los que llamaba "Delicta eclesiástica".

b) Aquellos que eran de la competencia de la autoridad civil, llamados "Delicta secularia", los cuales violaban los derechos de los ciudadanos.

c) Los que ofendían al mismo tiempo el orden religioso y el orden civil, llamados "Delicta mixta sive fori".

El Derecho Germánico distinguía entre los delitos que ofendían a los particulares y aquellos que dañaban a la comunidad; los primeros podían atacar a un individuo o a una familia; cuando la ofensa se dirigía contra un particular, daba lugar a la venganza privada y en el otro caso se originaba la venganza de sangre; cuando era la comunidad la ofendida por el delito, el delincuente se le expulsaba del grupo social, perdiendo así todos sus derechos y quedando aún desamparado de la protección penal del Estado, esta pena se conocía con el nombre de "Pérdida de Paz".

En síntesis en esta época no se han deslindado aún los campos religioso y penal, esta situación como es natural, tiene una gran influencia en la valoración jurídica que en esa época se

hacía, así, se llega a pensar, que los animales, eran capaces de tener "Intención", en consecuencia se les juzgaba y condenaba por los daños que causaban; se aprecia el delito pues, más que todo por sus resultados y no por el elemento subjetivo.

En esta misma etapa del derecho penal se concibe al delito como un acto que va contra la ley de Dios, la ley del Estado o de ambos a la vez; es una etapa de lento y doloroso progreso, - testigo de terribles injusticias las cuales eran producto más que todo de ese inconveniente mezcla de religión y derecho.

Llega el Siglo XVIII, y con él el concepto jurídico del delito, enunciado por primera vez por el Marqués César Beccaría, quien publica en forma anónima en el año de 1764, en Liorna, su inmortal obra "Dei delitti e della pene"; tiene el gran mérito - este pequeño libro pues no era un tratado de Derecho Penal, y es el de ser la primera obra de estricta doctrina penal, en ella su autor separa la política y la religión del Derecho Penal, se encuentra en ella una valiente protesta por las tremendas injusticias que en ese tiempo se cometían al amparo de un derecho anticuado y brutal. Sostiene que el Estado no puede imponer una pena sino está previamente establecida en la ley, este principio fue después reafirmado en la famosa Declaración de los Derechos del Hombre, en 1791, asimismo en el Código Francés del mismo año y también los Códigos Españoles de donde fue tomado el nuestro del año de 1902.

2) EL DELITO SEGUN LA ESCUELA CLASICA;

Enunciado por la Escuela Clásica del Derecho Penal, cu

yo máximo exponente fue Francisco Carrara, para esta escuela el delito es un ente jurídico, es una infracción a la ley; afirma que para imponer una pena, es necesario que la acción del agente esté descrita en la ley penal como delito, exigencia que no es otra cosa que la expresión del principio "Nullum crimen nulla poena lege"; exige asimismo esta escuela como requisito esencial para que una conducta pueda ser calificada como delito, que mediante ella se cause un perjuicio a la sociedad; a consecuencia de ésto la pena tiene por finalidad el restablecimiento del orden social alterado por la acción delictiva, teniendo además un carácter retributivo, es decir que se impone en compensación al mal causado por la acción criminal. Sostiene la escuela que nos ocupa, que el agente debe ser moralmente imputable y libre, y en ella se desarrolla el sentido individualista de la protección al ciudadano contra los excesos y arbitrariedades del poder público, desarrollándose en esta escuela las ideas del creador del Derecho Penal Humanitario, Marquese de Beccaría.

Las ideas de esta escuela penal se expresan, en la definición que del delito dio el maestro Carrara, quien dice: "Delito, es una infracción a las leyes del Estado, promulgadas para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso".

El error más grave de esta escuela es el pasar por alto en sus estudios al delincuente, omisión que como es natural afectó grandemente toda la doctrina penal clásica.

3) EL DELITO SEGUN LA ESCUELA POSITIVA:

Es esta escuela una verdadera revolución contra los clásicos y sus postulados, sus críticas contra la magnífica construcción penal hecha por Carrara fueron demoledoras. En primer lugar los positivistas sí le dieron la importancia que merecía al estudio del delincuente; afirmando que el delito es un ente natural y social, en otras palabras, que es el producto de una gama de factores tanto externos como internos, y que son los que determinan al hombre a delinquir.

Los exponentes más notables de esta escuela fueron: César Lombroso, Enrique Ferri y Rafael Garófalo, llamados los tres evangelistas de la Escuela Positiva.

César Lombroso, se dedica a investigar cuáles son las causas orgánicas o biológicas del delito; es el padre y máximo impulsador de la Antropología o Biología Criminal, afirma que el delincuente es una regresión al hombre primitivo y salvaje; mediante el estudio de la Patología, Morfología y Anatomía del delincuente, dice haber descubierto las causas de la conducta criminal, elabora la teoría del criminal nato, atribuyendo su conducta a condiciones atávicas y al hecho de ser como se dijo un retroceso al hombre primitivo, según él las causas de este atavismo son trastornos nerviosos de origen epileptoide. Se ve pues en Lombroso al científico interesado en el estudio del sujeto activo del delito, tema completamente descuidado como anteriormente se expuso por la Escuela Clásica.

Rafael Garófalo, siguiendo las enseñanzas de César Lom

broso, sostiene, que el delincuente es un ser anormal tanto moral como orgánicamente, dice que la sociedad tiene derecho a defenderse de los criminales eliminándolos de su seno, asigna a la pena - una finalidad de defensa social y es gran defensor de la pena de muerte, observa que la Escuela Positiva no ha definido lo que es el delito y entonces elabora su teoría del delito natural definiéndolo así: "Es delito la ofensa a los sentimientos altruistas de piedad y probidad en la medida media en que son poseídos por un grupo social determinado".

Enrique Ferri, es el tercer evangelista de la Escuela Positiva, sigue en lo esencial las teorías Lombrosianas, según él, el delincuente es un sujeto anormal, sin embargo él incluye dentro de los factores que concurren a originar la conducta criminal, un nuevo elemento, que es el medio social y dice que el hombre solo es responsable e imputable por el hecho de vivir en sociedad. Fue Ferri el sociólogo de la escuela a la que perteneció, negaba el libre albedrío, que era la base de la doctrina clásica, - ya que él consideraba al delito como el resultado de la suma de la especial constitución para delinquir más ambiente, estas ideas están expuestas en su obra Sociología Criminal; como consecuencia de negar el libre albedrío, él sustituye la imputabilidad moral - por la responsabilidad social, basando en ésta la responsabilidad penal, distingue entre delincuentes natos, habituales, ocasionales y pasionales, y aconseja que a cada uno de éstos se le trate según su peligrosidad; estas son esencialmente las ideas de Ferri, concretadas cuando define al delito así, "Es delito la acción deter-

minada por motivos individuales y antisociales que alteran las condiciones de existencia y lesionan la moralidad media de un pueblo en un momento determinado".

La Escuela Positiva es el resultado de la corriente científica del siglo XIX, época en la cual se desarrollaron en forma amplia las ciencias naturales, esto implicó el abandono del método deductivo empleado hasta entonces por los penalistas en sus investigaciones, las cuales eran de tipo racionalista, para pasar a las de carácter realista, empleando ante todo el método inductivo; admiten los positivistas que en la concepción que ellos tienen del delito quedan fuera aquellos que son de creación estatal, llamados también delitos artificiales, tales como; los de rebelión, sedición y espionaje; ante esta situación se ven obligados a admitir la vieja clasificación de los delitos en naturales y artificiales, lo cual les ha valido crítica puesto que así se vuelve a una de las clasificaciones de los delitos formulada por los Romanos.

En esta escuela surge con Ferri un concepto nuevo en materia penal, cual es el de peligrosidad, muy importante como se verá en el tema objeto de este trabajo.

La corriente neopositivista vuelve en parte a la noción jurídica del delito al definirlo como infracción a la ley, abandonando por lo menos el concepto del delito natural, así por ejemplo: Impalomeni quien dice: "Es delito el hecho prohibido por la ley con la amenaza de una pena para la seguridad del orden social constituido por el Estado".

4) EL DELITO SEGUN LA ESCUELA TECNICO JURIDICA:

Esta fue iniciada por Carlos Binding, el objetivo de esta escuela es la interpretación del derecho vigente y el estudio de las bases técnicas de este derecho. Así abandona el dogma del libre albedrío; sostiene que la pena como tal debe aplicarse a los imputables, es decir a los sujetos síquica y biológicamente sanos, en tanto que a los inimputables se les debe aplicar medidas de seguridad, que más bien son de carácter administrativo y no penas; cuenta esta escuela con muchos seguidores, por ejemplo: Max Ernesto Mayer, Franz Von Litz y otros en Alemania, en Italia Arturo Rocco, Manzini, etc., en España Luis Jiménez de Azúa y otros, este último elabora un concepto dogmático jurídico del delito así: "Es delito el acto típicamente antijurídico imputable y culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad y que se halla conminado con una pena o en ciertos casos con determinada medida de seguridad en reemplazo de ella". En esta definición están contenidos los caracteres esenciales del delito los cuales son: Actividad, Tipicidad, Antijuricidad, Imputabilidad, Culpabilidad, Penalidad o medidas de seguridad y condiciones objetivas de penalidad a veces, es pues como vemos un definición completa del delito.

Según el autor italiano Giuseppe Bettiol, en su Derecho Penal, Tercera Edición, se han dado dos corrientes en cuanto al concepto del delito, visto éste desde dos puntos de vista diferentes, según se considere al delito como "Todo hecho del hombre prohibido por la ley penal", estaremos ante una definición de carácter formal, si por el contrario continúa Bettiol se supera el for-

malismo para considerar al delito como "Todo hecho del hombre lesivo de un interés que alcance a comprometer las condiciones de existencia, de conservación y desarrollo de la sociedad", tendremos un concepto de carácter sustancial, en este se estudian el conjunto de factores ético, político, sociales que convergen en el delito sin desligarse naturalmente del aspecto formal, en otras palabras hay que volver la mirada a las "profundidades", palabra usada por Bettiol, para encontrar fundamento y explicación a la norma legal. Es importante esta distinción entre definición formal y material del delito, por cuanto así podremos saber que la que dá nuestro Código Penal, que mas bien es una definición de infracción penal, es de carácter puramente formal.

5) CONCEPTO FILOSOFICO DEL DELITO:

Siempre dentro del concepto del problema del delito, nos encontramos con que ha habido autores que han tratado de conceptualizar el delito desde el punto de vista filosófico, es decir, elaborar una noción que sea válida en todos los tiempos y en todos los lugares, ejemplos de esta clase de conceptos son los siguientes:

Frank, "Delito es la violación de un derecho fundado sobre la ley moral".

Pessina, "Delito es la negación del derecho".

Romagnosi, "Delito es el acto de una persona libre e inteligente perjudicial a los demás e injusto".

Rossi, "Delito es la infracción de un deber exigible, en daño de la sociedad o de los individuos".

Se han criticado los conceptos filosóficos del delito, con los siguientes argumentos:

a) Que son imprecisos.

b) Citando a Carrara quien afirmaba que hay violaciones de derechos que no infringen el Derecho Penal y acciones que causan perjuicios, sin ser delitos.

c) Que es imposible que sea estable el concepto del delito, pues este está íntimamente ligado a la vida social, cultural y jurídica de cada pueblo y en cada época, y como consecuencia de esto lo penado ayer, puede ser lícito hoy y viceversa.

.....

C A P I T U L O I I

FASES DEL DELITO

Este capítulo se refiere a las diversas etapas (Iter -- Criminis) o también vida del delito, que éste atraviesa desde el nacimiento de la idea criminal hasta su agotamiento; haciendo un estudio más pormenorizado de la fase externa que es la que para el tema de este trabajo nos interesa, las demás fases del delito serán tratadas en forma somera, para evitar divagaciones que no harían más que prolongar este pequeño trabajo y desviarnos del -- punto central que es el "DELITO IMPOSIBLE". Se distinguen a este respecto tres fases:

- 1) Fase interna.
- 2) Fase intermedia.
- 3) Fase externa.

1) FASE INTERNA:

El delito como casi todos los actos humanos tiene su nacimiento en la mente del hombre, es allí dentro de ese admirable mecanismo que nos permite razonar y que nos distingue de los seres que obran por instinto, donde se incuba el germen del delito, surge pues en este momento la idea criminal y se inicia la fase interna de la vida de aquél; pero como expresamos antes la consecuencia del razonamiento del hombre es que antes de decidirse por determinada acción, sopesa las circunstancias, analiza los pro y los contra para desechar o acoger la realización de una idea, y es entonces cuando llega el momento en que el individuo toma una decisión;

hasta aquí todo es pensamiento, no ha habido ninguna manifestación exterior y se ha realizado la fase interna de la vida del delito, y la cual comprende en síntesis estos tres momentos:

Ideación, surgimiento de la idea criminal.

Deliberación, el agente razona, analiza los pro y los contra de la idea criminal.

Resolución, el sujeto decide acoger o rechazar la idea criminal.

Si la idea es rechazada todo ha terminado, si se acoge continúa gestándose el delito, Es necesario afirmar que hasta aquí no tiene ninguna incumbencia el derecho penal, pues éste regula conductas, actuaciones, las cuales no son únicamente ideas, pues éstas nacen y mueren en la mente del sujeto si éste no las exterioriza, siendo imposible lógicamente su prueba; por otra parte cuando el derecho penal ha dispuesto penar las ideas, lo ha hecho movido por el resorte político y con la finalidad de anular la libertad de pensamiento, atropellos contra los cuales todo ciudadano debe luchar.

2) FASE INTERMEDIA:

Comprende actos que no son de la fase interna porque en ellos hay manifestación exterior, es decir superan los actos puramente síquicos; tampoco pertenece a la Fase Externa porque ellos no constituyen un principio de ejecución material de delito. Siguiendo al maestro Luis Jiménez de Azúa, en su obra La Ley y el Delito, Segunda Edición, página 500, consideramos como los más -

importantes actos pertenecientes a esta fase, las resoluciones manifestadas y el delito putativo, aunque también se encuentran en esta zona, la manifestación, la incitación, la inducción o instigación y la Apología del Delito.

A) Las resoluciones manifestadas han sido estudiadas en dos formas que son: La Proposición y la Conspiración, las que tienen como características ser especializadas hacia un delito determinado y además el ser eminentemente verbales, por ésto último se diferencian de los actos preparatorios, en otras palabras no son del todo internas del agente; pero tampoco son actos de comienzo de ejecución. En general las resoluciones manifestadas no son punibles, porque cuando son puras no se encuentra en ellas que lesionen norma, ni bien jurídico alguno; pero sucede que algunas veces contienen una intención criminal específica y entonces están penadas especialmente como delitos, así por ejemplo: en las amenazas, en las que no obstante ser verbales y no causan un daño material, si atacan la seguridad de la víctima.

Nuestro Código Penal en su artículo 4, Inciso 1o., dispone: "La proposición y la conspiración para cometer un delito sólo son punibles en los casos en que la ley los pena especialmente", este inciso se refiere a la conspiración para la rebelión Artículo 132, la conspiración para la sedición Artículo 138, la conspiración para los delitos de traición Artículo 101, Inciso 2o., y Artículos 121 y 122 del mismo Código, El Inciso 2o. del mismo Artículo define lo que debe entenderse por proposición y conspiración

así: "La propocisión se verifica cuando el que ha resuelto cometer un delito propone su ejecución a otra u otras personas"; y la conspiración diciendo: "Hay conspiración cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo". De las anteriores definiciones podemos deducir los elementos constitutivos de cada una de ellas de la siguiente manera:

La proposición debe reunir los siguientes elementos:

a) a) Es necesario que una persona esté resuelta a cometer un delito.

b) Que participe su resolución a otra u otras personas, invitándolas a cometer un delito concreto; este segundo elemento requiere a su vez estos requisitos: a) Necesariamente el agente debe tener un plan previo. b) Debe manifestar este plan a persona o personas determinadas.

c) La proposición debe hacerla con la intención de recibir la debida cooperación.

La conspiración requiere:

a) Acuerdo previo de varias personas para cometer un delito; este elemento implica: resolución en tratar el asunto o cuestión delictiva y que acepten algunos aunque no todos la idea de cometer el delito.

b) Que varios aunque no todos decidan ejecutar el delito.

En síntesis para que la conspiración sea punible, es necesario un pacto o acuerdo previo y además que haya resolución de delinquir.

B) LA MANIFESTACION, consiste en expresar la intención de cometer un delito y no es punible, porque en ella no hay lesión ni riesgo de lesión jurídica.

C) LA INCITACION, en la cual se excita el ánimo de otro u otros a cometer el delito.

D) LA INDUCCION O INSTIGACION, es una proposición aceptada y cumplida o comenzada a cumplir, quien induce, insiste, lucha hasta lograr que la otra persona acepte y ejecute el delito; está contemplada en nuestra ley penal en el inciso 2o. del Artículo 13 y comprendida en la participación criminal como coautoría.

E) APOLOGIA, es el elogio o recomendación del delito, puede en un momento dado constituir un consejo y no será punible.

F) Por último trataremos del delito putativo que como antes expusimos, es junto con las resoluciones manifestadas los más importantes dentro de las diversas manifestaciones de voluntad - contenidas en esta fase; fue llamado por Carlos Binding "Error al revés", debido a que tiene su base en un error, es decir en un conocimiento equivocado, al contrario de la ignorancia que es la ausencia absoluta de conocimiento, el agente cree erróneamente que la acción que ejecuta es delito y lo cierto que no es tal, en la práctica una situación como ésta, tendrá que solucionarse aplicando el principio "Nullum Crimen, Nullum Sine Lege", y será un caso de atipicidad absoluta, por ejemplo tenemos el caso de una persona que evade los impuestos creyendo con éllo cometer un delito, - cuando realmente en nuestro Código Penal dicha acción no está ti-

pificada como tal. En el delito putativo, expresa muy elegante y acertadamente el Profesor Jiménez de Azúa, en obra citada, página 505, el sujeto es más exigente que el ordenamiento jurídico y considera que su conducta es reprobable. En nuestro Código Penal no se menciona siquiera el delito putativo, en cambio si se refieren a él los Códigos Italiano de 1930 y Uruguayo de 1933, el primero no penándolo y el segundo dejando al criterio del Juez las medidas de seguridad que sea necesario tomar: nuestro proyecto de Código Penal también guarda silencio a este respecto.

Así es brevemente expuesta la fase intermedia de la vida del delito, la cual no siempre se da y es por eso que muchos autores no le conceden tanta importancia y aún más, dicen que no es fase en realidad el delito, reconociendo esta calidad solamente a las fases interna y externa.

3) FASE EXTERNA.

En ésta se exterioriza la intención y comienza en: A) Actos Preparatorios, llamados simplemente "Preparación" por el penalista español Cuello Calón, en su Derecho Penal, I, no dan índice cierto de la idea de cometer un delito, es de su esencia el no ser especializados para la comisión de un acto criminal, en atención a esta característica eran llamados equivocos por el clásico Rafael Carrara, en su Programa, 358, en la Doctrina Penal de Italia también se les ha llamado, actos de conato remoto o de tentativa alejada.

Al respecto de esa impresión en la finalidad de los actos preparatorios el Penalista Antonio Quintano Ripolles, en su

curso de Derecho Penal, dice: "En esta clase de actos no se prevé directamente el resultado criminal, más que como una posibilidad junto a otras inocentes entre sí, por ejemplo: El mero hecho de comprar un arma o una escalera, no supone necesariamente la ejecución de un homicidio o de un robo"; por otra parte los autores clásicos sostenían que los actos preparatorios no eran punibles porque no constituían un principio de violación de la norma penal; en general pues, no son punibles, si lo son por excepción, así en nuestro Código Penal, existen estos casos: Artículos 472, 245, 467, 246, 268, 518, pero en las situaciones contempladas por las anteriores disposiciones de la Ley Penal, si hay una razón poderosa para penarlos, pues en ellas sí hay especialización al acto delictivo y de cuya falta para otros casos se hablaba anteriormente. En nuestro proyecto de Código Penal, elaborado por los doctores Enrique Córdova, Manuel Castro Ramírez y Julio Fausto Fernández, se dispone en el Artículo 14 expresamente; "Los actos preparatorios sólo son punibles en los casos especialmente establecidos en la ley", con esta disposición se comprueba lo que antes exponíamos en cuanto a su punibilidad.

B) TENTATIVA. Es indudable que cuando el delincuente resuelve cometer un delito, se propone consumarlo y aún más a veces agotarlo, es decir lograr su objetivo a plenitud, no se queda en la descripción que de la figura delictiva hace la ley Penal, sino que va más allá y lleva su acción hasta sus últimos consecuencias, aquí se está en presencia del delito perfecto en su grado de agotamiento; pero a veces no se realizan todos los actos

que enlazados deberán concluir en el delito; en ocasiones por voluntad del sujeto y otras sin o contra su voluntad, en esta situación estamos en presencia de un delito imperfecto en grado de tentativa.

Cuando la interrupción de los actos encaminados directamente a la ejecución del delito es voluntaria, se perfila el desistimiento, el cual releva de la pena al delincuente por una razón de política criminal; pero en los otros casos sí es punible.

Es decir que la actividad del sujeto está orientada en forma clara por actos "unívocos", llamados así por Carrara en Programa 358, a la realización de un delito determinado, pero la interrupción de esa actividad no es voluntaria y a causa de esa interrupción el resultado antijurídico buscado no se produce; con base en lo dicho podemos intentar un concepto de tentativa así: es la voluntad criminal exteriorizada por actos que tienden directa e inequívocamente a la ejecución de un delito, pero que por motivos ajenos a esa voluntad se interrumpen dichos actos, no realizándose todos los necesarios para que el hecho descrito en la Ley Penal como delito se perfeccione.

El Profesor madrileño Luis Jeménez de Azúa, en obra citada, página 509, dice: "Hay tentativa cuando la voluntad criminal se traduce en un acto externo que entra en la esfera de consumación de delito sin llegar a llenarla y va dirigido claramente a conseguir la objetividad jurídica del delito, pero sin llegar a lesionarla"; en forma más simple el mismo Profesor expresa: "Es tentativa la -

ejecución incompleta de un delito".

Modernamente en la dogmática penal, el autor Max Ernesto Mayer, expresa que la tentativa y la participación criminal, son causas de extensión de pena, y que por tales deben entenderse: "Aquellas circunstancias que fundamentan la tipicidad de una conducta por atribuir a las características de los diversos delitos una validez que excede a su extensión conceptual"; estas causas de extensión son llamadas por el penalista argentino Sebastián Soler, en su Derecho Penal Argentino, Tomo II, página 211, "Formas ampliadas de adecuación", y están contenidas, la tentativa en el Inciso 4o. del Artículo 3 de nuestro Código Penal y la participación criminal en el Título 2o., del mismo Código bajo el epígrafe "De las personas responsables criminalmente de los delitos y faltas."

ELEMENTOS DE LA TENTATIVA:

- a) La intención criminal.
- b) Comienzo de ejecución del delito por actos exteriores propios y característicos del mismo.
- c) Que la ejecución se interrumpa por causas independientes de la voluntad del agente.

Primer Elemento. a) La intención debe ser la de consumar un delito, es este elemento de mucha importancia para el juzgador, pues éste en un momento dado debe tratar de desentrañar la intención del agente, pues se puede encontrar con la duda de si el propósito del sujeto fue el de ejecutar el delito que resultó, en cu-

yo caso habría delito consumado o si por el contrario el propósito del mismo agente era el de consumar otro delito distinto del resultante y de mayor gravedad que éste, por ejemplo: si se causan lesiones a un individuo es necesario establecer si la intención del delincuente era únicamente la de lesionar, o si el propósito de él era el de matar, en el primer caso nos encontraremos ante un delito consumado de lesiones, pero si por la prueba que se vierte en el proceso se establece que el agente tenía la intención de matar, habrá en este caso un delito imperfecto de homicidio en grado de tentativa; naturalmente esta tarea es muy difícil y a veces imposible para el Juez, pues la única base para determinar esa intención se encuentra en las manifestaciones exteriores del sujeto las cuales a veces no son el reflejo del pensamiento del mismo.

Es pues, necesario que exista el dolo, la intención criminal, para que pueda hablarse de tentativa, de aquí que se sostenga por casi todos los penalistas que en los delitos culposos no se puede dar la tentativa, porque en estos delitos si bien es cierto que hay un acto voluntario del agente, pero no existe la intención, el propósito de producir un resultado antijurídico, así por ejemplo: El que imprudentemente manipula un arma de fuego cargada y al dispararse ésta mata a una persona, comete un homicidio culposo, es indudable que el sujeto imprudente ejecuta un acto voluntario al maniobrar el arma, pero también es cierto que no existe en dicho individuo la intención de matar a persona alguna, en consecuencia, no se podría configurar la tentativa en este caso, ni en los demás delitos culposos por las razones expuestas.

Sin embargo el penalista alemán Edmundo Mezger, sostiene que sí se puede dar la tentativa por los menos conceptualmente, en los delitos culposos, opinión que se encuentra en su tratado II P. 197; en nuestra opinión es más aceptable la tesis negativa, pues de lo contrario se desnaturalizan los conceptos de culpa y tentativa; por otra parte también se sostiene que no puede haber tentativa en los delitos formales o de predominante acción, por ejemplo: amenazas, injurias, etc.; la misma opinión se sostiene en cuanto a los delitos de peligro general, Artículo 268 y siguientes Código Penal.

En cuanto a si la tentativa se puede dar con dolo indirecto o sea con el dolo eventual o con dolo indeterminado o si solo es posible con el dolo directo, el autor argentino Ricardo C. Núñez, en su obra de Derecho Penal Argentino, Parte General II, páginas 315 y 316 cita a Carrara quien afirma: "Que el delito consumado y el delito tentado difieren en el elemento intencional, - porque para volver imputable el delito consumado basta tanto la intención indirecta como la directa; basta también tanto el dolo indeterminado como el determinado, vale decir, la sola previsión del mal producido, sin el firme propósito de producirlo; por el contrario la tentativa no es imputable como delito si no fue ejecutada con la intención directa y la culpa y el dolo indeterminado no bastan para producirla", para comprender estas ideas del maestro Carrara es necesario saber cuáles son los elementos de las clases de dolo a los que se refiere en el párrafo transcrito y los - cuales expondremos a continuación:

El Dolo Directo, necesita para existir los siguientes elementos: a) Voluntad e intención del agente de producir el resultado antijurídico. b) Que ese resultado sea representado o previsto por el agente.

El Dolo Indirecto, está constituido por los siguientes elementos:

a) Voluntad e intención de producir el resultado antijurídico.

b) Falta de previsión del resultado mayor que el que se proponía el agente, el cual según éste no se realizará aunque cabe la posibilidad de que pueda ocurrir.

c) Falta de intención de producir ese mayor resultado.

El Dolo Eventual, a su vez contiene estos elementos:

a) También necesita de la voluntad de la intención del agente para producir el resultado antijurídico.

b) El agente prevé y se representa el resultado que es mayor que el que se propuso, sabe asimismo que es posible que pueda ocurrir ese resultado.

c) Hay una ratificación a priori del resultado si llega a ocurrir.

Para Carrara sólo el dolo directo puede dar origen a la tentativa, porque en éste si hay elementos perfectamente concordantes con la naturaleza de la tentativa; en las otras clases de dolo dedujo, que dados los elementos que los constituyen no contienen el determinante psicológico que exige la tentativa.

No obstante hay autores que sostienen las tesis contra-

ría y afirman que puede haber tentativa con solo la concurrencia del dolo eventual, así: Eugenio Cuello Calón, en su Derecho Penal, Tomo Primero, así también Maggiori, citado por Ricardo C. Núñez, en su Derecho Penal Argentino, Parte General II, página 316. En nuestra opinión la tesis de Carrara es la más aceptable por la misma razón que al hablar de la posibilidad de la tentativa en los delitos culposos expusimos, es decir porque con élla no se desnaturaliza el concepto de la misma. Pero es necesario establecer si las antes expuestas ideas Carrareanas son o no aplicables a nuestro Código Penal cuando define la tentativa, anticipamos que en nuestra opinión no son aplicables; lo que no obsta a que las consideramos más correctas desde el punto de vista doctrinario, como ya antes dijimos, fundándonos en las razones siguientes: En su obra "El Proceso Ejecutivo del Delito", 2a. Edición, página 172 el penalista boliviano Jorge Frías Caballero, comenta el artículo 42 del Código Penal de la República Argentina, el que al definir la tentativa comienza así: "El que con el fin de cometer un delito determinado", la misma frase expone el autor excluye todo otro dolo que no sea el directo, es decir convierte la tentativa en un delito de intención, excluye el dolo eventual y con mayor razón toda especie de culpa.

Volviendo a nuestro Código Penal, creemos que en vista de que en la definición de tentativa que nos da en el Inciso 4o. del Artículo 3 no exige que el delito que se intenta cometer sea determinado, bastará con que exista un dolo eventual para que se pueda configurar el delito tentado; este acerto se confirma aún -

REPUBLICA ARGENTINA
MINISTERIO DE JUSTICIA
SECRETARÍA DE LEGISLACION

más al leer el texto del último inciso del Artículo antes citado, que refiere el caso en que no ha sido posible determinar el delito que se proponía ejecutar el agente, y da una solución favorable al reo en aplicación del principio "Indubio pro reo", es indudable que la situación que se plantea por este inciso se reduce a problemas de carácter procesal, pues serán las pruebas vertidas en el proceso las que darán al Juez la base para calificar el hecho.

Se sostiene en doctrina que el dolo de la tentativa es igual al dolo del delito consumado, pues el que comienza a ejecutar un acto criminal, tiene el propósito de consumarlo y no el de cometer una tentativa, no hay pues un dolo específico de tentativa.

Pero a su vez se afirma que el autor de tentativa no tiene la certeza de que el resultado se produzca, y como el resultado no se produce, es el delito tentado subjetiva y objetivamente incompleto. En síntesis es necesario el dolo o la intención criminal para que pueda existir la tentativa.

b) Comienzo de Ejecución del delito por actos exteriores propios y característicos del mismo.

Si la intención criminal no se manifiesta por actos exteriores, no podemos hacer entrar al Derecho Penal, pues como ya dijimos éste no regula intenciones sino conductas, acciones u omisiones que afectan el orden jurídico establecido.

Es este elemento de la tentativa el que propiamente inicia los actos ejecutivos del delito; a este respecto el antes citado autor argentino Soler, en su obra de Derecho Penal Argentino, Tomo 2o., página 218 y 219, expresa lo siguiente: "Comenzar la e-

jecución de un delito no quiere decir hacer una acción cualquiera dentro del ámbito de la figura de ese delito (Acto Preparatorio), sino iniciar la acción principal en la que el delito consiste para lo cual es ilustrativo e indicativo pensar en el verbo que lo expresa", así por ejemplo: Comenzar a robar, empezar a matar; es este elemento pues ya el agente realiza las acciones más o menos idóneas que implican el principio de realización de sus designios criminales, son pues, actos inequívocos (Carrara), pues son indudablemente orientados al delito.

Pero este elemento que se considera esencial para la existencia de la tentativa en la doctrina y la ley de muchos países, en otros no lo ha sido así, por ejemplo, José Peco en su proyecto de Código Penal para la Argentina de 1941, no menciona el comienzo de ejecución en la definición de tentativa en el Artículo 22, y arguye para ello la razón siguiente: "Es una forma azas elástica que origina contiendas doctrinarias y dificultades prácticas para separarla de los actos preparatorios, asimismo expresa que no prevé adecuadamente a las exigencias parentorias de la defensa social; prosigue que es más científico y jurídico explicar la tentativa en función del delito consumado, pues aquella no es sino una forma imperfecta de éste; y complementar su explicación mediante la idoneidad de los actos inequívocos dirigidos a la comisión del delito".

En cuanto a nuestro Código Penal, sigue el criterio del comienzo de la ejecución para diferenciar los actos preparatorios de los actos ejecutivos del delito; este mismo criterio sostiene

nuestro proyecto de Código Penal. Consideramos más adecuada la posición del Maestro José Pecco, en Proyecto ya citado, pues las razones prácticas y jurídicas que él arguye son poderosas, ya que - en ocasiones es muy difícil determinar si un acto es preparatorio o de principio de ejecución; es imprescindible para terminar esta breve exposición del segundo elemento de la tentativa, afirmar que los medios deben ser al menos relativamente idóneos, pues si son absolutamente inidóneos estaremos en presencia del delito imposible.

c) Que la ejecución se interrumpa por causas independientes de la voluntad del agente,. Como consecuencia de este elemento el resultado antijurídico no se produce; si la interrupción es voluntaria, generalmente la tentativa no es punible y se llama desistida, Sobre la razón de esta impunidad se ha buscado distintos fundamentos, así, algunos autores dicen que se debe a razones de clemencia y humanitarismo; los autores clásicos sostienen que el hecho de que el agente interrumpa su acción constituye una negación del delito, desaparece la voluntad criminal y en consecuencia debe también desaparecer la pena. Pero la opinión más acertada es la de que tal impunidad se debe al interés que tiene el Estado en que no se delinca, siendo ésta un estímulo para que el agente abandone sus propósitos delictivos, en pocas palabras, es un fundamento de política criminal, pero esto no obsta para que se castiguen las infracciones cometidas en el curso de la tentativa.

PUNIBILIDAD:

Sobre este problema se han producido dos tésis, la primera de carácter objetivista defendida por Carrara, quien fundamenta la punibilidad de la tentativa en el peligro corrido, es decir en el peligro real en que en determinado momento ha estado un bien jurídico protegido. La posición subjetivista sostiene que la tentativa es punible en atención a que en élla el sujeto demuestra su peligrosidad, lo que importa para esta tésis es la intención del agente de cometer un delito, equipara el elemento subjetivo o intencional de la tentativa al del delito consumado, es decir que no importa para el caso que el culpable haya puesto o no en peligro bienes jurídicamente protegidos; y que siendo la pena un medio de defensa social, a toda acción que manifieste un peligro para la sociedad, debe corresponder una pena o una medida de seguridad.

En cuanto a la gravedad de la pena imponible al autor de la tentativa, se ha sostenido por algunos penalistas que ésta debe pensarse más levemente que al delito consumado porque en ella se ha violado la norma jurídica y en éste se ha violado la norma y el bien jurídicamente protegido, sin embargo esta tésis ha sido duramente combatida, ya que según sus adversarios esta atenuación de la pena para la tentativa, trae como consecuencia dificultar la eficacia de la lucha contra el crimen. Es natural que los partidarios de la posición subjetivista sean enemigos de esta tésis, desde luego que como expusimos, ellos piensan que subjetivamente no hay diferencia entre la tentativa y el delito consumado, y en consecuencia, en ambos casos el sujeto demuestra ser peligroso.

so y por tal razón la sociedad tiene derecho a defenderse por medio de la pena. Estas dos son las principales posiciones en cuanto a este problema, pero se han dado otras de menor importancia por ser derivadas como la de la Escuela Correccionalista fundada en Alemania por Carlos Augusto Roeder, la que sostiene que la tentativa, el delito frustrado y el delito consumado son subjetivamente iguales, debe pues aplicárseles igual pena y ésta tendrá por finalidad la readaptación del delincuente. Nuestro Código Penal - sigue el primer criterio o sea el de la pena atenuada para los actos de tentativa así lo dispone en los Artículos 46, 47, 48, 49 y 51; sin embargo en el Artículo 112, el mismo Código castiga como delito consumado un caso de tentativa y el Artículo 101, la equipara al delito frustrado.

Antes de terminar esta pequeña exposición de la tentativa consideramos necesario examinar el concepto que nuestra ley penal nos da de ella, dice así en su Artículo 3o. Inciso 4o. "Hay tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, pero no prosigue en su realización por cualquier causa o accidente que no sea su propio y voluntario desistimiento", en nuestra opinión la anterior definición es incompleta ya que expresa un elemento esencial de la tentativa, cual es la intención, el dolo o elemento subjetivo; por su parte el término directamente, empleado por la ley y el cual - creemos quiere significar actos inequívocos, es decir de indudable orientación al delito es muy impreciso; en cuanto al vocablo hechos empleado en la definición que nos ocupa, es inconveniente, pues --

es demasiado amplio ya que comprende tanto los acontecimientos de la naturaleza como los actos humanos, por estas razones nos parece más completa la definición que del delito tentado nos da nuestro proyecto del Código Penal, cuando expresa: "Es delito imperfecto o tentado, cuando el agente manifiesta por actos externos inequívocos que constituyen un principio de ejecución, la intención de consumar el hecho típicamente delictivo y éste no se produce por causas ajenas a la voluntad del mismo", como vemos esta definición es completa pues contiene los elementos doctrinarios básicos de la tentativa.

C) DELITO FRUSTRADO:

Llamado por los penalistas alemanes tentativa acabada; en este el agente realiza todos los actos propios y necesarios para que el resultado delictivo se produzca, pero por razones o causas ajenas a la voluntad del criminal, este resultado no se realiza, es decir, que al agente no le queda nada más por hacer, de manera que éste tiene la certeza moral de que el resultado ilícito se producirá, por estas razones se ha afirmado que el delito frustrado es subjetivamente completo y objetivamente incompleto; Romagnosi, Génesis del Derecho Penal, Milano, 693, consecuencia de lo anterior es que no puede hablarse en esta figura penal de desistimiento, puesto que no es posible desistir de algo que se ha terminado.

Nuestro Código Penal en su Artículo 3, Inciso 3o., define el delito frustrado así: "Hay delito frustrado cuando los actos e-

jecutados por el culpable, con el intento de cometer el delito, habrían sido por su naturaleza suficientes para producirlo y sin embargo no lo producen por causas o accidentes independientes de la voluntad del agente"; de la definición anterior podemos deducir los siguientes elementos:

- a) Intención criminal.
- b) Que el culpable realice todos los actos propios ejecutivos del delito.
- c) Que no logre su propósito criminal.
- d) Que sea ajena a su voluntad, la no consecución de su propósito.

EXPLICACION DE LOS ELEMENTOS

- a) Debe existir en el agente el ánimo y la voluntad de realizar el delito.
- b) A diferencia de la tentativa en la cual el agente solo realiza uno o varios de los actos propios ejecutivos del delito, en el delito frustrado se realizan todos esos actos.
- c) Porque si logra que se realice su propósito criminal, habrá un delito objetiva y subjetivamente completo y en consecuencia un delito consumado.
- d) Pero el resultado no puede dejar de producirse por voluntad del agente, porque como antes expusimos subjetivamente el delito es perfecto o completo, y en consecuencia no se podría hablar de desistimiento; sin embargo algunos autores como Jiménez de Azúa en obra citada página 522, vinculan a este punto el arrepentimiento, el cual puede realizarse aún en el delito consumado

y que genera las atenuantes 7a. y 9a. del Artículo 9 de nuestro Código Penal.

En el proyecto de Código Penal para nuestro país, ya antes mencionado no se define lo que debe entenderse por delito frustrado, pues acoge la fórmula genérica del delito tentado, y -ésto se debe como dice Sebastián Soler en su Derecho Penal Argentino, II, Página 226 y 227, a que la diferencia entre tentativa y delito frustrado se hará en función del desistimiento ya expuesto en ambos, pues es en este punto donde realmente radica la diferencia entre esos dos momentos del Iter Criminis, y no en relación a su punibilidad, pues en cuanto a ésta ambos son equiparados en la ley penal de su país; esta idea es válida para nuestro proyecto de Código Penal.

Pero en nuestra ley vigente, tentativa y delito frustrado son, como ya vimos, conceptos diferentes y aún más son distintas sus penalidades siguiendo la orientación de la escuela clásica inspiradora de nuestro Código Penal, la cual sostiene que debe castigarse más severamente al delito frustrado, pues él denota mayor perversidad del agente, ya que éste persistió en su intención criminal hasta el final; en tanto que en la tentativa no puede asegurarse que el criminal hubiere persistido en su propósito hasta el último momento, por tal razón, según la misma escuela debe penarse más levemente, estas ideas se concretan en los Artículos 45 y 46 de nuestro Código Penal. La escuela positiva equipara el delito frustrado al consumado en cuanto a la peligrosidad que en ambos denota el delincuente, lo mismo sostiene la Escuela Correc-

cionalista, como expusimos al hablar de la punibilidad de la tentativa.

D) DELITO CONSUMADO:

Es el delito perfecto y existe cuando el agente con su acción u omisión criminal consigue el resultado antijurídico que se propuso, adecuando su conducta al tipo legal.

Debemos distinguir dos grados en la consumación del delito a saber:

- a) Formal.
- b) Material.

En el delito consumado se trata de una consumación de carácter formal, es decir que la conducta del agente coincide con la que la ley penal describe como delito y es lo que se llama perfección objetiva, basta pues, con esta consumación para que la conducta del sujeto sea punible.

La consumación material, se da cuando se rebasa la consumación formal y el agente agota el delito.

PUNIBILIDAD:

Según Carrara, el delito consumado se debe penar porque con él se ha violado la norma jurídica que prohíbe determinada conducta, así también se ha producido el daño material lesionando el bien jurídicamente protegido, por esto último, es decir por el daño material es que se debe penar más fuertemente el delito consumado que el delito imperfecto.

E) DELITO AGOTADO:

En la última fase de la vida del delito, constituye la

consumación material, en la cual el agente no se conforma con la realización de la conducta típicamente antijurídica, sino que va más allá y lleva su acción delictiva hasta sus últimas consecuencias, no se queda el criminal como dice el profesor Jiménez de Azúa, en la mera violación jurídica y menciona este ejemplo: "El que acusa o denuncia calumniosamente y además obtiene la condena de su víctima", obre citada, página 529. Con este momento de la vida del delito terminamos este corto enfoque del Iter Criminis.

.....

C A P I T U L O I I I

E L D E L I T O I M P O S I B L E

10.) Concepto y generalidades. Llamado por los autores alemanes "Tentativa Inidónea" y por otros autores como Eugenio - Cuello Calón, "Tentativa Imposible". Estamos frente a una figura en la cual no obstante existir la intención criminal del agente, además de manifestarse dicha intención por actos exteriores, y - también de estar calificado como delito el fin propuesto por el criminal, el resultado ilícito no se produce ni puede producirse, a consecuencia de su error de hecho. Este error puede manifestarse en tres formas a saber:

- a) La inidoneidad o imposibilidad puede encontrarse en los medios.
- b) Puede hallarse en el sujeto pasivo que no es idóneo, no es adecuado.
- c) Puede ser también que no exista el sujeto pasivo.

E X P L I C A C I O N

a) Al hablar de la tentativa afirmábamos que en ésta los medios deben ser idóneos al menos relativamente, es decir deben tener por lo menos una capacidad potencial para producir el resultado antijurídico, existe pues como consecuencia de ello por lo menos el riesgo de lesión jurídica; en cambio en el delito imposible, los medios han de ser absolutamente inidóneos, inadecuados totalmente para producir el resultado dañoso, así por ejemplo: -- cuando una persona trata de envenenar a otra con una substancia inofensiva, sabemos anticipadamente que el homicidio jamás se po-

drá consumar, aún más ni siquiera habrá el peligro, la posibilidad de que pueda ocurrir, puesto que hay una imposibilidad natural para que el resultado se produzca, aunque excepcionalmente - dice el autor Ricardo C. Núñez, en obra citada, página 340, si se puede dar el resultado delictivo por ejemplo: cuando la substancia inofensiva le puede causar la muerte a la víctima por especiales circunstancias. Este criterio objetivo de la idoneidad o inidoneidad del medio será un criterio determinante para diferenciar la tentativa del delito imposible.

b) El resultado antijurídico propuesto por el agente no se realiza porque el sujeto sobre el cual recae la acción criminal es inadecuado absolutamente para ello, así tenemos, que no se puede consumar un homicidio apuñalando un cadáver, desde luego que para cometer ese delito es necesario privar de la vida a una persona, así también sería el caso en el que una persona queriendo cometer usurpación, se apropia de un inmueble de su propiedad, aunque si el inmueble está en poder de otro y el propietario lo desaloja, violentamente incurre en el delito de usurpación, Artículo 476, Inciso 2o. Pn.

c) El sujeto pasivo no existe; hay pues una imposibilidad material o física para cometer el delito, ejemplos: Disparar hacia el interior de una habitación vacía, queriendo matar a una persona; disparar contra un árbol, creyendo hacerlo contra una persona.

El tantas veces citado penalista argentino Soler, en su obra de Derecho Penal Argentino, Tomo 2o., página 228, reduce a -

dos los casos en que se puede presentar el delito imposible, así:

1o.) Deficiencia intrínseca de la acción, físicamente considerada y que puede residir, tanto en la actuación voluntaria como en el resultado material propuesto; dentro de esta primera imposibilidad el referido autor comprende los casos a) y b) antes mencionados, pero no menciona el último de ellos, caso c), o sea el de la inexistencia del sujeto pasivo.

El segundo caso enunciado es:

2o.) Inadecuación de la acción a una figura legal, por no corresponder aquella exactamente a la forma en que la propia ley está concebida; en esta imposibilidad comprende aquellos casos en los que aunque el resultado se produzca, falta algún requisito a la acción para que se encuadre en el tipo legal, así por ejemplo, ciertos delitos que solo pueden ser cometidos por militares, empleados, los cuales para configurarse necesitan que el sujeto ostente esta calidad.

De lo anterior deducimos que para el autor que nos ocupa existen dos clases de delito imposible, el uno de hecho y el otro de Derecho; esta distinción tiene superlativa importancia en las legislaciones donde se regula el delito imposible, pero en aquellas donde nada se dispone sobre él, todo se reduce a un caso de atipicidad, tal como ocurre entre nosotros como luego lo veremos. Sin embargo en el proyecto Pecco y en la exposición de motivos del Artículo 13 del mismo, que regula el delito imposible, se expresa que la ley excluye la imposibilidad jurídica, o sea el segundo caso expuesto por Soler, por ser del dominio del delito puta-

tivo; sin embargo Soler dice que no es delito putativo, porque no hay ausencia de tipicidad, sino de un elemento o cualidad de hecho.

Al principio de este capítulo decíamos que la no realización del resultado delictivo querido por el agente, se debía a un error de hecho y enunciábamos además las formas de inidoneidad e inexistencia en que este error se puede presentar, a este respecto el mismo Soler expresa que en todos los casos de delito imposible hay dos características esenciales, una objetiva que es la inidoneidad y la otra subjetiva que es el error; explica que el que sabe que el medio es inidóneo y lo emplea no quiere realmente el delito y en consecuencia es irrelevante su acción para el derecho penal, en lo personal nos parece más completa la doctrina de Soler, porque el segundo caso que enuncia es ni más ni menos un caso de delito imposible legal, con la explicación del autor que antes expusimos para diferenciarlo del delito putativo; el caso que nos ocupa no es considerado por otros autores tan eminentes como Jiménez de Azúa.

Por último en cuanto a las denominaciones que se le han dado a la figura penal que se estudia, **consideramos más apropiada** la de delito imposible y no las de tentativa inidónea o tentativa imposible, porque como vimos anteriormente el peligro es un elemento esencial de la tentativa y el cual no existe en el delito imposible, con lo antes expuesto creemos tener ya una idea más o menos clara de lo que es en la doctrina penal el delito imposible.

2o.) Ubicación del Delito Imposible, dentro de las fases del delito.- Hemos dicho que en él, la intención criminal se mani--

fiesta por actos exteriores, es decir supera la mera ideación, deliberación y resolución, por lo que tenemos que concluir que no se le puede situar en la fase interna de Iter Criminis.

En la fase intermedia de la vida del delito, hicimos notar que se supera la fase interna, pues hay en ella manifestaciones exteriores de voluntad, pero dijimos también que no hay en esta fase actos materiales, sino más bien manifestaciones verbales; pero en el delito imposible si hay manifestaciones materiales de la intención, por lo que tampoco podemos situarlo en esta fase, - pues rebasa sus límites.

En definitiva tenemos que situarlo en la fase externa de la vida del delito, porque en él hay manifestaciones exteriores y materiales de la intención; en el siguiente capítulo veremos con que momentos de esta fase tiene más afinidad y con ello tendremos más o menos su situación real dentro del Iter Criminis.

- . - . - . - . - . - . - . - . -

C A P I T U L O I V

Diferencias y semejanza entre el delito imposible con el delito putativo, la tentativa y el delito frustrado.

1o.) DELITO IMPOSIBLE Y DELITO PUTATIVO: difieren en que en el delito putativo, el agente aprecia en forma correcta los actos o acto que realiza, pero yerra al creer que están tipificados en la ley como delito.

En cambio en el delito imposible, el agente tiene un conocimiento correcto de que el acto que se propone realizar está incriminado en la ley como delito, pero yerra en cuanto al medio empleado para ejecutarlo, en cuanto al objeto o sujeto pasivo, sobre el cual recaerá el mismo o en cuanto a la existencia del sujeto pasivo, como consecuencia de lo anterior en el delito putativo el resultado querido por el agente se realiza y en el delito imposible no se puede verificar el resultado antijurídico buscado por el agente.

En ambos hay intención criminal.

2o.) DELITO IMPOSIBLE Y TENTATIVA: en la tentativa los medios deben ser idóneos, al menos relativamente y como dice Soler, obra antes citada, página 230, en ella el diagnóstico de la imposibilidad se realiza ex post facto, es decir hasta el comienzo de ejecución, es que se presenta la imposibilidad de realización del resultado.

En cambio en el delito imposible, la inidoneidad es absoluta y según el autor antes citado, la imposibilidad se diagnostica ex ante, o sea que en éste el error se hallaba en el plan desde

el principio, y el resultado propuesto por el agente era imposible.

En la primera es necesario un principio de ejecución del delito por actos propios y directamente encaminados hacia su consumación.

En el segundo, no puede haber ni un principio de ejecución del delito, puesto que los medios son absolutamente inadecuados para éllo y no es posible que se de principio a algo que es imposible realizar, como consecuencia de lo anterior en la tentativa habrá un peligro objetivo y en el delito imposible no existirá ni siquiera un peligro de lesión jurídica.

En las dos figuras hay intención criminal y no obstante en ambos no se realiza el resultado antijurídico querido por el agente por causas ajenas a su voluntad.

3o.) DELITO IMPOSIBLE Y DELITO FRUSTRADO: recordemos, que para que exista delito frustrado, es necesario que se hayan realizado todos los actos que por su naturaleza serían suficientes para producir el resultado antijurídico, en otras palabras es necesaria la idoneidad de los medios, pues solo de medios idóneos se puede decir que en un momento dado puedan ser capaces y suficientes para producir el resultado ilícito querido por el agente, en consecuencia la imposibilidad de realización aparece después de ejecutados todos los actos necesarios para ella; en cambio en el delito imposible hay inidoneidad absoluta y ésta aparece desde el inicio del plan criminal; de lo anterior derivanse las consecuencias que antes hacíamos notar, de que en el delito frustrado o tentativa acabada, al igual que en la tentativa estricta, existe un -

peligro objetivo, y en cambio en el delito imposible no hay ningún peligro.

En ambos hay intención criminal, sin embargo no se produce en ninguno de los dos el resultado propuesto por el agente y no precisamente porque éste no lo desee.

Personalmente creemos que el delito imposible presenta mayores analogías con la tentativa acabada o delito frustrado, - pues éste es como dijimos antes subjetivamente completo y objetivamente incompleto; en cuanto al delito imposible, el agente psicológicamente está seguro de consumar el delito, es pues también subjetivamente completo, pero será objetivamente incompleto porque el resultado no se puede producir jamás por las razones que ya expusimos.

- . - . - . - . - . - . - . - . - . -

C A P I T U L O V

PROBLEMA DE LA PUNIBILIDAD O IMPUNIDAD DEL DELITO IM-

POSIBLE.- Diversas posiciones.

Este problema es y ha sido uno de los que más apasionadamente se han discutido en la doctrina penal, consecuentemente a la diversidad de criterios los penalistas se han dividido, así, unos afirmando que no debe ser penado el delito imposible, otros sosteniendo que siempre debe ser sancionado, y tercer grupo de autores afirmando que el delito imposible deberá ser penado atenuadamente o aplicada una medida de seguridad, apreciando la mayor o menor peligrosidad que el agente representa; trataremos de exponer las diversas teorías en que basan sus opiniones cada uno de los grupos de autores antes mencionados.

1) TEORIA OBJETIVA:

Se le ha llamado también doctrina italiana y ha sido sostenida por los clásicos, iniciada por Romagnosi y desarrollada por Francisco Carrara; es necesario recordar que la escuela clásica exigía para que existiera delito, que se produjera un resultado dañoso a consecuencia de la acción criminal, asimismo recordemos que al hablar de la tentativa expusimos que el maestro Carrara sostenía que en ella el daño sufrido, elemento esencial del delito consumado estaba representado por el "Pericolo Corso" o peligro corrido, así que para este autor y para la escuela penal a la que él perteneció, el peligro es un elemento esencial de la tentativa, la existencia de este peligro supone la idoneidad por lo menos relativa, pues si inidoneidad es absoluta nunca podrá existir peligro y en consecuencia no será punible la acción criminal, la ante-

rior doctrina es la base de la teoría del delito imposible, según expresa Luis Jiménez de Azúa en su obra La Ley y el Delito, Segunda Edición, página 524, en vista de que el peligro que como antes dijimos es elemento esencial de la tentativa, no lo puede ser del delito imposible, ya que en él la inidoneidad es absoluta.

La idea de peligro está íntimamente vinculada a la idoneidad o inidoneidad de los medios y del objeto, lo mismo que a la existencia o inexistencia del sujeto pasivo, sobre la base de esta idea es preciso distinguir entre la idoneidad o inidoneidad absoluta o relativa, y la existencia o inexistencia absoluta o relativa, Estudiaremos a continuación cada una de las anterior imposibilidades:

Son absolutamente inidóneos los medios, cuando no habrían sido nunca capaces de violar el bien jurídico, cualquiera que sea el sujeto pasivo sobre el que recaiga la acción criminal, por ejemplo: usar un puñal de hule para tratar de matar a una persona.

Son relativamente inidóneos los medios, cuando en sí mismo no son capaces de producir el resultado antijurídico buscado, ya sea por especiales condiciones del sujeto pasivo o por diversas circunstancias en el momento de realizarse el hecho; pero que sí serían capaces de producir el resultado ilícito al actuar sobre otro sujeto pasivo o en circunstancias diferentes, por ejemplo: administrar sustancia venenosa en dosis suficiente para causar la muerte a una persona, pero la defunción no se produce por ser la víctima inmune a los efectos de dicha sustancia.

Es absolutamente inidóneo el objeto, cuando este no obs-

tante recaer sobre él la acción criminal, hace imposible por ley natural la realización del resultado antijurídico querido por el agente, por ejemplo: tratar de hacer abortar a una mujer que no está grávida.

Es relativamente inidóneo el objeto, cuando éste tiene idoneidad general para que el resultado antijurídico se produzca, pero por circunstancias especiales del caso concreto, no es adecuado para que dicho resultado se produzca, por ejemplo: un individuo dispara un arma de fuego contra una persona, pero ésta no sufre daño alguno por estar protegida por una cota de malla.

Y por último, en lo referente a la imposibilidad por la no existencia del sujeto pasivo, diremos: que será absoluta cuando la víctima elegida no ha estado nunca en el lugar donde debería realizarse el ataque; será relativa cuando el sujeto pasivo del delito que se proponía el agente, debería racionalmente estar en el lugar escogido por el criminal para ejecutar el delito.

Expuesto lo anterior, podemos afirmar que según el pensamiento clásico, existirá delito imposible cuando la inidoneidad de los medios o del objeto sean absolutos, asimismo cuando la inexistencia del sujeto pasivo también sea absoluta, pues en estas situaciones no podrá existir ni siquiera riesgo o peligro de lesión jurídica y como consecuencia dichas acciones no serán punibles.

Se ha criticado esta posición doctrinaria, pues con su tésis de la impunidad en general del delito imposible, obstruye, en cierto modo, la lucha contra el crimen, pues ateniéndose únicamente a los resultados de la acción delictiva, desconoce que aún -

en hechos que en sí son inofensivos, se puede manifestar en un momento dado la peligrosidad del sujeto activo. Esta posición de la escuela clásica, es la natural consecuencia de la falta de importancia que está dispensaba al estudio del delincuente; en definitiva esta solución al problema que nos ocupa no garantiza suficientemente la protección a la sociedad.

Sin embargo para ser justos hemos de decir que Romagnosi, iniciador de esta corriente doctrinaria como antes dijimos, no se determinó por la impunidad absoluta del delito imposible, pues comprendía los peligros que para la defensa social entrañaba esa solución y afirmaba que era conveniente adoptar medidas de seguridad cuando el sujeto denotara posibilidades de delinquir en el futuro.

2) TEORIA SUBJETIVA:

Defendida por Von Buri, en el tribunal supremo de Alemania desde el año de 1872; como su nombre lo indica esta teoría atiende preferentemente el elemento intencional. Veamos cual es en esencia el pensamiento del autor mencionado, el cual fue expuesto por Binding, en Normen III, página 510 y transcrito este por Soler, en su Derecho Penal Argentino, II, segunda reimpression. Según Von Buri en cuanto al elemento intencional, no hay diferencia entre la tentativa y el delito consumado, sí la hay en cuanto al elemento objetivo, pues éste únicamente se encuentra en el delito consumado y no en la tentativa, siendo ésta precisamente la diferencia entre ambos, pues como sabemos la característica esencial de la tentativa es la no realización del resultado antijurídico, en cuanto a esto no admite la existencia del "peligro corrido", el que --

según Carrara sustituye en la tentativa como ya vimos al elemento objetivo del delito consumado, dice que éste peligro no es mas que una abstracción y que cualquiera que sea el medio idóneo o inidóneo, debe castigarse la acción criminal, pues en todo caso revela una intención; sigue diciendo que si al aspecto objetivo del delito consumado le faltara un pequeño elemento se tornaría irrelevante, y entonces no existiría la lesión jurídica ni en todo ni en la mitad ni en parte, por esta razón es indiferente que el sujeto haya empleado medios idóneos o inidóneos o haya recaído la acción asimismo sobre un objeto idóneo o inidóneo, lo único que interesa para el caso es la intención.

En síntesis, sostiene la falta de resultado en la tentativa y que ante esa situación no queda más al juez que basarse en la voluntad del agente y fundamentar en ésta la sanción.

Esta doctrina mereció críticas fuertes entre casi todos los penalistas de la época, llegando Binding, en su obra ya citada, a calificarla de "deplorable" y de "braso error histórico" no obstante, Von Buri logró introducirle en el Tribunal Supremo Alemán, según expresa Jiménez de Azúa en su obra antes citada, página 525, a partir de la sentencia del 24 de mayo de 1880, en el caso de un infanticidio intentado en un niño muerto, después siguieron los fallos de 21 de marzo de 1882 y de 30 del mismo mes del año de 1883, ambos de falso juramento, y otros más, en estas sentencias pues, se condenaron casos de delito imposible, en aplicación de la Teoría Subjetiva.

Ha sido criticada esta teoría porque confunde la tenta-

tiva con la consumación al apreciar únicamente al elemento intencional, a este respecto el tantas veces mencionado autor argentino Sebastián Soler en su obra citada anteriormente y en la página 233, expone: que esta doctrina desconoce el valor desde hace tiempo reconocido al principio de ejecución elemento esencial de la tentativa, ya que según ella un delito está consumado o no lo está, en otras palabras no reconoce la existencia del delito imperfecto, lo cual es inexacto pues lo imperfecto no sólo cabe en el derecho sino también en la naturaleza, como consecuencia continúa Soler, no quiere ver la realidad legislativa de tan larga historia y en la cual no sólo se prohíbe el delito consumado, sino también los actos de tentativa, es decir aquellos que tienden a él, por ejemplo: no sólo es prohibido matar sino también realizar los actos que tiendan a poner la vida en peligro.

Asimismo se ha dicho que mediante esta doctrina se termina pensando actos totalmente inofensivos lo cual es un exceso de ella; ya veremos como se ha tratado de superar los defectos de las teorías ya expuestas.

3) TEORIA POSITIVISTA:

La Escuela Positiva ha sostenido que a toda infracción a la ley debe corresponder siempre una pena o una medida de seguridad, para ello es indispensable determinar el grado de peligrosidad del delincuente prescindiendo de la idoneidad o inidoneidad de los medios empleados o del objeto sobre el cual recae la acción delictiva.

Fue Rafael Garófalo, el expositor de esta teoría en su

obra "Criminología", aplicó los principios de su escuela al problema que tratamos, manifiesta que el delito imposible debe ser regulado en consideración a la peligrosidad demostrada por el sujeto activo de él, sin atender a la gravedad del hecho o como dice Soller en su obra tantas veces citada, página 238, "a la peligrosidad del mismo". Siendo la pena una medida de defensa social, poco importa que el hecho como en el caso del delito imposible, sea en sí inofensivo, pero sí es cierto que revela un grado de mayor o menor peligrosidad del delincuente y en consecuencia para proteger a la sociedad debe aplicársele a éste, la pena atenuada o en su caso la correspondiente medida de seguridad.

Uno de los llamados "Evangelistas" de esta escuela, es como antes dijimos, Enrique Ferri, quien en su obra "Derecho Criminal" admite sólo un caso de impunidad del delito imposible, y es aquel en el cual el agente demuestra una ineptitud manifiesta para constituir un peligro para la sociedad, por ejemplo: el que cree que con un puñal de hule puede matar a una persona, es absolutamente inofensivo e incapaz para constituir un peligro social.

Personalmente creemos que la impunidad del delito imposible es la solución adecuada, puesto que mediante él, no se produce lesión alguna ni riesgo de lesión para algún bien jurídicamente protegido; pero eso sí, sostenemos que es necesario dejar al arbitrio del juez la aplicación de medidas de seguridad adecuadas al agente y según ésta denote con su acción algún grado de peligrosidad.

C A P I T U L O VI

EL DELITO IMPOSIBLE EN NUESTRA LEGISLACION. DERECHO

COMPARADO.

1) Debido a que nuestro Código Penal como sabemos es de corte clásico, no regula el delito imposible porque la escuela que lo inspira declara la impunidad de esa figura penal por su ausencia de resultado antijurídico o de siquiera riesgo de lesión jurídica, así que el presentarse a un juez en la práctica un caso de delito imposible, tendría que resolver con base en el artículo 181 No. 1 del Código de Instrucción Criminal, dictando auto de sobreseimiento sin restricciones en el proceso, por ser un caso de atipicidad absoluta; la posición de nuestra ley penal a este respecto, asimila las mismas críticas de la escuela en la cual se inspira y las que ya hemos expuesto, por lo que no es necesario volver sobre ello.

Aunque no es ley de la República, consideramos necesario referirnos a la posición que respecto al delito imposible adopta nuestro proyecto de Código Penal. En el Artículo 18 dispone: "si la consumación de un delito es imposible por ineficiencia completa del medio empleado para realizarlo por absoluta impropiedad del objeto material del delito, el agente no será sancionado con pena alguna, pero el juez a su prudente arbitrio, podrá, en casos especiales y atendida la personalidad del sujeto y las circunstancias del caso aplicar la medida o medidas de seguridad adecuadas, a fin de evitar la repetición de hechos análogos o la comisión de posibles delitos", esta solución como antes dijimos, nos parece la más

adecuada por las razones expuestas en el capítulo anterior, es la tesis sostenida por Romagnosi.

2) Derecho comparado. Muchas legislaciones no lo regulan, por ejemplo: nuestra legislación penal.

Código Penal Argentino, Artículo 44, pena atenuada, hasta exención, según la peligrosidad del agente.

Código Penal Uruguayo, Artículo 5, exime de pena.

Código Penal Brasileño, Artículo 14, no es punible.

Código Penal Colombiano, Artículo 18, pena atenuada hasta exención.

Código Penal Italiano, 1930, Artículo 49, no es punible.

Código Penal Suizo, atenuar la pena hasta exención.

Código Penal Griego, Artículo 52, no punible, el imposible por el objeto.

Código Penal Griego, Artículo 54, punible, la realizada como medios inidóneos.

Código Penal Peruano, Artículo 99, atenuación de pena de arbitrio del juez.

Código Penal de Guatemala, no lo regula.

Código Penal de Honduras, no lo regula.

- . - . - . - . - . - . - . - . - .

C A P I T U L O VII

J U R I S P R U D E N C I A

Ricardo C. Núñez, en su obra "Derecho Penal Argentino", parte general, II, página 342, expone la siguiente jurisprudencia:

La C. N. de Paraná, lo.-IV-952, "La Ley", T. 67, p. 400, con nota aprobatoria de Terán Lomas, apreció correctamente como delito imposible el intento de obtener el importe de un préstamo bancario otorgado en virtud del uso fraudulento por su tenedor de un pagaré y de una solicitud de préstamo firmada en blanco por un tercero, frustrado por la exigencia reglamentaria de acreditar ese importe en la cuenta del firmante y entregable al autor sólo en virtud de una autorización o cheque de aquél. Al respecto de esta jurisprudencia el autor referido expone: "Debe aceptarse como una regla firme de Derecho Positivo, que el delito imposible se funda en la idea de una imposibilidad causal propia de la acción u omisión del agente, cualquiera que sea el carácter de la inidoneidad concurrente, el delito es imposible si con arreglo a las circunstancias del caso concreto, la acción u omisión no podría consumar el delito a pesar de que el autor hubiera hecho todo lo que era -doble hacer".

En cuanto a la jurisprudencia salvadoreña atingente a este problema es realmente escasa, teniéndonos que conformar con insertar el único caso que hemos encontrado y es el siguiente:

La Teoría del Delito Imposible, no tiene carta de naturaleza en nuestra legislación punitiva.

"Cámara de Segunda Instancia de la Segunda Sección del

Centro:

San Salvador, a las once horas del diez de agosto de mil novecientos treinta y dos.

Vistos en apelación del auto del Juez Segundo de Primera Instancia de lo Criminal de Zacatecoluca, proveído a las once horas del día veintinueve de mayo próximo pasado, en la causa instruída contra Ceferino Velásquez, por tentativa de violación en la menor Blanca Coralía Rodríguez. En la indicada providencia se eleva la causa contra el indiciado, por la prenotada infracción por estar suficientemente depurado el informativo y suministra éste el mérito legal indispensable, se manda hacer al procesado la prevención atingente a su defensa y se ordena el embargo de bienes para los resultados del proceso.

Estudiado el proceso, analizadas en esta Instancia las pretensiones de las partes considerando:

I.- Presentada la acusación de fs. 2 por don Luis José Rodríguez, en concepto de padre legítimo de la menor Blanca Coralía Rodríguez, según lo acreditó con la certificación de fs. 1, se procedió a la instrutiva correspondiente, recibándose éstas declaraciones de cargo:

Las de Adrián Martínez, Elías Gallegos y Tránsito Villalta, quienes adordes dijeron; que entre las once y las doce del día veinticinco de febrero del corriente año, llegaron a la casa de don Luis José Rodríguez, situada en San Pedro Nonualco, y que al llegar a esa casa oyeron los gritos de una criatura en el interior de un cuarto y que estaba dividido por una mampara, detrás de la

cual lloraba Blanca Coralía Rodríguez, debido a que Ceferino Velásquez la tenía acostada en una cama, con la ropa levantada, estando Velásquez con los pantalones desabotonados y el pene de fuera; que la presencia de los tres testigos indicados sorprendió a Velásquez y salió huyendo en precipitada fuga por una puerta que da a la calle, con los pantalones sin abotonar.

Practicado el reconocimiento de Ley en la menor citada, por las matronas Teresa Galeano y Paula Argueta, éstas expusieron: que han reconocido a la ofendida Blanca Coralía Rodríguez, la que se encuentra completamente impedida, rígida de las piernas y retorcidas, enlazadas una con otra, razón por la que con mucha dificultad practicaron el examen, sin encontrar estupro en ella, lo que creen imposible pues tiene completamente cerrada la parte del empeine que sería necesario dislocarle las extremidades superiores de los huesos, asegurando que la reconocida se encuentra en verdadero estado de virginidad.

II.- Analizadas las antes dichas declaraciones, se vislumbra que la intención del reo Velásquez, era yacer con la menor Rodríguez, lo que no llevó a cabo por impedírsele la llegada de los expresados testigos, pero ese principio de ejecución del delito que se proponía, tuvo lugar en circunstancias que no encajan dentro de las exigencias de la ley para constituir una tentativa de violación, Artículos 3, Inc. 4o. y 382, Pn., pues los testigos no dan fe que el procesado haya usado de fuerza o de intimidación, ni el reconocimiento pericial acusa señales de violencia; tampoco hay prueba de que la menor se hallaba privada de razón o -

sentido por cualquier causa, ni consta que cuando el hecho se realizó fuera menor de doce años, sino que por el contrario, tenía - cinco meses veintisiete días más de esa edad, de donde se deduce que por falta de esos elementos integrantes de la violación, no ha sido posible caracterizar legalmente la tentativa acusada, en alguno de sus aspectos.

En esta instancia el Fiscal sostiene: que no sólo existe tentativa de violación, sino también de estupro, pues consta en autos que la ofendida estaba doncella cuando se verificaron los hechos punibles en referencia, pero este otro aspecto de los hechos lo descarta desde luego este Tribunal, amparado únicamente en la consideración de que tratándose del delito de estupro, se necesita el acto conciliatorio previo a la acusación que procede al procedimiento, Artículo 364 I,

III.- El señor Procurador de Pobres, Dr. Juan Benjamín Escobar, ha planteado con base en el reconocimiento pericial practicado en la menor, una cuestión de suyo importante en la jurisprudencia nacional, por la falta de estatuto al respecto en nuestra ley punitiva, o sea la que se refiere al "Delito Imposible", teoría sustentada por la Escuela Clásica, pero que ha sido contradicha por otra llamada Subjetiva, con fundamento en la intencionalidad del sujeto activo del delito, atenuada esta teoría, con otra sostenida por Garófalo con sustentáculo en el positivismo; pero - esta Cámara no se pronuncia en sentido alguno, porque ha encontrado ya como queda expuesto un fundamento en nuestra ley positiva para solucionar el punto de debate y porque de no haberse encontrado,

hubiera habido necesidad de ampliar el reconocimiento por medio de técnicos en la materia, para poder asentarse con base firme y científica, "si la menor expresada está físicamente imposibilitada por el concubito, al pretender éste en cualquier otra forma o posición que la ordinariamente adoptada", ya que desde luego no puede decirse que dicha menor por ley natural lo esté, o sea sujeto inidóneo de manera absoluta.

Por las razones que proceden, procede revocar la providencia venida en apelación, y de acuerdo con los Artículos 124 y 181 No. 2, I, sobreer a favor del reo Velásquez con la restricción de ley.

Por tanto: de acuerdo con los Artículos 469 y 472 I, dijeron: se revoca el auto apelado y sobreséese en consecuencia en el procedimiento con la restricción de ley, a favor de Ceferino Velásque por tentativa de violación en la menor Blanca Coralía - Rodríguez, debiendo ser puesto en libertad dicho reo sin necesidad de fianza.

Devuélvase el proceso al Juzgado de su origen con la certificación correspondiente.

Personalmente estimamos que fue más acertada la tesis del Procurador de Pobres, por las razones siguientes: es indudable que aunque las matronas que practicaron el reconocimiento de la ofendida, no eran técnicos en la materia como acertadamente da a entender la Cámara, es así mismo cierto que con un defecto físico tan notable como el que presentaba la menor, no era muy difícil establecer si podría o no ser sujeto pasivo de relaciones sexuales,

pues esta conclusión era posible obtenerla del simple conocimiento de los sentidos, sin mayor preparación técnica, que es lo que determinó que las matronas afirmaron que era imposible el estupro en la menor y de lo cual es lógico deducir que también era imposible la violación en la cual es necesaria aunque sea en parte la "Intromisio Penis"; en conclusión hubiera sido más apegado a la realidad y con base legal suficiente, sobreseer en el proceso con arreglo al No. 1 del Artículo 181 I, por ser un caso de delito imposible, y de atipicidad absoluta.

.....

C A P I T U L O _ V I I I

C O N C L U S I O N E S

Debe el delito imposible ser regulado en futuros códigos penales del país, fijando su concepto del cual deberá contener sus elementos básicos, que son:

- a) Intención de cometer un delito.
- b) Manifestación de esa intención por actos exteriores.
- c) Inidoneidad absoluta de los medios o del objeto o en su caso inexistencia del sujeto pasivo.
- d) Que como consecuencia del anterior elemento, el resultado antijurídico buscado por el agente no se produzca, ni haya posibilidad de que se pueda producir.

En cuanto a su posibilidad, como antes dijimos consideramos que no debe ser penado, pero se debe dar al juez amplio margen discrecional para que según la peligrosidad del autor en cada caso concreto, aplique la correspondiente medida de seguridad.

- -

B I B L I O G R A F Í A

- DERECHO PENAL ARGENTINO, de Sebastián Soler.
LA LEY Y EL DELITO, de Luis Jiménez de Azúa.
DERECHO PENAL, de Gustavo Labatut Glana.
DERECHO PENAL, de Eugenio Cuello Calón.
DERECHO PENAL, de Giuseppe Bettiol.
DERECHO PENAL, de Edmundo Mezger.
DERECHO PENAL, de Eduardo Novoa Monrriél.
EL PROCESO EJECUTIVO DEL DELITO, de Jorge Frias Caballero.
PROYECTO DE CODIGO PENAL, de José Pecco.
CURSO DE DERECHO PENAL, de Antonio Quintano Ripollés.
PROYECTO DE CODIGO PENAL SALVADOREÑO, de los Doctores Julio Faust-
to Fernández, Manuel Castro Ramírez y Enrique Córdova.
DERECHO PENAL, de Ricardo C. Núñez.

- . - . - . - . - . - . -