

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
Y CIENCIAS SOCIALES

EL PROCESO EJECUTIVO DEL DELITO
(ITER CRIMINIS)

TESIS DOCTORAL

PRESENTADA POR

CARLOS ANTONIO PEÑA, h.

PREVIA A LA OPCION DEL TITULO DE

DOCTOR EN

JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES



FEBRERO DE 1967

37.8.7284
~~UES-T.O.
P420P
1967~~
T
2415.001

I

EJ.2-14259

UES BIBLIOTECA CENTRAL



INVENTARIO: 10121922

P411P
1964
F.J.YC

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

RECTOR:

Dr. Rafael Antonio Vásquez

SECRETARIO GENERAL:

Dr. Mario Flores Macall

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DECANO:

Dr. Roberto Lara Velado.

SECRETARIO:

Dr. Manuel Atilio Hasbún.

JURADOS EXAMINADORES

EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE

"CIENCIAS SOCIALES, CONSTITUCION Y LEGISLACION LABORAL"

Presidente: Dr. Marcos Gabriel Villacorta.
1er. Vocal: Dr. Luis E. Gutiérrez.
2do. Vocal: Dr. Carlos Enrique Castro Garay,

EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE

"MATERIAS CIVILES, PENALES Y MERCANTILES"

Presidente: Dr. Manuel Antonio Granillo.
1er. Vocal: Dr. Ernesto Arrieta Yúdice.
2do. Vocal: Dr. Manuel Arrieta Gallegos.

EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE

"MATERIAS PROCESALES Y LEYES ADMINISTRATIVAS"

Presidente: Dr. Francisco Arrieta Gallegos.
1er. Vocal: Dr. Luis Alonso Posada.
2do. Vocal: Dr. Julio César Oliva.

ASESOR DE TESIS:

Dr. José Enrique Silva.

TRIBUNAL QUE CALIFICO LA TESIS

Presidente: Dr. Francisco Bertrand Galindo.
1er. Vocal: Dr. Manuel Atílio Hasbún.
2do. Vocal: Dr. Marcel Orestes Posada.

III

I N D I C E

TITULO I

CAPITULO I

Concepto de "ITER CRIMINIS"	1
Fase Interna	5
a) Ideación	5
b) Deliberación.....	6
c) Determinación o Resolución	7
Punibilidad de las Ideas	8
Con el Pensamiento no se Delinque	12
Prueba de las Ideas Criminales	16

CAPITULO II

Fase intermedia. Resolución Manifestada	19
a) Proposición	23
b) Conspiración	25
c) Provocación	27
d) Excitación	28
e) Inducción	30
Apología del Delito y Amenazas	33

TITULO II

CAPITULO I

Fase Externa	38
Problema de Derecho Público	44
Deslinde de Actos Preparatorios y Actos Ejecutivos	45
Criterios	48

a) Doctrina Subjetivista	49
b) Tesis de Carrara	51
c) Corriente Objetivo-Material	58
d) Corriente Objetivo-Formal	60
Teoría de Ernest. Beling y los Complementos de la Acción	62
Complementos de la Acción	64
Consideraciones Finales. Conclusiones	69

CAPITULO II

El Delito Imperfecto	71
La Tentativa es Ejecución Incompleta	73
Desistimiento	74
Penalidad	80
La Frustración es Ejecución Completa	82
La Frustración y sus Elementos	83
Diferencias del Delito Frustrado con la Tentativa	86
Arrepentimiento	87
Consumación	90
Agotamiento	92

TITULO III

CAPITULO UNICO.

a) y b) Teorías de la Attrectatio y de la Aprehensio ...	98
c) Teoría de la Amotio	98
d) Teoría de la Ablatio	100
c) Teoría de la Illatio	105
NUESTRO PUNTO DE VISTA	106

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

El estudio de todos y cada uno de los diversos momentos por los que atraviesa el delito, como ente jurídico y como fenómeno social, merecen atención especial, pues no es otro el meollo que da ese resultado que tanto afecta a la sociedad en todas partes del mundo: la criminalidad.

Claro está que el presente trabajo lejos queda de ser una aportación a la ansiada investigación que nos lleve a la mengua de la delincuencia, primero, porque no ha sido nuestro propósito; luego, porque este modesto ensayo, si bien fue elaborado con cariño, no abarca los límites de la ciencia investigativa de los orígenes del delito.

Tratamos de hacer ver nuestra inconformidad con las opiniones vertidas por penalistas de fama merecidamente reconocida, todo no por estimarnos entendidos en la materia, sino que por conservar nuestro sistema de expresar lo que sentimos y lo que creemos, sin estar interesados en ser indignamente favorecidos por el reconocimiento de alguien, pues desde ya comprendemos que la labor nuestra es la satisfacción de un requisito universitario.

Pero hoy que nos vimos en la necesidad de recorrer caminos andados en los primeros años de estudio superior, hemos anhelado, al conocer las distintas fases del ITER CRIMINIS, haber podido disponer de mayor tranquilidad para procurar adentrarnos en los altos y seguidas de la conducta criminosa de los delincuentes, como también habitar un lugar donde ser oídos por el legislador y conversar sobre la urgente necesidad de que se legisle sabia y directamente para que el delito no azote más a la humanidad.

"EL PROCESO EJECUTIVO DEL DELITO"

(ITER CRIMINIS)

TITULO I

CAPITULO I

SUMARIO: 1. Concepto de Iter Criminis. 2. Fase interna: a) ideación; b) deliberación; c) determinación o resolución. 3. Punibilidad de las ideas. 4. El pensamiento no delinque. 5. ¿Cómo probar las ideas criminales?

I- CONCEPTO DE ITER CRIMINIS.

El delito como acción u omisión voluntaria que es, tiene un recorrido más o menos prolongado en el tiempo y en el espacio, emanado de una voluntad violatoria de las normas jurídicas por parte del hombre, único ser capaz de pronunciarse con suprema voluntad, concibiendo la idea transgresora y alimentándola con formas y circunstancias de ejecución. No es dable al ser humano escapar al nacimiento de la idea en su mente, no pende a su arbitrio el dar paso al origen ideológico de la comisión de un delito. Más para beneficio de la misma humanidad, sí le es dable al hombre el rechazar la idea criminal en cualquier momento del proceso evolutivo en la formación del delito, hasta antes, desde luego, de la consumación del mismo.

En el desarrollo del delito cabe hacer notar la existencia de varios momentos, que integran dos clásicas fa

ses: interna, la una y externa la segunda, habiendo quienes sostienen la existencia de una tercera fase, denominada generalmente, intermedia. Pues bien, este recorrido o desarrollo del delito, llamado "VIDA DEL DELITO", (expresión de Valdés); camino o "iter criminis" (denominación de los antiguos "prácticos"); o grado en la fuerza física (fraseología de Carrara), comprende desde ese nacer, la idea, la ideación, hasta que el agente ha agotado los efectos del delito, advirtiendo que para su perfeccionamiento ha de pasar de la ideación, a la deliberación y luego a la resolución o determinación, parte ésta con la que estrictamente concluye la fase interna, para pasar a la fase externa con los actos preparatorios, pudiendo quedarse en éstos o en la tentativa, o en la frustración, o llegar hasta la consumación o el agotamiento. El hombre como ser dotado de voluntad, puede, con la omnipotencia de su querer, de su desear, desechar la idea desde que ésta nace o, al encontrarse ya en el camino del delito, es decir, su hacer ha de encaminarlo hasta donde desee, paralizando su propósito cuando lo tiene a bien o, cuando por fuerza natural o de un tercero o por un accidente se ve imposibilitado de continuar los actos ejecutivos.

Oponión vertida por el insigne penalista Antonio Quintano Ripollés, (Compendio de Derecho Penal, Tomo I, página 372), pretendo hacer notar que la vida del delito tiene su arranque en los actos preparatorios, ya que es ahí precisamente donde el derecho empieza a tener sus aplicaciones; desestima, el connotado autor, la fase interna y le desviste de su carácter ampliamente reconocido como parte integrante

en el recorrido del delito; todo, por aceptarse que la fase interna del iter criminis no es, ni debe ser punible. Con el respeto innegable que nos merece tan brillante penalista, nos parece, con la mayoría de investigadores de la disciplina penal, que el delito tiene su iniciación en la idea, en ese momento es que la mentalidad humana es asaltada por la concepción ideológica de la posibilidad de un delito, ya que, si no hay idea, si ésta no se analiza, si no existe determinación del sujeto en cometer el delito, nunca podría hablarse de actos preparatorios y por ende no cabría la posibilidad de que el delito tuviera principio en su formación. De acuerdo estamos con el penalista Quintano Ripollés en el sentido que el derecho tiene aplicación únicamente en la fase externa y que excepcionalmente en los actos preparatorios, más éste no puede conducirnos a estimar que la fase interna no nos debe merecer atención como primeros momentos en el camino del delito. Ambas fases la interna y la externa revisten carácter importante para nuestra ciencia, y no es que querramos penetrar en el campo divino del pensamiento, sino que menester es que se investigue hasta donde sea posible, para procurar evitar la idea criminal en la mentalidad del hombre, ora estudiando los problemas sociales que agobian al ser humano, ora encaminando la conducta del investigador en la posible solución de los mismos. Eso sí, colegimos, la no punibilidad de las ideas.

De manera que la fase interna comprende todos los momentos en que la idea criminal se encuentra en la mente del hombre, sin salir a la luz, sin conocer el mundo externo, sin

abandonar la siquis individual, que se encuentre enclaustrada en el fuero interno, sin que se produzca la menor manifestación al exterior.

La fase externa comienza desde el momento en que lo que tenemos formado del delito asoma a la luz, abandona lo interno para iniciar su recorrido por el mundo externo, realista, cuando se nos presenta visible, cuando puede apreciarse desde los actos preparatorios: la adquisición del arma para matar, la preparación de la poción letal, la búsqueda del lugar apropiado para cometer el delito, etc.

Interfiriendo estas dos fases, encontramos la fase intermedia, que tiene sus propias expresiones; de las que veremos: la resolución manifestada y el delito putativo. Podemos anticipar que la resolución manifestada, es excepcionalmente punible, equiparándola a la consumación (amenazas y apología del delito); y, que en cuanto al delito putativo, pese a existir el deseo de realizar un hecho antisocial, no es punible por no tener resultado efectivo a los intereses sociales y que en puridad no estamos frente a un delito, sino que frente a un error, conocido doctrinalmente como "ERROR - AL REVES", excepto en la tentativa con medio de idoneidad relativa.

Todo, adviértase, no puede desvincularse de esa figura rectora que es el tipo del delito, pretender omitir, circundar en esta figura nos traería trabajar en el vacío, ya que sin tipo no puede ni concebirse el delito, ni mucho menos, realizarlo. Por manera que nuestra posición va a circular en derredor del tipo. De donde nos encontramos en que algunas -

resoluciones manifestadas constituyen por sí un delito (conspiración y proposición), que sin ser actos preparatorios, han sucumbido a lo externo en forma verbal. Como que algunos actos preparatorios son punibles, aún cuando no se haya iniciado a poner en práctica la voluntad encaminada a la ejecución del tipo mismo: la portación de ganzúas en sujetos sospechosos, que no ofrezcan descargo plausible; la tenencia de pesas y marcas alteradas, etc. casos inequívocos de voluntad criminal.

Hemos pues, para emprender nuestra tarea, de asirnos a esa figura rectora que es el tipo y así recorrer los variados momentos de nuestro estudio.

ITER CRIMINIS, podemos decir, es, no la investigación de las fases por las que pasa el delito, como asegura el ilustre Jorge Frías Caballero, (El Proceso Ejecutivo del Delito, página 16), sino, el simple recorrido desde la ideación criminal que nace en la mentalidad humana, hasta el disfrute de los efectos producidos por el delito agotado. Y no consideramos que tenga razón el citado autor, porque el delito tiene su vida, recorre su camino, fuera de cualquiera investigación.

2- FASE INTERNA.

a) IDEACION. En la mentalidad humana, sujeta a dar nacimiento a las variadas ideas, en su mundo subjetivo, surge inicialmente la tentación; la idea del crimen aparece intempestivamente y perturba la mente del hombre, creando en él la

posibilidad de un delito, encontrando como ambiente propicio las pasiones o estado anímico actuales del sujeto y dando paso a posibilidades circunstanciales que pueden lograr en él, pasar inmediatamente al segundo momento que es la deliberación.

Más el sujeto puede rechazar la idea, sin analizarla, bastándole los principios morales, religiosos y sociales en que sustenta su vida. En este caso, no hemos superado los límites de la pura ideación.

b) DELIBERACION. También puede el sujeto aceptar en principio la idea, parecerle fructífera y entrar a un análisis de la misma, pasando a un momento psicológico de realizar juicio de valores, teniendo presentes los pro y los contra, planeando la forma de ejecución, observando lo perjudicial del acto delictivo, viendo anticipadamente los provechos obtenibles, no perdiendo de vista la valorización de la mayor o menor repulsa social, analizando, la pena como demostración de la repugnancia colectiva, la posibilidad de cometer el delito perfecto y burlar así los mandatos jurídicos, o en fin, observando indiferencia a tales sanciones.

Es decir hace un análisis exhaustivo de la idea y puede llegar al convencimiento de que la idea debe ser rechazada por inconveniente; pero si tal idea analizada dentro de los valores síquicos se enfrasca en la iniquidad de las pasiones y pasa al grado de determinarse a cometer el delito, sucede que del análisis concluye que es conveniente realizar lo ideado y que sopesados lo favorable y lo desfavorable del ac-

to delictivo, se resuelva a cometerlo. Es aquí donde concluye la deliberación, para dar paso a la resolución o determinación, tercero y último momento de la fase interna en el camino del delito.

c) DETERMINACION O RESOLUCION. El sujeto, después de ese intenso balance psicológico se encuentra decidido a cometer el delito; ha resuelto transgredir la ley, llegando así a inferir de que la determinación o resolución es la necesaria conclusión de la valorización interna sostenida. Hemos de aceptar, sin objeción, que tal determinación para que encuadre en nuestro pensamiento debe ser seria. El sujeto ha de estar resuelto a cometer el delito, pese a las consecuencias que sobrevengan y en las cuales ya debe haber pensado en su debatida lid de los elementos favorables y desfavorables del caso. No debe ser aquella resolución dudosa, sino que por el contrario, ha de ser firme e invariable; de no ser que aparezcan razones imprevistas que sean tan poderosas como para variar esa inicial determinación, debe estar tan autoconvencido, que la transición a los actos preparatorios obedecerá a circunstancias de tiempo y medios mecánicos a usarse, es decir, debe iniciar su preparación, ha de penetrar en los actos exteriores del delito tan pronto le sea permitido.

Cabe hacer notar que no es necesario que la resolución obtenida sea de carácter positivo para cometer el delito, ya que puede presentarse, muy raramente, este fenómeno: que el agente después de analizar lo conveniente y lo inconveniente del caso, haya resuelto desechar la idea y después, sin c-

tro previo análisis detenido, sin que se dé otro momento deliberativo, en vista de circunstancias imprevistas, comience en los actos preparatorios llegando a consumar el delito. En este caso la deliberación realizada que lo condujo a la resolución negativa, completa por ese violento cambio en el mundo externo, constituyen los mismos elementos en los que descansa su conducta positiva posteriormente observada.

Cuando se consuma un delito en forma tan súbita, de momento, es muy posible y dispuestos estamos a aceptar, que hubo ese segundo momento: el deliberativo, o sea que se concibió la idea e inmediatamente sigue la deliberación y la resolución. Más por ello no debemos negarle a la deliberación el carácter, ni el puesto con que es reconocida. Afirmar lo contrario sería tanto como estimar la no existencia de la tentativa y de la frustración en el iter criminis.

3. PUNIBILIDAD DE LAS IDEAS.

Qué trascendencia social pueden tener las ideas no exteriorizadas?; qué importancia puede tener para nuestra disciplina, el delito enmarcado en la mente del autor?. Ya lo dijo el penalista Montes, (citado por Quintano Ripollés, obra citada, tomo primero, pág. 371): "es inútil plantear el problema de si es o no punible el pensamiento hasta que la justicia humana haya descubierto los procedimientos de penetrar hasta él". Ante esta dificultad suprema todas las consideraciones deben callar, constituyendo el punto de vista contra-

rio una insufrible inmixión del juicio humano en lo divino.

Aceptado es la suprema e insalvable imposibilidad de captar el pensamiento, entonces, ¿cómo es posible lograr conocerlo y así reprimirlo?. El principio reinante es que - el pensamiento no delinque. Las Partidas, por su lado, so tienen la impunidad de las ideas; también Ulpiano se inclinó en tal sentido al expresar "COGITATIONIS PAENAM NEMO PATITUR" (nadie sufre una pena por un pensamiento).

Tanto las Partidas como Ulpiano sostuvieron que: - "Pensamientos malos vienen muchas vegadas en los corazones - de los homes, de manera que no se afirma en aquello que pien san para lo cumplir, por fecho: et repentiese. Et por ende - decimos que cualquier home que se repintiese del mal pensa- miento antes que comenzase a obrar por él, que no meresce por ende pena ninguna, por que los primer movimientos de las vo- luntades no son en poder de los homes". (L.J. de Asúa en la Ley y el Delito, pág. 576 y 577).

Se vuelve nugatorio el pensar que haya existido en el tiempo, época alguna en la que se haya pretendido penar - las ideas, reprimir el pensamiento. Rossi, (citado por Jimé nez de Asúa, pag. 577 de obra citada) nos dice "El pensamien to es libre; escapa a la acción material del hombre; podrá - ser criminal; pero no habrá ser encadenado". Luego usando - una fórmula retórica nos hace ver que amenazar con castigar - el pensamiento lo que se lograría sería "cubrir las chispas, para tener el placer de asistir al incendio".

Más el principio de la impunidad de las ideas no -

ha sido absoluto en el tiempo y en el espacio. Carlos Feré - (Degeneración y Criminalidad, pág. 32, Colec. Filosof. "TOR") nos cuenta que: cuando el temor a Dios se transformó en prin cipio de sabiduría, los gobernantes, especialmente los impo- pulares, hicieron de és una norma de su gestión, exagerándola y contando con brazos armados para defenderlos.

El concepto del crimen se transformó; no sólo se - consideró como ofensa delictiva, el acto capaz de inferir - mal, directa o indirectamente, al conglomerado social, sino que también a cualquier hipótesis que causara desagrado a la divinidad o a sus representantes, detentadores del poder pú- blico. Con tan absurda idea puesta en práctica, se llegó a - tal degeneramiento que no faltó quien acusara a la naturale- za de inmoral.

Massari y Rocco como autores del código italiano - han querido castigar las ideas llamándolas conato de delito. En 1899 Minteguiaga lanzó su obra la "Punibilidad de las Ideas" Suárez de Tángil y Pidal Rodrigálvarez en la "Punibilidad de - las Ideas y el Delito Político", sostienen que las ideas deben castigarse cuando se expresan o exteriorizan.

Como puede apreciarse, no estamos frente al caso de castigar las ideas en sí, no es posible advertirlas y no pue- de castigarse lo ignorado. Lo que se pretende castigar es la manifestación, la exteriorización de las ideas, dando acceso - a un nuevo tipo de delito que viene a perturbar la armonía so- cial: delito de expresión, como la amenaza. Al pensar sobre - cuál sería el bien jurídicamente protegido, que se viola o le

siona con la exteriorización de la idea, se ha querido llevar por senderos del Estado, diciendo que es el orden público. Es to no pasa de ser una triste y desafortunada pseudo-justificación, pues aparte de los delitos conocidamente tipificados en la mayoría de las legislaciones: conspiración, proposición, -apología del delito, etc. que han encontrado su justificación en el evitar males mayores, no debe por ningún motivo silenciarse el pensamiento, no debe entorpecerse la idea por criminal que pudiera parecer, en tanto no asome al mundo externo. Lucha constante ha de ser la integral defensa del pensamiento. De no abrigar esta idea, estaríamos aceptando el estancamiento de la ciencia y sería estatizarnos conformes en el oscurantismo.

En tanto que el Derecho Canónico sigue castigando co mo pecado la simple intención, en el delito propiamente tal, se produjo el principio de la impunidad para la mera intención y anunció castigo para algunos conatos de delito en los que se advierta una acción encaminada manifiestamente a la comisión del delito. Todo momento que precede a la resolución e inclusive ésta, forman un problema complejo que jamás deben considerarse fuera del ámbito psicológico.

La ideación no es buscada por el hombre, ninguna cul pa tiene de que su mente se vea asaltada por ideas criminales: ¿a quién en momento alguno de su vida no le ha aparecido la idea de transgredir la ley, talvez de cometer un delito?. Vaya el analizar esa idea sí es imputable al hombre porque como due ño de su voluntad puede rechazarla de inmediato; pero con ana-

lizarla no causa daño alguno, no irrespeta derecho tutelado - alguno, no viola interés ajeno; por último, con la resolución a que llegue no pasa de haber concluido la deliberación; no daña derecho de otros. De donde concluimos que no representa peligro y en consecuencia no debe ser causa de preocupación constante. Diferente es cuando tal resolución se ha empezado a exteriorizar, ora por actos preparatorios, los cuales serán punibles si la ley lo dispone expresamente.

4. CON EL PENSAMIENTO NO SE DELINQUE.

El pensamiento, como hemos visto, es de estricta esencia subjetiva, compuesto por varios momentos sucesivos que se desarrollan en la mentalidad humana. De donde bajo cualquier análisis, aún los más drásticos, hemos de concluir en el principio de que: con el pensamiento no se delinque.

Enrique Ferri, en su obra "Principios de Derecho Criminal" (pág. 391) refiere: "todo acto del hombre, y, por lo tanto, el delito, es siempre valuado, no en su materialidad exterior, aun cuando ésta sea el requisito preliminar del proceso valoratorio, sino en el estado de ánimo que le ha precedido, esto es en la voluntad guiada por la intención para alcanzar un fin". Es innegable el papel preponderante que desempeña el pensamiento relacionado con el resultado exterior de una acción criminal, del conocimiento de ese pensamiento devienen los conceptos de dolo en sus distintas manifestaciones, culpa, preterintencionalidad, etc., derivando de tal conoci-

miento la aplicación de la pena. Más ésto no debe, en momento alguno, conducirnos a equívocos que nos induzcan a aceptar ni aún peregrinamente, que el pensamiento delinque; todo por una sencilla razón: el pensamiento en sí nunca puede ser conocido, de no exteriorizarse por actos materiales realizados en el mundo físico. La cita de Enrique Ferri, justificada en nuestra opinión, dice relación en primer lugar con el resultado de los actos externos y luego con la investigación concienzuda del pensamiento. Porque ello, el resultado e investigación nos conducen a saber la peligrosidad del sujeto activo del delito y se castiga o reprime esa peligrosidad y no el pensamiento; tanto es así que si el pensamiento no traspasa los límites de lo interno no puede ser conocido y en consecuencia se ignora su existencia; de allí la imposibilidad de sancionar al pensamiento y por ende no delinque, ya que todo acto delictivo tiene la posibilidad de ser reprochado con el sufrimiento de un castigo. En lo ignorado siempre no cabe esa posibilidad, precisamente por desconocido.

En la mentalidad humana pueden conjugarse cuantos pensamientos puedan imaginarse, perfeccionarse algunos y quedar desechados otros; la mente es un mundo tan amplio, donde tienen generosa cabida las más sublimes como las más bajas pasiones. Para el pensamiento no se tiene cadenas, como no las hay para la imaginación, es libre y no puede aprisionarse ni por los más fieros y testarudos déspotas. De aquí que se haya concluido en que al derecho penal solo interesan los actos externos, que son los que pueden ofender a la sociedad y no se

ocupa del pensamiento, de no ser para investigar las causas genéticas de aquellos.

Otros rumbos camina nuestro punto de vista cuando entramos al análisis de los delitos que se consuman por omisión. Al parecer, y no nos atrevemos a aceptar sin un verdadero estudio, la máxima "cogitationis poenam nemo patitur", deja de tener ese carácter absoluto, pues en los delitos de omisión no existe aparentemente un actuar, lejos de ello, es un no actuar, es una conducta pasiva, el medio idóneo para lograr la consumación del delito. Para nuestro modesto parecer, la máxima ulpianana no sufre deterioro y continúa tan certeramente imperante como en los delitos de acción. En efecto: quien dejando de amamantar al infante, obtiene su muerte, ha exteriorizado su resolución al dejar de cumplir con un deber, al dejar de realizar la acción esperada.

El cumplimiento de la obligación legal, es la conducta normal, es el hacer esperado de cuya observancia pende la armonía social, fin arduamente buscado por el ordenamiento jurídico. Su violación es lo anormal y lo que trata de reprimirse por antisocial. De manera que en los llamados delitos por omisión, lo que se exterioriza, no es el hecho material de actuar sino, contrariamente, es la conducta pasiva, es el no actuar, es el dejar de hacer lo que la ley espera del hombre.

Las escuelas penales modernas nos han facilitado con gran maestría, el determinar las justas fronteras del acto y considerarlo como instituto o característica del delito.

El acto delictivo, nos enseña, comprende el hacer como el omitir; más para su formación, necesario es que se manifieste la voluntad por un resultado material o moral, y además que haya relación de causalidad entre la conducta humana y el resultado obtenido. De donde puede concluirse de que para dar existencia a un delito, no es necesario simplemente un hacer, sino que lo medular es la manifestación de la voluntad criminal seguida de un resultado ofensivo.

De lo que va dicho, podemos desde ya, descartar la idea de que en los delitos por omisión claudica la máxima de Ulpiano, de que "nadie sufre una pena por un pensamiento".

En conclusión podemos afirmar que el principio imperante es el de que no es punible el pensamiento. Más como en todo concepto, que entramos a analizar, nos vemos obligados a aceptar que no es absoluto y el principio aceptado no escapa a esas menguas, ya que si somos un poco observadores notaremos que, fuera de las resoluciones manifestadas previstas por varios códigos penales, existen sanciones para las ideas, se castiga el pensamiento. Ejemplo de ello se encuentra en países de armazón legal democrática, que sobre texto de defender el poder del pueblo penan el pensamiento contrario a intereses conservadores y retrógados, no permitiendo la legalización de partidos políticos integrados por personas sustentantes de pensamientos contrarios al sentido democrático. Mas ello es en el ámbito político, campo fructífero para cometer tantos desaguisados. En el derecho co-

mún no es dable castigar el pensamiento en tanto no se ha exteriorizado.

5. PRUEBA DE LAS IDEAS CRIMINALES.

Imaginemos por un instante que nos proponemos sancionar las ideas criminales, nos encontraríamos en el umbral de semejante posición con la gravísima interrogante, irresoluta por cierto, de cómo probar esas ideas? Esta es la incógnita a esclarecer, que sin pretención más que el de satisfacer nuestra propia inquietud, trataremos de analizar en forma breve.

Nuestro problema comienza con otra interrogante de gran valía para nuestro propósito: ¿con qué medios probatorios podríamos contar para determinar y sancionar a un delincuente de voluntad, es decir, a aquél que resuelto está a delinquir pero que no ha exteriorizado su determinación?, pregunta ésta de insospechado rumbo, nos lleva obligadamente a recordar que el límite de la punibilidad lo encontramos en las resoluciones manifestadas, pues cualquiera otra posición adoptable debe considerarse comprendida en otro campo que el penal.

Antes de continuar, deseo nuestro es llamar la atención en el sentido de que la fase interna, únicamente es dable en el delito donde cabe el análisis de valores de lo favorable y desfavorable de su ejecución, aquellos donde nace y se desarrolla la idea criminal, es decir, sólo en los

denominados dolosos, pues es en ellos donde se conjuga el -- intelecto, donde tiene preponderancia la voluntad. Por manera que no tiene participación la fase interna en los delitos culposos, porque si acaso hasta donde podemos admitir es que el agente activo del delito culposo ideó, analizó y resolvió violar un reglamento o en comportarse negligente en preveer la realización del delito resultante; pudo tener la representación de este delito pero nunca nació en él ni trazos de la idea de cometerlo, su intención alcanzó hasta violar normas reglamentarias o de no querer observar la diligencia debida en su hacer, es decir nunca se propuso ofender interés ajeno determinado. El dolo pues, integrado por un elemento intelectual consistente en el necesario conocimiento de la naturaleza moral de los hechos que realiza, debiendo conocer su significación jurídica, por una parte, y por otro elemento -- que ha de ser la voluntad persistente en la actividad delictiva hasta obtener el resultado deseado; descansa en la fase interna como su principal origen.

Ahora bien en la culpa, el agente al actuar nunca desea el resultado obtenido, pero en su actividad pudo y debió prever tal resultado, de aquí que falta el elemento intelectual, no hay ideación, ni deliberación y en consecuencia tampoco resolución; lo que hubo fue una representación del -- resultado al actuar como lo hizo. Como puede apreciarse, en la culpa no hay momento alguno para situarnos en la fase interna, que es meramente intelectual, nos hemos desenvuelto -- en la fase externa.

Admitimos que en la culpa con representación o con previsión, el delincuente experimenta la ideación del crimen, la idea se le representa, la prevé, pero no desea el resultado dañoso, y si actúa como lo hace es por considerar que tal resultado no se producirá, por suerte o por confiar en alguna aptitud personal. Lo que ya nos está indicando la posibilidad de una deliberación, pues casos pueden presentarse en que el agente al producirse el resultado no querido, haya determinado anticipadamente su defensa personal, la huida, o - al menos, cómo evitar en un momento dado se realice el resultado dañoso.

CAPITULO II

SUMARIO: 1. Fase Intermedia. Resolución manifestada: a) Proposición; b) Conspiración; c) Provocación; d) Excitación; e) Inducción. 2. Apología del Delito y Amenazas.

I. FASE INTERMEDIA. RESOLUCION MANIFESTADA.

Hemos dejado entrever la existencia de otra fase: la externa, sobre la cual tiene su amplia e indiscutible vivencia el derecho penal. Pues bien, se ha expuesto con sutileza filosófica, que debe reconocerse entre ambas fases - la posición intermedia, constituida por aquellos actos que dicen relación únicamente con la intimidad del hombre, unidos a otros, que sin corresponder a la materialidad, el sujeto activo los saca de su mente para entrar en contacto con otras mentalidades. Más esta ubicación de "contacto de mentes" de carácter filosófico, conocida como "fase interna de contactos", puede acarrear nos disenciones elocuentes que en el cumplimiento de este ensayo nos sería difícil enfrascar y ante la aceptación generalizada de eminentes tratadistas de nuestra disciplina, conformes quedamos, por parecernos - más acertado, con la idea de "RESOLUCIONES MANIFESTADAS".

Como queda expuesto, la fase interna del crimen no es punible, pues como felizmente indica el doctor Enrique Córdova: "ni la ley ni los jueces tienen entrada en el santuario de la conciencia". Ahora bien, entre aquella y la fase exter

na, encontramos una tercera zona intermedia, la cual procuraremos estudiar. En la fase intermedia, integrada por esos - varios momentos o zonas, que sin pertenecer totalmente a lo interno, tampoco forman parte de la fase externa, hemos de - ocuparnos en conocer una de sus resultantes: la resolución - manifestada.

Seguimos la ruta magistral señalada por Jiménez de Asúa, con un modesto análisis sobre las resoluciones manifestadas. En Francia, tres son las formas conocidas: la preposición, la conspiración y el complot. Tal apreciación provocó discusiones más o menos profundas, pues se dice, con justificada razón, que el complot está comprendido en la conspiración. Desde luego, hemos de anticipar que en ambas formas - de resolución manifestada, la proposición y la conspiración, la ley las sanciona excepcionalmente, pues en sí constituyen la consumación de un delito sui generis, no materializado. - El castigar tales resoluciones como delitos especiales obedece al celo de salvaguardar la independencia y seguridad del Estado. No obstante participamos de la opinión que tales situaciones no deben ser punibles, ya que en puridad no se trata de una acción ofensiva concreta a los intereses sociales, sino que de una simple expresión verbal, que de no encontrar seguidores tendríamos otra situación equiparable a la idea - rechazada o a la resolución auto-subestimada. No concordamos pues, con la idea de Quintano Ripollés (Compendio de Derecho Penal, tomo I, pág. 381), para quien "en tales resoluciones - existe una preparación externa de la actividad delictiva que

no es aún ejecutiva, por lo que el nombre de actos preparatorios puede convenirles sin escrúpulo alguno, quedando impunes tan sólo los de ideación interna". Y disentimos con tan reconocido penalista, porque estimamos que en tales resoluciones no hay ni asomo de ejecución y si no existe el principio ejecutivo, cabe interrogarnos con Jiménez de Asúa: ¿qué valor tienen la proposición y la conspiración?; desde luego que no hay ninguna exteriorización en ellas, de no ser la mera expresión verbal, el de dar a conocer la resolución en la comisión del delito; consiste en el de hacer a otra mentalidad partícipe de la determinación a la que el agente ha llegado después de la deliberación. Creemos que la resolución, en sí, pertenece a la fase interna, pero que al expresarse se ha exteriorizado, es decir, ya salió al mundo externo, pero sin causar daño alguno, sin mutar con el resultado. Asimismo, estimamos que al exteriorizar la resolución de cometer un delito, no se está preparando su ejecución, ni mucho menos hemos iniciado la práctica de actos ejecutivos. Valga decir, que al manifestar verbalmente la determinación de delinquir, no se está comenzando a ejecutar el delito mismo, - pues las resoluciones manifestadas, adviértase, van dirigidas al presunto codelincuente. Más por voluntad de la ley, arts. 121 y 122, 132 que forman algunos ejemplos, hemos de considerar que las resoluciones manifestadas tipificadas como delitos, deben verse siempre como delitos consumados, pues basta ver el tenor de los citados artículos, para que quede demostrado que con sólo proponer a otro u otros la consumación del

delito preceptuado en el art. 120 Pn., se ha consumado la -
resolución manifestada como delito.

Es de apreciar, que la manifestación de voluntad exteriorizada, nos demuestra que el individuo ha salido de lo interno y ha realizado de palabra, un acto externo volitivo, no precisando mayor detenimiento para comprender que no constituyen actos preparatorios en la vida del delito, ya que como dejamos dicho, no existe mutación alguna en el mundo físico, y mejor pudiéramos expresarnos, diciendo que lo que hay, lo que se dá en las resoluciones manifestadas, es - una intercomunicación de lo interno a lo interno, es el extraer una determinación de la mente del que propone para ubicarla en el vacío de la mente del propuesto para que germine en éste como idea a debatir en la deliberación.

En síntesis obligada, hemos de reconocer que la - proposición y la conspiración son punibles únicamente cuando la ley se refiere a ellas y todo so pretexto de buscar - la protección de esos dos bienes jurídicos, que son la independencia y la seguridad del Estado. De donde concluimos - que las resoluciones manifestadas, cuando son puras, no constituyen delito, ya que no hay infracción a la norma jurídica. De lo expuesto se infiere, que el único camino que nos queda, ya que han salido a lo externo y no son actos preparatorios, es el de reconocerlas como resoluciones manifestadas y que son punibles excepcionalmente como previsión. Además, claro debe estar, que las resoluciones manifestadas, al igual que cuando hablamos de la fase interna, sólo pueden -

producirse dentro del ámbito doloso, nunca en el radio de la culpa, pues hasta decir resolución, para presuponer la fase interna en su plenitud.

Hemos de ocuparnos de la proposición, la conspiración, la provocación, la excitación y la inducción, como formas de resoluciones manifestadas. La apología de un delito y las amenazas son formas incidentes.

Haremos breve análisis por separado de cada una de estas formas de manifestación.

a) PROPOSICION. La proposición la define nuestro Código Penal en su art. 4 Inc. 2, como: "la proposición se verifica cuando el que ha resuelto cometer un delito propone su ejecución a otra u otras personas". El Código Penal español, con redacción más explícita nos da el siguiente concepto, art. 4 "la proposición existe cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas a ejecutarlo". La mayor claridad en el precepto español la encontramos en la idea de invitar a ejecutarlo, pues nos parece que la manifestación debe conllevar el ánimo de hacerse acompañar en la participación de la consumación del delito de la persona a quien se le propone, es decir, le formula una atenta invitación a co-delinquir, idea ésta que no aparece tan clara en nuestra legislación.

Por otra parte nos parece que la propuesta de que hace mención nuestro código, involucra más que invitación, una simple expresión verbal, que si logra la coparticipación

del propuesto, bien, y si no también; da la idea de cierto indiferentismo a obtener esa colaboración, valga decir, que nos parece que para configurar el delito de proposición es necesario que vaya invívito, en forma vehemente, el deseo - de hacerse acompañar en la comisión del delito, de la o las personas a quienes se les propone, y así podemos hasta llegar a exigir del proponente una insistencia ante el propuesto, procurando convencerle y mostrándole lo planeado o el resultado de la deliberación en la fase interna.

Digamos que la proposición es, por así decirlo, - parte embionaria de la conspiración, pues como veremos al referirnos a esta figura, la proposición es una manifestación invitante a cometer el delito y que cuando se ha obtenido la aceptación del propuesto a coparticipar en la ejecución del - delito, hemos de reconocer la existencia de un concierto de - voluntades, para entrar en un acuerdo de circunstancias y modos de realización, dando así a la proposición un cariz morfológico en el apareamiento de la conspiración.

La proposición es, pues, esa comunicación de voluntad por parte del que propone, pidiendo colaboración extraña en la ejecución del delito, por manera que a quien se le propone puede verse librado de responsabilidad no aceptando tan conciente invitación. De aquí que la proposición es y debe - ser castigada con menos pena que la conspiración. Ejemplos: - arts. 101 inc. 2, 121, 122, 132, 133, todos de nuestro Código Penal.

b) CONSPIRACION. "La conspiración se verifica cuando dos o más personas se concertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo", reza el art. 4 inc. 2 de nuestro instituto penal, manteniendo igual concepto el Código Penal español. Como puede apreciarse del concepto indicado se desprende, sin lugar a duda, que en la conspiración se requiere de la concurrencia plural de voluntades, dos o más, que deberán ineludiblemente de concertar en medios, modos y circunstancias de ejecución. Se vuelve necesario la existencia de ese acuerdo unánime de los conspiradores, acuerdo al que han de llegar después de la indispensable deliberación conjunta, en la que se han fijado con antelación la participación que a cada conspirador cabrá en la realización del delito. Visto esto, nos damos cuenta que en la conspiración se presenta con magnitud el problema de la codeincuencia, ya que todos los conspiradores al realizar el acuerdo unánime, se convierten en coautores, de no ser aquellos que por su desistimiento de cometer el delito acordado o por cualquiera otra circunstancia eximente gocen de la liberación de la pena.

La conspiración, como la proposición, ha observado en el tiempo y en el espacio sus ampliaciones y sus acotamientos, debido a medidas de gobiernos más o menos liberales que las han legislado. Así, en las reacciones antiliberales se han ampliado en su aplicación, y se han disminuido notablemente en gobiernos liberales, pudiendo asegurar que en la mayoría de las legislaciones han sido esas medidas, excepcionales y tendientes a proteger la independencia y la seguridad del Estado.

Los elementos que integran a la figura de la conspiración son: el acuerdo previo y la resolución, de los conspiradores; dados tales requisitos se ha perfeccionado el delito, independientemente del inicio de la ejecución del delito conspirado pues si se ha principiado a poner en práctica el delito concertado, lo que se ha hecho es empezar con la fase exterior, ora por los actos preparatorios propios, ora dando nacimiento al momento seguidor que es la tentativa. - Por manera que no existe conspiración punible si no se han presentado estos dos requisitos y, además, la circunstancia de estar contemplada como tal por la ley, pues no podemos hablar de conspiración, en el sentido jurídico, si la ley no se refiere expresamente a ella.

Digamos de esta figura lo que dejamos planteado al tratar la proposición, referente a que no se deben sancionar las resoluciones manifestadas estudiadas, lo contrario posee sabor anacrónico y lo peor, lo reprochable, es la exigencia que formula nuestro Código Penal en su Art. 122 inc. 2, que reclama del conspirador, para eximirlo de pena, no sólo el desistimiento o el arrepentimiento sino que le convierte en un mísero delator de sus propios hermanos, de acuerdo conspirativo. Requiere el inciso repudiado que el conspirador, - arrepentido, señale las circunstancias concertadas, en las que indiscutiblemente puso su colaboración y aprobación, cuando no hayan sido ideas propuestas por él mismo. En nuestro modo de pensar, estas situaciones creemos debieran desaparecer por innobles, debiendo satisfacer el simple arrepentimien

to, el puro desistimiento, como lo observamos en otros delitos de mayor o menor trascendencia peligrosa por parte del sujeto activo.

c) PROVOCACION. El código penal español define la provocación expresando que "existe cuando se incita de palabra, por escrito o impreso, u otro medio de posible eficacia a la perpetración de cualquier delito. Si a la provocación hubiera seguido la perpetración del delito, se castigará como inducción". De la simple lectura de esta disposición española se colige que la provocación es una modalidad de la proposición, más amplia y más generosa en el empleo de medios y aplicación que ésta. Es el tipo intermedio de la proposición y la inducción; difiere de aquella en que en la provocación se hace uso de medios variados e idóneos en abstracto, ya que lo que se exige es la posibilidad de eficacia; se estimula al incitado en su voluntad, minándola para obtener una posible eficacia de los medios empleados, es decir, va más allá de la vehemente invitación al delito, hay una incitación que produce, por así expresarnos, un impulso casi irresistible físicamente hablando, a cometer el delito, pero la provocación no debe tener éxito en el resultado que se quiere, pues de haberlo, habremos invadido el campo de la inducción. También difiere de ésta, en cuanto que dable es considerar a la provocación como figura transitoria por la que ha de cruzar el agente para lograr la inducción. Esto se ve claramente expuesto en la redacción del precepto que encabeza estas líneas, ya que

si la provocación va seguida de la perpetración del delito, se habrá perfeccionado la inducción, de la que oportunamente nos ocuparemos.

Por lo que seguimos al ilustre Antonio Quintano Ri
pollés (ob.cit.pág. 384), en su afirmativa de que "la provo-
cación, como la proposición misma, vienen a constituir una -
especie de inducciones frustradas, no seguidas de éxito".

En España, anteriormente a 1944, no fue considera-
da, la provocación, como grado de delito, sino que como deliti
to especial con sus requisitos: de que debiera ser hecha por
escrito u otro medio de publicidad dirigida a todos los hom-
bres y a ninguno en particular, gozaba de un impulso general
sin destinatario concreto.

La provocación debe ir encaminada a una determina-
da actividad delictiva, poco importa la concreción del destini
nario, eso sí se provoca una actividad a observar y no a -
una conducta observada en el mundo cruento del delito perpe-
trado. Con esto somos del parecer que la provocación debe -
ser punible cuando realmente evidencie un verdadero peligro,
como los contemplados por nuestro Código Penal en sus Arts.
379 y 382, que nos traen la provocación al duelo.

d) EXCITACION. Ya hemos expuesto que la proposi-
ción estriba en la mera invitación que formula el que está -
resuelto a cometer el delito previsto a otra u otras perso-
nas para que le acompañen en su consumación; también al referi
rinos a la provocación, hicimos notar que ésta es la incitati

ción hecha por cualquier medio inequívocamente comunicativo y de posible eficacia, a la perpetración de cualquier delito concreto; insistíamos en que si la provocación va seguida de la ejecución del delito habríamos alcanzado la inducción.

Entramos a analizar lo correspondiente a la excitación, la cual desde nuestro punto de vista enfoca un carácter filosófico más amplio que la proposición y menos estricto que la provocación y la inducción, a la que nos referiremos pronto. Excitar es estimular la voluntad humana tan ajena, hasta entonces, de crear o receptor la idea criminal; es elanzar las primeras descargas a la mentalidad de los excitados, a fin de que éstos conozcan y abriguen la idea, que la analicen por propia cuenta y lleguen a su propia resolución. Podemos asegurar que lo perseguido por la excitación es el colocar la idea criminal en la mentalidad del destinatario para que éste inicie dentro de su subjetividad la deliberación. A la excitación no interesa la resolución, va dirigida al acto y no al resultado, fin específico perseguido por la inducción. Basta, para configurar a la excitación, la realización de actos comunicativos que hagan funcionar la mente del destinatario en derredor de la idea expuesta, procurando el nacimiento y crecimiento de la idea en la mentalidad excitada. Es el inyectar en el sujeto esa idea, sin importar el convencimiento o el resultado. Se limita en fin, a provocar pasiones, a suscitar emociones, a explanar ventajas que ayuden a la realización de la resolución criminal por parte del ejecutor.

e) INDUCCION. Los Arts. 13 inc. 2 y 362 de nuestro Código Penal son claros ejemplos de esta figura, teniéndoseles como delitos consumados. Por nuestra parte hemos dejado entrever en el literal "C" de este ensayo, que la provocación alcanza un grado más que la proposición y que a su vez aquella es una figura transitoria para llegar a la inducción.

En la provocación debe no haber éxito, característica diferencial con nuestra figura en estudio, en la que si es necesario que el provocado lleve a cabo la ejecución del delito.

Además, y por otra parte, en la excitación existe sólo la voluntad criminal del sujeto activo, en tanto que en la inducción perfecta acontece cosa distinta, pues puede hablarse de un concurso de voluntades al realizarse el delito inducido. Y así es, porque de la misma manera que una persona puede determinarse a cometer un delito, puede también mediante la inducción, obtener de otro la ejecución de ese mismo delito.

Existe en el inductor una fuerza moral que hace mover la voluntad del sujeto pasivo, quien ha captado la idea criminal del sujeto activo y actúa conforme a aquella voluntad, al menos como hemos dicho, dando principio a los actos ejecutivos del delito.

La inducción implica una conducta determinada del agente, dirigida a la consecución concreta de persuadir la voluntad ajena; es el hacer mover la voluntad hacia la ejecución del delito propuesto; es el obtener el pleno convencí

nimiento de la voluntad del inducido para que ejecute o realice la acción criminal. De donde esta figura conforma un delito especial que ya no podemos aceptarlo como una simple resolución manifestada, pues encierra en sí, al menos, principio de ejecución, ya que el inducido puede en el desarrollo ejecutivo desistir de la consumación misma del delito.

Debe quedar claro que el inducido puede perfectamente desistir de la consumación del delito, pero estimamos que es necesario poner en práctica la idea inducida, ya que si el sujeto pasivo de la inducción no da principio a la ejecución del delito, no creemos que pudiésemos hablar de persuasión, de convencimiento, es decir, no creemos que podríamos asegurar que hemos llegado a la inducción. Habremos excitado, provocado, pero no inducido.

"La figura del instigador reclama mover el ánimo de aquel o aquellos sobre quien o quienes opera. Instigar es determinar a otro a la ejecución de un hecho" (Jiménez de Asúa, Ley y el Delito, pág. 584).

Inducción e instigación son sinónimas y así las aceptamos, pese a esfuerzos de autores que han deseado hacer diferenciaciones sutiles.

Como puede apreciarse somos de opinión que para hablar de inducción, es menester que ésta sea efectiva, o sea, que logre activar la voluntad ajena, colocándola en camino de la ejecución, que la ubique en la fase externa del iter criminalis, aunque el sujeto inducido no persista en la ejecución, aunque desista después de los primeros pasos ejecutivos. Esta posición es la sostenida por la mayoría de los

penalistas de nombradía y la corroboran casi todas las legislaciones. En la nuestra encontramos, en el Art. 362 Pn. impropriadamente usado el nombre "inducción al delito", ya que el suicidio no es un delito; es cierto que la inducción debe obtener una actividad delictiva de parte del sujeto pasivo, pero tal actividad debe comprender desde el hacer nacer la idea en el delincuente hasta llevarlo a poner en práctica su determinación, por lo que con justificada razón, si mal no recordamos el profesor Dr. Manuel Castro Ramírez sostiene que si la idea de privarse de la vida nace en el suicida y posteriormente alguien lo estimula con tal fin, es decir le aconseja o le alimenta la idea del suicidio no será caso de inducción. Más para beneficio de una justicia humana, lejos quedaron los tiempos en que el suicidio se consideró como delito, concepto dentro del que se irrespetó la memoria de los difuntos y los sentimientos de los parientes, castigando a los cadáveres o ejerciendo medidas de hecho contra el patrimonio del suicida.

Con el deseo de reprimir el suicidio fue éste considerado como delito, siendo este mismo deseo el que nos lleva actualmente a castigar al que en una u otra forma coopera a su realización; pero ya no podemos decir que es inducción a la perpetración de un delito, sino de un hecho perjudicial a la sociedad: la pérdida de una vida.

La inducción cobra importantísimos matices en la codelinquencia, donde tenemos invariablemente al inductor como coautor, Art. 13 número 2 Pn., ya que por su actividad inexcusablemente se debe la perpetración del delito, más este es

problema no comprendido en este ensayo, por lo que no nos referiremos a él y sólo diremos que el instigador o inductor - es visto por los códigos penales, especialmente por los de - descendencia española, como el nuestro, como coautor o partícipe directo en la ejecución del delito. Esto, por supuesto, debe quedar esclarecido, que el instigador o inductor es el creador y resolutor de la idea criminal en sí mismo y formador de la idea en la mente del inducido hasta llevarlo a la determinación de consumir el delito por medio de actos directos, siempre admitiendo que el instigado puede desistir y tal circunstancia no desfigura a la inducción, pues como hemos - sostenido, basta con que el inducido dé comienzo a la ejecución del delito.

APOLOGIA DEL DELITO Y AMENAZAS

Hemos intentado hacer un análisis de la conspiración, la provocación, la proposición, la excitación y la inducción, y estimamos que todas ellas son, sin lugar a duda, resoluciones manifestadas, constituyendo excepcionalmente delitos de carácter especial sancionados generalmente con rigurosidad incomprensible. Nos aprontamos ahora al estudio de si la apología y las amenazas son resoluciones manifestadas o si, por el contrario, constituyen delitos sui generis.

Empecemos por saber que la apología es la propaganada o exaltación de un delito, generalmente de carácter político, como afirmar con publicidad que el dar muerte al jefe

de Estado es velar por la salvaguarda de los intereses del pueblo. Hemos dicho que el delito, objeto de la apología, es generalmente de carácter político porque conformes con el eminente Jiménez de Asúa "a nadie que goce de salud mental perfecta puede ocurrírsele la apología de un delito común" (ob.cit.pag. 526).

Y aún dentro del supuesto que a alguien se le viniera en mente exaltar un delito común, creemos que tal - exaltación sería infructuosa, pues tendría que encontrarse con una mentalidad desviada o anormal para que germine la idea del delito enaltecido. De ahí que nuestro tema va de dedicado a ciertos delitos y especialmente a los de carácter político, porque el hombre como dueño de ideas y pensamientos, tiene siempre participación, aunque sea ideológicamente, en el hacer público (homo politicus), siendo, consecuentemente, fácil presa de la voluntad provocativa del apologista, quien actúa presionado por una pasión patriótica o simplemente malvada.

Hacer la apología de un delito, es representar - los actos delictivos como laudables y meritorios, encerrando una provocación peligrosa al perturbar la mentalidad ajena, haciéndola creer que es legítimo lo que realmente es criminal, para que dentro de tal creencia actúe contra la ley y estime como víctimas a los verdaderos culpables.

No es ni debe ser aceptado que la apología sea - considerada como tal en todos los casos; sería injusto y - peligroso. Así para el caso, puede ocurrírsele a un gobierno

no de corte capitalista declarar como delito la huelga y estime que quienes la exalten como arma de los trabajadores para la consecución de sus justos derechos, sean considerados delincuentes. De donde insistimos que la apología debe sancionarse en algunos casos, como en los delitos políticos, y además que su propaganda se haga con publicidad, pues al faltar este elemento no podría argumentarse que exista o pueda nacer la alarma dentro del conglomerado social.

Algunas legislaciones, el Código Penal argentino - entre otros, ha llevado el concepto a mayores latitudes, el Art. 213 sanciona la apología de un delito o de un condenado. De suerte que quien con publicidad exalte, justificando los hechos declarados delictuosos por la ley o le haga propaganda a la conducta criminal de un condenado, comete delito, ese delito sui generis de la apología.

Distinto ocurre en las amenazas, que Jiménez de Asúa se pregunta, ante la tipificación del Código Penal español en sus Arts. 485 y 486, de si no será apresurada por tratarse sólo de resoluciones manifestadas. Mas, gracias a la observación del mismo penalista, podemos, sin temor a equivocarnos, estimar que las amenazas constituyen en sí un delito sui generis, pues en tanto las resoluciones manifestadas todas van encaminadas o son expuestas al presunto code delincuente, las amenazas van dirigidas a la víctima como destinatario, con resultado propio, que puede ser el temor, la intranquilidad, la preocupación en el sujeto pasivo.

Como resulta de lo dicho, las amenazas constituyen

un delito de los llamados de expresión, como el de injuria y el de calumnia; ¿de dónde nace pues lo especial de este delito?; estrictamente no lo hay, es sólo aparente. Veamos: en la injuria, la calumnia como en las amenazas hay una manifestación de voluntad y un resultado. Resultado que ataca distintos bienes: en la injuria y la calumnia, es la reputación; en las amenazas, la tranquilidad.

Jorge Frías Caballero en su obra "El Proceso Ejecutivo del Delito" (Pag. 34), trae un resumen de dos posiciones que tienen cabida en cuanto a la punición de las amenazas: - "1) Castigar la amenaza en consideración al mal que se anuncia, en cuyo caso la solución correcta sería dejarla impune (como hace el Código argentino); 2) Castigarla en atención a la lesión jurídica producida efectivamente en la tranquilidad, libertad y seguridad del sujeto pasivo, prescindiendo en absoluto de la realización del mal anunciado, como hace el Código Penal español y que juzgamos la solución más correcta".

Hay quienes estiman, Valdés Rubio entre ellos, que las amenazas son constitutivas de tentativa del delito con que se amenaza. Consideramos que tal afirmativa es poco feliz, ya que al amenazar se comete ese delito especial de amenazas, pero no se ha dado principio a la ejecución del delito anunciado; sólo se expresa la intención, cuando más, ya que en muchos casos lo que encierra es un escape de cólera o un simple anunciar algo que nunca se pensó. Si aceptáramos que las amenazas deben castigarse como tentativa del delito anunciado, como la expresión de la intención de cometer el delito, nos veríamos en el caso de no sancionarlas al constar

que la verdadera intención es la de no cometer el delito expresado de viva voz y tampoco castigarla como delito sui generis.

Por ello acuerpamos al autor madrileño al sostener que este delito es de predominante actividad o meros delitos de acción.

TITULO II

CAPITULO I

SUMARIO: 1. Fase externa. Problema de Derecho Público. 2. Deslinde de actos preparatorios y actos ejecutivos. Criterios: a) Doctrina Subjetiva; b) Tesis de Carrara; c) Corriente objetivo-material; d) Corriente objetivo-formal; Teoría de Ernest Beling y los Complementos de la acción: a) complemento de la fuerza natural; b) complemento de un tercero inocente; y, c) complemento del mismo agente o por un tercero culpable. 3. Consideraciones finales. Conclusiones.

I. FASE EXTERNA.

Dejamos dicho en este trabajo que para la configuración del delito no basta el total desarrollo de la ideación, deliberación y resolución o determinación, estos momentos no son sino conformativos de la fase interna, sin la cual, casi podemos asegurar no sería dable el delito u ofensa social, llamados dolosos, ya que los denominados culposos, como veremos, no cuentan en su realización con el desarrollo síquico o fase interna.

En el correcto desarrollo del delito, necesario se hace que a la resolución obtenida en la fase mental, se siga la exteriorización de esa voluntad resuelta, por actos objetivos o materiales comprensivos de dicha voluntad, que haya una relación evidente de causalidad con el resultado.

En la fase externa es donde interesa sobremanera la exacta valoración de los actos preparatorios, de los de ejecución y consumación del delito, que vienen a demostrar la actua

lización de la conducta, objetivizada en la norma jurídica creada por el legislador como delito. En el concepto genérico de acto, entendiendo por tal la acción y la omisión voluntarias, va ínsito el resultado, que se vuelve más cierto con la consumación; sin querer por ésto afirmar que estemos frente a una regla inmutable, ya que como veremos, la tentativa y la frustración, delitos no consumados o imperfectos, también obtienen resultado aunque no materializado generalmente: perículo corso, o peligro corrido, término en el que después insistiremos.

Con la "fuerza física" del delito, según Francisco Carrara, con la "acción física" según Enrique Ferri, arranca la fase externa, como prosecución de la fase interna, y mejor expresado, de acuerdo a la moderna doctrina, es con los actos preparatorios donde nace sin lugar a duda, la exteriorización del delito, la fase externa. Pero los actos preparatorios deben ser tales que nos conduzcan al delito en forma inequívoca, pues contrariamente, si tiene cabida la incertidumbre, estaremos frente a un acto preparatorio equívoco, que en ningún momento envuelve la violación a la ley penal y que en consecuencia nada o casi nada deben importar al derecho penal, ya que su aplicación nos llevará a errores de magnitud insospechada.

A diferencia de la escuela clásica, la positiva, representada por Ferri, sostuvo que la ejecución del delito tiene su indefectible inicio con los actos preparatorios y que en consecuencia quien los realice debe ser sancionado; importó, eso sí, a los positivistas la posibilidad de la equivocación al apre

ciarlos. Posición punible que se tornaría más o menos grave - según que el acto esté más o menos próximo a la consumación y denuncie al grado de mayor o menor peligrosidad en el agente, pudiendo, desde luego, obtener el perdón del juzgador, como - gracia, pero sin hacer desaparecer la coercibilidad de la norma. Esta postura positivista, desvanecía las asperezas aparentemente insolubles de la distinción entre actos preparatorios y ejecutivos, como las formalidades de la tentativa y la frustración, y la docimetría punitiva de la tentativa con igual o menor pena que el delito consumado, etc. De manera que, según los positivistas, nos veíamos desagradablemente obligados a - enfrascarnos en los engorrosos procedimientos penales para obtener la absolución judicial en presencia de un acto preparatorio aparente, de probar lo contrario a la intención criminal - presumida por la ley o a esperar la no recolección de prueba - que nos incrimine.

Ante el criterio de las dos escuelas, seguros estamos de preferir a la generosa clásica, que fincó la tesis general de que no todos los actos preparatorios son punibles porque son equívocos. Y preferimos a la escuela clásica por ser respetuosa de las libertades, ya que algunos actos aparentemente preparatorios no son otra cosa que actos legítimos; la compra de un arma, adquirir el soplete oxhídrico, preparar la posición venenosa, etc., ejemplos éstos que como puede apreciarse están destinados, los actos, por su naturaleza a la realización de un acto ulterior legítimo, como a la consumación del más es

peluznante crimen. Claro está que si tan simples actos los relacionamos con otros factores, o unimos con otros actos, también aparentemente preparatorios considerados individualmente, podemos inequívocamente presumir que lo perseguido es la realización de un delito. Así: con el arma debidamente preparada, nos parapetamos en lugar seguro y apropiado para matar a alguien, a sabiendas de que por allí transitará. Si con el soplete nos encaminamos a violar la caja fuerte de los fondos, habiendo penetrado al lugar donde se encuentra. Si la poción venenosa la vertemos en los alimentos a consumir luego por nuestro enemigo.

No se obtiene la misma incertidumbre cuando el autor invade la zona ejecutiva in estricto, pues entonces fácil resulta la valorización significativa del acto preparatorio, por haberse ya objetivizado la intención en forma clara e indubitable. Más un juicio así obtenido, no sería razonable por haber sido elaborado a posteriori y consecuentemente no interesa a nuestro propósito pues lo que atañe a nuestra investigación es la enmarcación del acto preparatorio en una zona abstracta y no visto desde el punto de la ejecución o de la consumación del delito.

Ferri (ob. cit., pag. 494 y nota 4), nos cita como ejemplo del objetivismo jurídico, respecto a los actos preparatorios, el siguiente, que lo toma del famoso proceso contra Zaniboni, por atentado a la vida de Benito Mussolini. Zaniboni fue sorprendido en la habitación del hotel después de preparar un fusil cargado y de haber abierto un agujero en la persiana del balcón para apoyar el fusil en el momento de la ejecución del delito. Cabe preguntar, ¿se trataba de actos preparatorios? La

respuesta es la afirmativa, aunque no requiere demasiado para advertir que en sí mismos son equívocos. Por otra parte, tales actos denunciaban una real peligrosidad criminal, que le valió el proceso por tentativa de homicidio, más razonable se vuelve esta postura si le agregamos que el reo confesó su intención de dar muerte al jefe del Estado Italiano. Tal fue más o menos el razonamiento de Ferri, razonamiento en el que se apoyó Garófalo para llegar a la estimativa de que los actos preparatorios debían ser punibles, siempre que fueran acompañados de ciertas condiciones subjetivas de peligrosidad, como la delincuencia habitual, la reincidencia; probando: "1) si es verosímil que el agente tendiese a otra cosa que a un delito, o si la resolución delictuosa es innegable; 2) si no siendo dudosa la dirección del acto, puede haber la persuasión de que el agente habría persistido en él hasta el fin". (cit. por Jiménez de Asúa, la ley y el Delito, pág. 592); por su parte Gautier (cit. en la misma referencia anterior), nos ofrece otro ejemplo de unos malhechores, sorprendidos teniendo en su poder armas y cloroformo, que confesaron su propósito de robar por los procedimientos modernos, y a quienes no obstante no fue posible castigar, gracias a la teoría clásica.

No han faltado quienes les parezca meritoria la posición positivista, ya que "según vemos los actos preparatorios serán punibles cuando evidencien una peligrosidad criminal, siendo aquellos que se encuentren próximos a la ejecución, ya que en los remotos siempre tiene cabida el desistimiento -

dentro del largo recorrido hasta la consumación". Quienes tal opinión sostienen parece que olvidan que el acto preparatorio, individualmente considerado, dentro de su corta vida, siempre admite lo equívoco, como también, que puede encontrarse en su fase más próxima a la ejecución y aún así tiene lugar el desistimiento. De suerte que nos inclinamos abiertamente por la no punición de los actos preparatorios, siempre que no hayan recaído sobre el sujeto pasivo y además, por no haber medios que nos den la deseada certidumbre de la intención de su autor.

El Derecho Penal apostado en su gran apotegma NULLUM CRIMEN, NULLA PENA SINE LEGE, rechaza toda posibilidad de sancionar los meros actos preparatorios, pero no excluye la idea de que los actos preparatorios tipificados como delitos sui generis deban ser penados, siendo ésta la communis opinio de los autores de la ciencia penal.

Por nuestra parte, preferimos la no punición de los actos preparatorios en general, por estimar que todos, individualmente considerados, son equívocos o de dirección incierta y su tipificación como delitos puede conducirnos a cometer errores judiciales que corrompan la conducta del destinatario.- Estimamos que tal tipificación se ha elaborado con el propósito de prevenir la ejecución de delitos, pero aconsejamos que para obtener tal fin fuesen sometidos al estado peligroso todas aquellas personas sospechosas que realizaron actos preparatorios reprochables, siempre, desde luego, que no den descargo plausible de su conducta.

PROBLEMA DE DERECHO PUBLICO.

Hemos deseado hacer ver que en tanto la idea criminal no afecte concretamente los intereses sociales, debe mantenerse impune, aun cuando haya sido ya exteriorizada por medio de los actos preparatorios propiamente tales; todo en aras de una justicia verdadera lograda en un campo de amplias libertades.

Pero cuando el hombre actualiza su conducta por actos ejecutivos, el Estado debe justamente incriminarlo y sancionarlo. El hombre, al iniciar la ejecución del delito, impulsa la movilización de la ley penal para someter a su imperio la conducta delictiva de quien comienza a ofender o a poner en peligro la armonía social. Y esta aplicación ha de ser la razón primaria por la que el juzgador debe analizar serenamente los límites entre la preparación y la ejecución del delito, aspecto del que adelante nos ocuparemos, ya que reviste tanta importancia al grado que la apreciación errónea de las fronteras vendría a poner en grave peligro las garantías de los individuos frente al poder público.

No se crea que los códigos penales hacen una elucubración normativa, sin base ni fundamento, ya que, para nosotros, tiene preponderante relevancia en el orden práctico de la vida. Los actos ejecutivos, por constituir propiamente la tentativa y la frustración, están sometidos a un ordenamiento represivo, frente a los actos preparatorios, que no acarreen responsabilidad penal, excepción hecha de la tipificación -

especial a que nos hemos referido. De donde, la frontera dicha separa lo punible de lo impune. Lo importante del caso - estriba en que las consecuencias de la resolución judicial, - gira alrededor, nada menos, que de las garantías constitucionales, correspondiendo al Estado democrático, organizado en - derecho, el resolver la fijación adecuada de las fronteras.

Nuestra Constitución Política en su Art. 169, refleja fielmente el universal principio de "nullum crimen, nulla pena sine preve lege"; y este precepto es una garantía constitucional que asegura al individuo el no poder ser juzgado y - consecuentemente castigado, sino en virtud de una norma penal preestablecida, que enmarque una determinada conducta criminal observada a posteriori. Pero la garantía constitucional no es exclusiva para el delito consumado, ya que la tentativa y la - frustración son también delitos, aunque imperfectos. Delimitar el comienzo de ejecución es cuestión jurídica, de pura tipicidad, como lo es la determinación del momento consumativo - del delito.

Frías Caballero (ob. cit., pág. 61), nos refiere que "a medida que la idea criminal se realiza, los actos que la corporifican se van acercando a la violación del bien protegido - por el derecho, llegaremos así en determinado momento a una zona gris, fronteriza entre lo que constituye actuar aún lícito o jurídicamente irrelevante y actuar ilícito en sentido penal jurídicamente relevante".

2. DESLINDE DE ACTOS PREPARATORIOS Y ACTOS EJECUTIVOS.

Pretender un deslinde entre los actos preparatorios -

y los de ejecución, que venga a decifrarlos genérica y prácticamente los límites buscados afanosamente por los investigadores del derecho penal, es una tarea ardua y difícil. Podríamos manifestar que los actos preparatorios desaparecen donde comienzan los ejecutivos, más éste en manera alguna viene a resolver nuestro problema, ya que es eso, precisamente, lo que por varias décadas se ha tratado inutilmente de resolver, cual es; la frontera entre ambas clases de actos. Ante un caso concreto, ya en la aplicación de la ley a un caso cuestionado, estimamos no haya dificultad y creemos que podemos lograr un acuerdo para determinar cuál es el acto preparatorio y cuál el ejecutivo.

Desgraciadamente la ley, el derecho, no pueden ser casuísticos en su enunciación y necesariamente debe ver en forma panorámica la conducta humana.

Mittermaier (cit. por Quintano Ripollés, ob. cit. pág. 372), expuso su punto de vista para lograr la fijación de los límites entre los actos de preparación y de ejecución. Expresó: "los actos de preparación son meramente condiciones y los de ejecución verdaderas causas determinantes del evento". La posición de Mittermaier es criticable por insuficiente ya que entrar al campo de la lógica, desplazándonos de lo jurídico, es dejar de ser serios en la investigación. El campo lógico no es menos amplio y discordante que el jurídico. Mittermaier toma por radio la lógica y por aplicación la relación de causalidad; decir que los actos preparatorios son la condición y que los e-

jecutivos son la causa, no nos parece demasiado feliz, pues - nos interrogamos por qué no, los actos de preparación puedan ser considerados como la causa y los de ejecución, como la con dición?, condición sin la que el evento no se produzca. Aquilatando las posibles respuestas, nos parece que con la opinión de tan valioso penalista no llegaremos demasiado lejos.

En cuanto a la punibilidad de los actos preparato-- rios, ya se ha dicho que quienes exigen sanciones para tales actos, so pretexto de combatir la delincuencia y erradicar el crimen desde sus arranques, han requerido que los mismos revistan caracteres de principio de ejecución. Claro está que si un acto lleva en sí ciertos principios de ejecución deja de - ser acto preparatorio para tornarse en ejecutivo. Se encuen-- tra ese acto precisamente en la propia frontera confusa que trata mos de descubrir.

En el orden legislativo mundial se han dado múltiples intentos de textos legales, en los que se suprime la diferen-- ciación entre actos preparatorios y ejecutivos: la "Relazione sul Progetto Preliminare di Codice Penale Italiano" (libro 1, pág. 35), no hace referencia al problema, aunque posteriormen-- te el mismo autor en sus "Principios de Derecho Penal", esta-- blece que la tentativa es el mínimo de actividad antisocial requerida para poner en movimiento la justicia. El código danés de 1933, Art. 21; el proyecto francés de 1934, art. 116; el có digo Soviético de 1927; el código italiano de 1930 en su Art. 56, son ejemplos de proyecciones hacia el desaparecimiento de

los lindes entre los actos preparatorios y los de ejecución.

Se nos ocurre fijar que los actos preparatorios son equívocos y descubren la intención del agente en forma incierta, en tanto que los actos ejecutivos son inequívocos y la voluntad se manifiesta en forma indubitable, es decir, ya se advierte cuál es la intención del agente, ya se sabe qué finalidad persigue. Esta apreciación es una regla lanzada a consideración para distinguir los actos preparatorios de los ejecutivos.

Pero qué decir de aquellos actos meramente preparatorios, equívocos ciento por ciento, y que no obstante se encuentran tipificados como delitos sui generis?; la portación de ganzúas (Art. 467 inc. 2 Pn.), la portación de fierros falsos, clavos, (Art. 472 Pn.), la tenencia de material antidemocrático, etc., son ejemplos de actos preparatorios, que como hemos sostenido, no deben ser penados en un país civilizado o de avanzada. Estos esporádicos casos no interfieren en la regla que últimamente hemos anunciado, pues no son sino actos preparatorios elevados a la categoría de delitos especiales, por pura conveniencia, para salvar desde sus arranques la armonía social o determinadas convicciones personales dentro del ámbito de la política.

CRITERIOS.

Trataremos de revisar los más importantes criterios que han intentado dar solución al problema.

a) DOCTRINA SUBJETIVA. Es éste un criterio de origen germánico, Von Buri, Schwarze, Holtzendorf, entre otros, son los creadores y principales sostenedores de la subjetividad en el punto para lograr su esclarecimiento, recurriendo a la intensidad de la voluntad delictuosa; luego fue contemplada en el Código del Reich con buenos resultados, para después ser exportada a Italia, donde fue brillantemente defendida por Enrique Ferri y Rafael Garófalo, pero éstos sustentaban la doctrina, ya no en la intensidad de la voluntad delictuosa, como los alemanes, sino que en elemento subjetivo de la peligrosidad criminal y en la intención de delinquir.-

Considera Ferri que con los actos preparatorios, la realización del propósito criminal y por ende la ejecución ha comenzado, y en consecuencia el que los realiza debe ser sometido a la correspondiente sanción (Ferri cit. por Frías C. - Pág. 72 ob. cit.)

Cuando se trata de la tentativa, dice Von Buri (cit. por A. Merkel, Derecho Penal pág. 180, traducción del alemán - por P. Dorado Montero), el resultado exterior se halla en sí, y como tal, completamente desprovisto de importancia, y por - consiguiente no hay en aquella un elemento objetivo. En otras palabras, la materia del mandato legal es una voluntad determinada. La voluntad meramente confesada, o que tan sólo se ha dado a conocer por simples actos preparatorios, no debe servir - de fundamento a ninguna tentativa punible; sólo está en ese caso aquella voluntad que haya llegado a encarnar en actos deter

minados, la que ponga de hecho enfrente de la ley, con el carácter de una verdadera resolución.

El Reichgericht ha insistido en varios fallos que "la voluntad criminal es el fenómeno contra el que se dirige la ley penal". Y a este respecto consideramos que está en lo cierto Eugenio Florián (Citado por Frías C., ob. cit. págs: 69 y 70), quien nos asegura que esta jurisprudencia alemana "niega en abstracto la distinción entre actos preparatorios y de ejecución y sostiene la punibilidad de los primeros", ya que enfocar así el problema, se soslaya en vez de buscar la solución que nos proponemos, ya que creer que manifestada que sea la intención criminal, es darle comienzo a la ejecución, y por tanto la incriminación, sería como sostener la existencia de la más absoluta identidad entre la ejecución y la preparación del delito, como lo hace la moderna legislación soviética, con la diferencia que ésta prescribe que el "Tribunal elegirá la medida de defensa social de carácter legal convencional, valorando el grado de peligrosidad del autor".

Garófalo fue el primero en plantear el problema en términos peligrosistas, sosteniendo que la distinción entre los actos de preparación y los de ejecución carece de importancia en la práctica, si tal distinción la oponemos a la temeridad del delincuente, ya que ésta es considerada por el positivismo como eje del derecho penal. Y así llegó a concebir que los actos preparatorios deben ser considerados como tentativa, si los ejecuta un delincuente temible, especialmente si es ha-

bitual e incorregible.

Esta posición espiritualista de Garófalo la estimamos relativamente aceptable, pues descansa en lo más verosímil, vista la conducta, peligrosa o no, del agente, pues si alguien acostumbrado al delito, al irrespeto a los mandatos legales, - se le advierte en la preparación de un propósito criminal lo más creíble es que no se detendrá en su consumación y sancionar lo es evitar que delinca. Pero donde no le encontramos suficiente fundamento justo a la posición de tan ilustre penalista, es en que parece no estar interesado en el desistimiento, que pueda caber en ese delincuente habitual y actualmente incorregible.

Esta doctrina subjetivista, por atender sólo a la voluntad encaminada a la perpetración del delito, sin interesarse en otras circunstancias de mayor o menor importancia, ha ido - perdiendo cada día más prestigio.

b) TESIS DE CARRARA. Frente a tan discutido como irresoluto problema nació la teoría de la "univocidad" de Francisco Carrara, siendo su primer impulso para lograr la solución de nuestra cuestión. Este autor (cit. por Frías C., ob. cit. - pág. 97), nos expresa que "para ser imputable el acto externo debe constituir un "comienzo de ejecución" y ello solo ocurre cuando adquiere univocidad hacia el delito. El límite, pues, entre el acto preparatorio, en general impune, y el comienzo de ejecución, punible, se halla en este carácter externo y objetivo del acto. Ontológicamente es el único criterio que la ciencia puede suministrar para distinguir uno de otro"

Carrara, creador de la teoría de la univocidad, no nos define explícitamente su concepto, más en sus exposiciones se puede advertir que consiste o se forma por esa serie de actos concretos que nos conducen en una dirección cierta o inequívoca hacia el delito, advirtiendo que tales actos son la prosecución necesaria de todos aquellos de dirección indeterminada o incierta, que son los actos meramente de preparación. En otras palabras: existen en el desarrollo del delito, actos externos que pueden conducirnos a creer en la posible consumación de un delito, como a la realización de un objeto lícito (actos preparatorios), y actos cuya dirección tiende en forma exclusiva al delito (actos ejecutivos), que son aquellos que afectan al tipo del delito, como después veremos. Esta tendencia directa en la dirección, es lo que constituye la teoría de la univocidad, expresa la dirección cierta, manifestada, indudablemente del acto o actos externos hacia un determinado delito. De suerte que la univocidad viene a ser un atributo del acto de ejecución.

Comprar el arma con la que se hará el disparo, adquirir el arsénico con el que se piensa envenenar a la víctima, adquirir la llave maestra con la que se desea abrir la puerta, etc., son meramente actos preparatorios y su equivocidad es característica; fácilmente puede observarse que el arma, como el veneno, están naturalmente destinados a la realización de un sinnúmero de actos legítimos como ilegítimos; la llave maestra destinada está a abrir cerraduras, las de casa propia como las ajenas, con el consentimiento del dueño o sin él. Esta va-

riada significación revela, por sí sola, la impotencia sintomática para caracterizar un proceso ejecutivo punible. No acontece así, si con el arma cargada se apunta sobre la persona que se propone matar; si se vierte el veneno sobre los alimentos a ingerir por la posible víctima; si se coloca, en horas de la noche y en lugar propicio, una escalera con el designio de penetrar en el domicilio de una persona, etc.; pues entonces nos encontramos frente a actos que constituyen un principio de ejecución, son unívocos, pues inequívocamente nos conducen a estimar que lo que se persigue es la consumación de un delito, que es determinable. No puede concebirse otra idea, todos estos actos llevan a un resultado criminal, y su íntima relación con el delito, el peligro corrido por las posibles víctimas, les merece el calificativo de tentativa, pues se ha iniciado el momento ejecutivo, todo, claro está, que no se persiste en su ejecución por causa o accidente extraños a la voluntad del agente.

Para Carrara, los actos preparatorios son: absolutos y relativos. Aquellos son los que en ninguna forma se les puede atribuir como principio de ejecución: la compra del arma. Y que se puede llegar a la certidumbre de que iban encaminados a la realización del delito, sólo con la confesión del agente, pero este elemento no corresponde jamás al acto en sí considerado. Relativos, contingentes o condicionales, como también se les conoce, serán aquellos que relacionados íntimamente con la conducta más o menos peligrosa del agente, tengan la índole de principio en la ejecución del delito y además que ofrezcan

un principio de peligro actual, teniéndose generalmente como meros actos de preparación por faltarles la univocidad y dejándose sin pena por ser inciertos en su dirección.

Por sobre la impunidad con que se les trata a los actos preparatorios relativos, si los relacionamos con otros elementos extraños podemos llegar hasta constituir la tentativa.- Así: quien se propone dar muerte al morador de una casa, penetra en ella sigilósamente y arma en mano. Hasta aquí, conocidos los antecedentes de enemistad mortal, el hecho constituye una tentativa, hay ya principio de ejecución y se sabe que no era otro el propósito que el de consumir el homicidio, el que no se realizó, por supuesto, por haber sido sorprendido. No acontece igual si sólo ingresa a la casa de otro, aunque con la misma intención, pero no se conoce otro elemento de juicio con el cual podamos relacionarlo. Es muy factible que el propósito del agente no fuese otro; pero también cabe la posibilidad de que su intención fuera la de hacer una visita sorpresiva al morador. Es decir que aún frente al mismo acto podemos tener diversas ideas, depende de las circunstancias que rodean el caso concreto.

Por otra parte, Carrara hace descansar su tesis de la univocidad en la idoneidad o inidoneidad del acto. De suerte que, siguiendo al Maestro, podemos decir: que los actos cuando son inidóneos desde el comienzo de ejecución, no llegan a realizar la tentativa; en cambio cuando los actos inidóneos van precedidos de actos idóneos, la responsabilidad penal por la tentativa queda inmutable, pero eso sí, necesario es la existen

cia de actos idóneos y unívocos que recaigan sobre el sujeto pasivo del atentado; y así se dará la tentativa punible no obstante que el acto último destinado a realizar el evento criminal haya sido inidóneo. Así: el agente carga el revólver el que después y sin su conocimiento, fue descargado, ya así el agente tira del disparador sin que, desde luego, se produzca el propósito antisocial. Cargar el arma, acto preparatorio equívoco contingente o relativo y tirar del disparador fue el medio inidóneo, puesto que en las circunstancias señaladas no era apto para producir la muerte. No obstante que el primer acto fue idóneo y que el segundo inidóneo se ha perfilado una tentativa de homicidio, atendiendo la realización del acto preparatorio, idóneo, de cargar el arma, seguido del acto inidóneo empleado de tirar del disparador, que revelan inequívocamente la intención criminal del agente.

Algunos autores estiman que la simple declaración del agente, en presencia de un acto preparatorio relativo, tiene la virtud de transformar lo equívoco en unívoco; opinión que adversamos por estimar que la univocidad es la resultante de actos ejecutivos y no de meras declaraciones. Es seguridad la que buscamos y no podemos hacerla depender del deseo más o menos interesado del agente.

La teoría de la univocidad de Carrara ha sido abundantemente criticada y de ella se ha dicho que desconoce la esencia de toda conducta humana; que su punto de partida es falaz; que es excesivamente empírica, etc.

No es nuestro propósito entrar a considerar las dife

rentes objeciones que contra tan útil desarrollo se han formulado; más por inquietud que por deseo, haremos un breve recorrido por las principales de ellas. En efecto: Eduardo Massari, en su libro "Il Momento esecutivo del Reato", (cit. por Frías C. ob. cit. pág. 101), nos refiere: "Estas doctrinas, al intentar caracterizar los actos que participan en un proceso ejecutivo de cualquier clase y también en un proceso criminal, miran exclusivamente a la naturaleza del acto considerándolo en sí mismo. Pretenden poder establecer que tal acto en sí, por su peculiar estructura, conduce antes a una determinada acción que a otra, independientemente de toda vinculación con los otros actos que dan vida al proceso y con los demás elementos de índole subjetiva, espacial, temporal, instrumental, que favorecen la actividad y la plasman en cierto sentido, dándole una tónica peculiar y una propia autonomía".

En nuestro modo de pensar no tiene razón el penalista Massari, pues lo que tratamos de establecer, y ha sido la lucha constante de los entendidos en esta disciplina, es la frontera, los lindes de los actos preparatorios de los de ejecución, es decir, lo que nos inquieta es encontrar la regla o fórmula genérica que nos sirva de base para poder, frente a un acto dado, decir éste es un acto preparatorio o un acto de ejecución; si es lo primero, la impunidad es lo procedente; si lo segundo, entramos a la tentativa. Conocer la índole intencional de un acto por su relación con actos posteriores, no tendría mayor valor investigativo, pues equivaldría a conocer cualquier acto formativo del proceso, después de consumado el delito; sería no una investigación, sino un reconocimiento a

posteriori.

Giovan Battista Impallomeni, (cit. por Frías C., ob. cit., pág. 107), sostiene: "La univocidad objetiva es un criterio equívoco e inconcluyente, puesto que los actos de ejecución en si mismos no pueden calificarse de objetivamente unívocos"; luego el autor inconforme nos cita como ejemplos: "Apoyar la escala en el techo de la morada ajena, usar la ganzúa o la llave falsa para abrir la puerta, disparar un fusil, revelan un múltiple y diverso significado. En el primer caso pudo verificarse a efecto de cometer un hurto, como también efectuar la violación de domicilio, intentar un rapto o llevar a cabo un coloquio clandestino no delictuoso. Disparar el fusil podrá tener por objeto la producción de una muerte, más puede también tener por fin causar algunas heridas. La univocidad, por tanto, no puede ser sino un criterio de prueba".

La crítica, más nos parece opinión confirmatoria de la posición del Maestro de Pisa, quien con perspicacia aceptó y expuso que ciertos actos ejecutivos y unívocos respecto de algunos delitos, pueden ser preparatorios con relación a otros y en consecuencia no ser punibles.

Con ello no deseamos se nos crea absolutos conformes con la teoría Carrariana; no la consideramos como el descubrimiento ingenioso e infalible para la solución de nuestro problema, pero hemos de aceptar en gran parte, que la teoría ha proporcionado un grandielocuente impulso a la ciencia penal en el estudio del problema. El deslinde de actos preparatorios y actos ejecutivos sigue siendo una de las mayores preocupaciones -

de los penalistas, la univocidad no encierra la palabra final sobre el punto, no es eficaz para establecer el momento en el que comienza la ejecución del delito. No obstante su imperfección ha tenido valiosa influencia en los órdenes doctrinal, legislativo y jurisprudencial.

c) CORRIENTE OBJETIVO-MATERIAL. En forma ingeniosa Eduardo Mezger divide la doctrina objetiva en material y formal, postura que acepta Frías Caballero, y que por estimar nosotros que tal división tiene muchos de metódica hemos de procurar seguir aunque en forma escueta.

Max Ernesto Mayer, Frank y aún el mismo Mezger, entre los alemanes, y Ortolán y Rossi, entre los franceses, fueron las más decididas plumas que encontramos en la exposición de esta corriente.

Nos enseñaron, analizando distinto punto de vista - que el sustentado por el nuestro Carrara, que la solución del problema, la forma de establecer el deslinde entre los actos preparatorios de los de ejecución, descansa en el ataque al "bien jurídico protegido por el derecho", ya que la norma jurídica es teleológica por naturaleza. Puede apreciarse desde ya, que cuando el acto realizado empieza a atacar directamente a ese bien jurídico, estaríamos en presencia de actos ejecutivos, y contrariamente, cuando tal acto no afecta a ese bien jurídico protegido por la norma, se tratará de un acto de preparación.

Empecemos nuestro estudio, diciendo que la tentativa es punible por causa de extensión de la pena, como propugna Ma

yer (Cit. por J. de Asúa. ob. cit. págs. 594 y 595), ya que por tales causas deben entenderse: "aquellas circunstancias que fundamentan la tipicidad de una conducta por atribuir, a las características de los diversos 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 su zona limítrofe 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 de hurtar en sí, determina el hurto".

Por eso, agrega Mayer, que "las disposiciones que sancionan esta ampliación, se encuentran en la parte general, ya que serían supérfluas si la parte especial la contemplara en cada uno de los tipos, al par de las características específicas, las generales no distintivas del delito concreto". Y nos trae el ejemplo: "describiendo en la estafa, además de la acción de engañar, etc., la cooperación al acto de engaño; 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".

Pero atendiendo a que la tentativa es punible por extensión de pena, resulta que únicamente tendrá esa característica aquella tentativa que entrane un peligro, es decir, que su ejecución envuelva la posibilidad inmediata, la posibi

lidad cognocitiva de la producción de un acontecimiento dañoso.

El fundamento de la punición para el acto ejecutivo, ha de buscarse en el peligro que de la realización de tal acto se siga para el bien jurídico protegido. Y el criterio más seguro para tal empresa es el tipo de la ley: las acciones que a él se adopten, corresponden al concepto de ejecución.

De tal suerte que al ritmo de la corriente objetivo-material, son actos ejecutivos aquellos que atacan al bien jurídico. Los actos preparatorios dejan inalterado el estado de paz del bien jurídico. La razón interna de esta diferenciación se encuentra indudablemente en el hecho de que el bien jurídico sólo es hostilizado por el hecho a partir del comienzo del ataque; antes de ello no tiene otro enemigo que la mala intención del agente.

d) CORRIENTE OBJETIVO-FORMAL. El principio que ha de regir este trabajo y con el cual caminaremos de la mano, es el tipo; teoría creada por los alemanes, en la que figuran con exaltada primacía Adolfo Merkel y Mittermaier, sustentantes del criterio de que la solución es de carácter objetivo formal influida por el tipo.

En tanto que Mittermaier argumentaba que la conducta observada por el reo de tentativa debe encajar totalmente en lo preceptuado por la ley; que en su hacer "deben estar todos aquellos caracteres que, según el precepto de la ley, pertenecan a la esencia de hecho del delito"; Merkel por su parte en forma certera enseña: "La acción constitutiva del comienzo de ejecución es aquella que va dirigida a dar forma concreta a la

acción principal correspondiente al concepto del delito respectivo o a una parte de ella" (ambos autores cit. por Frías C., ob. cit. pág. 144).

Podemos, desde luego, decir que para establecer el momento donde empieza la ejecución, es decir, ese instante, en el actuar humano con relación al delito, donde finaliza la preparación y se comienza la actividad ejecutiva deben ser fijados en cada especie de infracción penal, atendiendo los elementos constitutivos de cada una de ellas de acuerdo a la tipificación legal. Valga decir, que, como expresamos al intentar referirnos a este problema del deslinde entre los actos preparatorios de los ejecutivos, no puede en la práctica hablarse de una regla que nos sirva de patrón para deslindar tales actos en forma genérica. Todo, claro está, en vista que actos que son preparatorios para un delito, acaso sean ejecutivos para otro y viceversa, por manera que en tanto no se descubra, a priori, la intención del agente no creemos existan medios, formas o maneras para fijar ese instante fronterizo de los actos preparatorios de los de ejecución.

Una sola forma se nos ocurre para distinguir los actos en cuestión, pero a grave riesgo de confundir la intencionalidad delictiva del agente, cayendo ineludiblemente en injustas soluciones judiciales, y esa forma es recurrir en las legislaciones positivas a la tipificación de todas y cada una de las circunstancias que se estimen ejecutivas para cada caso, de suerte que verificado determinado hacer humano, se vea encajado en lo preceptuado por la ley. Lo erróneo, lo injusto y por lo que nunca sería recomendable la tipificación, es porque: a-

briendo la cerradura de la puerta con llave falsa, con la única intención de dar muerte a su morador, penetro en la habitación, llevando arma enfundada, momento en el que soy sorprendido. El abrir la puerta con llave falsa y penetrar a la habitación son actos preparatorios para el delito de homicidio, impunes por consecuencia, pues no he realizado acto alguno que comience a realizar el verbo del tipo matar; pero tales actos efectuados son indiscutiblemente ejecutivos de otro delito, el allanamiento de morada y desde esta infracción efectuada, el mismo hacer es punible. Se sancionará por un delito de poca relevancia y quedará impune la verdadera peligrosa intención del agente.

El criterio expresado con claridad por Merkel, fue brillantemente superado por Beling y los partidarios de su teoría, sirviendo la posición Merkeliana - como antecedente de la teoría de aquél y de la que pasamos a estudiar.

TEORIA DE ERNEST VON BELING Y LOS COMPLEMENTOS DE LA ACCION.

Para Beling la solución del problema no puede obtenerse sin recurrir a esa figura rectora que es el tipo especial - que corresponde a cada caso particular. Concepto rector que le denomina "NUCLEO DEL TIPO", Von Hippel, Alfalld, Liszt, - - schmidt, etc., entre los alemanes, Jiménez de asúa, quien exige mayor labor en la teoría, entre los españoles, han apoyado la - postura de Beling.

Dentro del tipo descrito en la ley, siempre existe - un núcleo, constituido a decir de Beling (Cit. por Frías C., - ob. cit. pág. 140) "por el conjunto de actos típicos que realizan el verbo activo principal".

Estimamos que el inquieto autor, ha querido significarnos que todo acto realizado por el hombre en el recorrido - del camino del delito debe estar en su realización afectando al tipo del delito de que se trate, es decir, debe estar activando la acepción jurídica del verbo-tipo, para considerarlo - comprendido en el núcleo del tipo mismo. Véase que Beling al hacer su estudio sobre el problema que nos ocupa, procura dar una solución siguiendo los lineamientos de Merkel, y así superando a éste, nos enseña que para el deslinde práctico de los actos de preparación de los de ejecución, únicamente es factible en presencia de cada caso concreto y no ofrece una solución de carácter general.

Más estos actos comprendidos en el núcleo del tipo, estos que afectan al verbo-rector, son los que califica de ejecutivos. ¿Dónde encontrar, dentro de la tesis en estudio, los actos preparatorios?. Nos contesta Beling con una explicitéz: "pero hay una zona (zona periférica), más o menos extensa, que está fuera del núcleo. Todo el primer grupo de actos, es decir todos aquellos que están dentro del núcleo son actos de ejecución; todos los que están fuera de él son, en cambio, actos -- preparatorios", (Cit. por Frías C. Ob. cit. pág. 140) dice el Art. 358 Pn. de nuestro Código: "El que mate a otro....." El núcleo del tipo es el verbo "matar", serán actos ejecutivos todos aquellos que estén comprendidos en el núcleo, o sea aquellos actos que comiencen a matar, que afecten directamente al verbo-tipo. Todos los demás actos anteriores efectuados por - el agente, que no son otros que los que están fuera del núcleo, serán actos preparatorios con relación al delito de homicidio.

COMPLEMENTOS DE LA ACCION. Hay casos en que la realización del verbo principal no se efectúa directamente por el agente y en esos casos, es indiscutible que la teoría del "núcleo del tipo" no nos auxilia en la solución de nuestro problema. Y esos casos se dan cuando el agente deja su realización final a la actividad de un tercero o al propio acontecer natural, dándose en tales casos los complementos de la acción.

El problema se agiganta en esas circunstancias, pues la fijación del momento en el que tienen su inicio los actos ejecutivos penden ya no de una sola voluntad ininterrumpida, sino que de la de un tercero y hasta de la desconocida fuerza de la naturaleza. ¿Hasta cuándo el hacer deja de ser actos preparatorios y desde cuándo comienza la ejecución del delito? Guiados por el penalista Beling procuraremos encontrar la respuesta adecuada.

Nuestro guía divide los complementos de la acción en tres grupos, (Cit. por Frías C., ob. cit. pág. 141);

- a) La acción se complementa por la sola fuerza natural;
- b) La acción se complementa por la acción de un tercero inocente que ignora el carácter delictivo del acto;
- c) La acción recibe complemento de la propia conducta del autor o de la conducta de un tercero culpable.

Pasaremos por breve consideración cada uno de estos complementos, valiéndonos para ello de los ejemplos propuestos por don Luis Jiménez de Asúa y de Frías Caballero (Ob. cit. de éste, págs. 141 y 142).

- a) En cuanto que la acción se complementa por la so-

la fuerza natural, citemos los casos dados: "Un anarquista - se propone derrumbar un edificio. A este fin se provee de una bomba que tiene una mecha o está provista de un aparato de relojería, de modo que encendida aquella, o puesto en marcha éste, deberá estallar dentro de un tiempo determinado, colocándola al efecto en lugar propicio del edificio". "Un homicida, aprovechando las horas de la noche en que su víctima - duerme, abre la llave del gas en la habitación contigua en - circunstancias tales en que el gas tóxico penetrará en el aposento donde aquélla descansa; un paralítico o lisiado, impedido en absoluto de levantarse del lecho, es dejado accidentalmente en un depósito de agua; un tercero a efecto de ahogarle, abre la compuerta que sirve para dar paso a la corriente, la - que llenando el depósito realizará inminentemente su propósito".

En estos ejemplos se advierte con meridiana claridad que de no mediar lo inesperado por el sujeto activo, la realización del propósito criminal es segura y que habiendo la actividad de un tercero que interfiera apagando la mecha, desconectando el aparato, cerrando la llave del gas o la compuerta del agua, el hacer del delincuente quedará sólo en la tentativa, pues lo efectuado constituye actos ejecutivos, que han sobrepasado a los actos de mera preparación.

b) Con respecto a que la acción se complementa por - la acción de un tercero inocente que ignora el carácter delictivo del acto, podemos citar, por estimarlos claros los ejemplos de Frías Caballero como se dijo en la referencia anterior. Alguien que "para matar a una persona, recurre a la explosión -

de una bomba disimulada en un paquete, o a unos bombones envenenados, entregándolos a un tercero inocente que se encargará de hacer llegar a la víctima el presente mortífero. Igualmente el escrito injurioso o la carta que instiga a provocar o aceptar un duelo, los cuales son depositados en el correo bajo sobre".

Necesario es que el delincuente se proponga un fin delictuoso y haga lo que le corresponde, hasta poner en movimiento a un tercero, quien no se entera del propósito criminal de aquél, cooperando a la realización del delito en forma inocente. El ejemplo clásico para clarificar este complemento es la actividad del cartero. Alguien desea dar muerte a una persona, deposita un fardo postal, contentivo de un revólver pronto a disparar, en el correo, de manera que cuando el destinatario abra el paquete reciba el impacto del proyectil; el cartero ignorante del contenido y en el ejercicio de un deber, lleva el fardo a la víctima, quien muere al recibir el balazo.

Los primeros pasos externos del agente, compra del material para envolver el revólver, adquisición de éste, etc., son actos preparatorios; pero al encaminarse al correo, depositando el fardo o paquete, pagar su llevada al destinatario, rotular con el nombre y dirección de la víctima, son todos ellos actos determinantes para conseguir su propósito, son actos ejecutivos suficientes para producir la muerte deseada.

c) En cuanto al tercer grupo podemos citar, volviendo al caso del anarquista que encargado de asesinar a un magnate, prefiere valerse de la cooperación del cocinero de éste,

a cuyo objeto le hace entrega de una sustancia venenosa para que la vierta en la comida que le sirve diariamente a la víctima; este es un caso de que la acción del anarquista recibe el complemento de la conducta de un tercero culpable. Si el cocinero se arrepiente y no lleva a cabo el encargo, no obstante haberse comprometido, la conducta de ambos no ha rebasado los límites de la preparación, han efectuado actos preparatorios, pues su conducta no comenzó a afectar el verbo del tipo, no comenzaron a matar; el hacer de los dos corresponde a la zona periférica del núcleo. La conducta abstencionista del cocinero aprovechó al anarquista.

Si se hubiera vertido el veneno, ya entramos al núcleo del tipo, ya que se empezó la ejecución y de no persistir en presencia de obstáculos, se habrá configurado la tentativa.

Este mismo sujeto anarquista prepara acertadamente una bomba y se queda a la espera del momento oportuno para colocarla en lugar propicio, con el propósito de matar al funcionario. Hasta aquí es un acto preparatorio, de suerte que si por cualquiera razón no prosigue su conducta propuesta se queda su hacer enmarcado en la preparación. Pero si llega al momento de colocar la bomba en lugar seguro para obtener el resultado criminal, ha pasado a la etapa ejecutiva, pues ya comenzó a matar, ya interesó el verbo rector del delito. Si en estas circunstancias la bomba no estalla por interferencia de un tercero o por cualquiera otra razón, ajena a la voluntad del agente, éste será reo de tentativa.

Este caso es cuando recibe completamente de la pro-

pía conducta del autor.

3. CONSIDERACIONES FINALES. CONCLUSIONES.

Hemos hecho un breve recorrido por las principales - exposiciones de eminentes penalistas, sin que, a decir verdad, hayamos encontrado la ansiada respuesta al difícil problema de establecer fijamente una regla de carácter general, que nos dé los lineamientos seguros para deslindar los actos preparatorios de los ejecutivos. Con admiración confesamos que ha sido Beling con su posición objetivo formal quien nos ha llevado a mayor entendimiento en la resolución buscada, pero ésta lo es aplicable, no a una regla general, que ya la creemos imposible, sino a una singular, aplicable a cada caso concreto. Esto no debe significar en modo alguno que menospreciemos los esfuerzos realizados por los distintos penalistas que han cooperado seriamente en encontrar la respuesta acertada.

La labor científica desarrollada es ardua, y ardua será su continuación; más sin pecar de pesimistas, estimamos, como ya dijimos, que en tanto no se cuente con medios certeros de conocer el pensamiento a priori, la solución aceptable será el tipificar cada acto que se desee calificar de ejecutivo en cada caso concreto, o bien, y es lo más aconsejable, abandonar la búsqueda de la pretendida demarcación, ya que de lo que estamos seguros es que un simple acto preparatorio para la realización de un delito propuesto, puede constituir un acto ejecutivo de otro delito no propuesto por el agente y viceversa.

Las distintas soluciones examinadas son, desde su par

ticular punto de vista, más o menos acertadas, más por enfocar el problema sólo es una dirección, la material, se vuelven incapaces de ofrecernos la solución general anhelada por muchos años de verdadero esfuerzo. Las soluciones ofrecidas parecen haber perdido de vista el punto de partida, y haberse confundido en lo artificioso imaginativo.

Nuestro código penal en su Art. 3, al conceptuar la tentativa dice: "Hay tentativa cuando el culpable DA PRINCIPIO A LA EJECUCION DEL DELITO.....". Obsérvese que nos habla de principiar la ejecución, y en ninguna parte nos refiere qué de**u**bemos entender por principio de ejecución, a pesar que tal pre**u**cepto está ubicado en la parte general, que nos está indicando que su aplicación es asimismo de carácter general a todos los delitos tipificados en la parte especial. La forma de aplicación de tal principio nos parece que debe ser que el precepto general ha de ir sacando de cada caso especial su contenido, atendiendo las circunstancias constitutivas de cada delito; esto desde luego, poniendo en práctica las soluciones estudiadas y que como vimos no nos proporcionan lineamiento alguno para establecer generalmente la pretendida separación o deslinde de los actos humanos, que constituyen la preparación y la ejecución del delito.

CAPITULO II

SUMARIO: 1. El delito imperfecto. 2. La tentativa es ejecución incompleta. 3. Desistimiento. 4. Penalidad. 5. La frustración es ejecución completa. 6. La frustración y sus elementos. 7. Diferencias con la tentativa. 8. Arrepentimiento. 9. Consumación. 10. Agotamiento.

1. EL DELITO IMPERFECTO.

El delito, por su grado de ejecución, puede ser perfecto o consumado e imperfecto. En este numeral nos enmarcaremos especialmente en el análisis del segundo; nuestra tarea, de suyo difícil, hemos de auxiliárla primordialmente de la teoría de "las fuerzas del delito", de Carrara, ya que en ella descansan los conceptos del delito perfecto y del delito imperfecto.

El delito no es otra cosa que el choque entre el hecho humano y un derecho, y preciso es encontrar en el mismo, el concurso de dos fuerzas, que constituyen su esencia política; - ambas fuerzas son indispensables para que un hecho del hombre - pueda ser tenido y reprochado como delito. Esas fuerzas son: - la moral y la física, que a su vez son las que forman la personalidad del hombre, y deben concurrir en un hecho para que sea considerado como acto humano y para que pueda llamársele delito.

La voluntad inteligente del hombre, representa a la fuerza moral y al actuar da un resultado moral; vista la fuerza moral objetivamente, son la intimidación y el mal ejemplo que el delito produce en los demás, es el daño moral. Por su parte, la fuerza física, subjetivamente valorada, está representada por

la acción corporal de ejecución del malvado designio; su resultado, visto desde un ángulo objetivo, es la ofensa al derecho violado o el daño material. De la fuerza interna surge el elemento moral y de la externa, el material, debiendo, como dejamos dicho, concurrir ambos elementos en la acción para que ésta sea vista como delito.

Carrara (Las fuerzas del Delito, paragr. 349 y nota 1), nos expresa "que los antiguos autores sostenían que el delito podía ser imperfecto, tanto por "ratione proaeresis", como por "ratione executionis", y el elemento intencional lo calificaban de imperfecto cuando provenía del infante, del enfrecido, del ebrio, como también al que daba un resultado culposo; pero vaya, acaso esta última observación tenga razón relativa, pues parece lógico que a una intención imperfecta correspondan un delito imperfecto". Carrara finaliza rechazando esa teoría y propugna por que la imperfección del delito sea determinada desde el aspecto material, vista desde la fuerza física.

Ya con lo que va dicho podemos decir que el delito es perfecto cuando se ha consumado la violación del derecho que tutela la ley penal y será imperfecto, cuando dicha violación no se ha realizado aún, o sea, cuando le falta el momento consumativo.

La tentativa y la frustración son casos de imperfección del delito y nos ocuparemos brevemente de cada una de estas figuras por separado, como también haremos consideraciones de ese puente de oro, que es el desistimiento, por tener ínti-

ma relación con la primera figura en la prolongada caminata - del delito.

2. LA TENTATIVA ES EJECUCION INCOMPLETA.

Para mayor entendimiento nuestro, hemos de movernos alrededor del acto ejecutivo, para estudiar la tentativa, advirtiéndole que, como fase que ya ha superado la preparación - del delito, cualquiera conducta del autor en la realización - de uno de tales actos, es "conceptualmente típica" y consecuentemente punible a título de tentativa.

Romagnosi fue quien calificó a la tentativa como "ejecución incompleta", fórmula sencilla que ha sido acogida por certera, ya que el resultado propuesto no se ha producido, ora por defecto en la ejecución subjetiva, ora por defecto en la - ejecución objetiva o material. En la frustración, como veremos, también no se produce el resultado apetecido, más esta - consumación no deja de realizarse por falta de ejecución subjetiva.

Tres son los elementos constitutivos de la tentativa, a saber:

a) Que en el delincuente haya fijamente la intención - de cometer un delito determinado, producto del agotamiento de la fase interna. Lo que desde ya nos está excluyendo a los delitos llamados culposos, en los que no tienen cabida los distintos momentos integrantes de la fase síquica y ante su consumación lo más que llegamos a aceptar es la representación - de ese resultado no querido.

La tentativa tiene su esencia en la previsión de un

efecto, que no se llega a obtener, y, en la intención de llegar a ese efecto; en cambio la culpa descansa moralmente en la falta de esa previsión del resultado obtenido con la propia acción. No podemos pensar nunca en una tentativa culposa.

Sintetizando, el primer elemento de la tentativa es meramente subjetivo, correspondiendo su ubicación al dolo directo de la consumación.

b) Que el delincuente, en su hacer, haya penetrado en el campo de la ejecución, que haya dado principio a la ejecución del delito, que haya infiltrado al núcleo del tipo, como dijera Beling. Que el agente haya realizado un acto ejecutivo, es un elemento de primer orden, sin el cual mal haríamos en ocuparnos de la tentativa, pues sería como hablar de la consumación realizada, encontrándose el autor enfrascado en los actos preparatorios.

c) El tercer elemento lo constituye la no consumación del delito perseguido; pero necesario es que no se consuma tal delito por causas ajenas a la voluntad del culpable, ya que si estas causas son dependientes de su voluntad, surge el desistimiento.

3. DESISTIMIENTO.

El desistimiento tiene lugar únicamente en la tentativa, y se da cuando el sujeto que está resuelto a violar la ley, ha penetrado en los dominios de la ejecución, ya empezó a ejecutar los actos inequívocos o idóneos, y por su propia y única voluntad se detiene en su hacer. En tal circunstancia,

el desistimiento debe ser favorecido con una excusa total. Se ha discutido sobre el fondo del desistimiento, algunos autores han sostenido que para que sea válido, debe provenir de un impulso bueno, otorgándole así impunidad a la tentativa, (Garófalo, Geyer, Carmignani); otros en cambio optando mayor amplitud y dándole mejor sentido a esta figura, sostienen que basta que haya el desistimiento voluntario, poco importan los móviles, - así sea el temor a la pena, pues en esa forma la ley, que norma la conducta deseada, obtiene su propósito de que no se delinca. Esta es la posición más reconocida.

El Art. 3 de nuestro Código Penal, en su inciso 4, al conceptuar la tentativa, reza: "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".

Para dar existencia a la tentativa requiere la citada disposición que el desistimiento se produzca por causa o accidente que no dependan de la voluntad del culpable, pues si el desistimiento nace en su propia y única voluntad, opera la excusa y no existe la tentativa, o mejor expresado no se incrimina al sujeto que voluntariamente desistió. Todo desde luego, seamos claros, el culpable ha realizado actos de ejecución directamente a un delito; el no continuar realizándolos, el detenerse en su propósito por su voluntad, lo excluye de pena, pero ello no debe significar en manera alguna, que no responda por el o los delitos cometidos por los actos hasta -

entonces consumados. Así: el sujeto se propone dar muerte a su enemigo, quien se encuentra dormido en su casa; el agente penetra a la casa de su víctima, rompiendo la cerradura de la ventana, ya en el interior y apuntándole con el revólver a su enemigo, desiste de su propósito voluntariamente y lo abandona. No se le puede inculpar por tentativa de homicidio, pese a haber realizado actos ejecutivos; pero responderá por los delitos de daños y allanamiento de morada, actos preparatorios algunos y ejecutivos otros para cometer la infracción que se había propuesto, y actos ejecutivos que consumaron los delitos mencionados. Si en vez de arma de fuego hubiese escogido como medio idóneo el ahorcamiento para lo que coloca una soga al cuello de su víctima, causándole escoriaciones para luego desistir voluntariamente, respondería por esa lesión causada y no por la tentativa de homicidio, pues realizó un acto ejecutivo en dirección al homicidio pero con el cual consumó el delito de lesiones, que no se había propuesto. Como puede verse, se desiste de lo que aún no se ha consumado, pero que se ha comenzado a ejecutar.

Ferri (Principios de Derecho Criminal, pág. 397), pensaba que el agente que se detiene antes de los actos consumativos y antes de encontrar obstáculos, a causa de un movimiento espontáneo de su ánimo, demuestra con ello ser bien distinto moral y socialmente del que, por el contrario, persiste de manera obstinada en el esfuerzo delictuoso hasta llegar al fin. El desistimiento es espontáneo cuando no es impuesto ni aconsejado por "obstáculos exteriores", como los gritos de

la víctima. Habida cuenta de la valorización moral y social del delincuente como expresión de una personalidad capaz de experimentar en sí la fuerza inhibitoria de respeto a la ley y a los derechos ajenos. Estima el precitado autor que cuando el desistimiento es impuesto por obstáculos exteriores, será voluntario pero no espontáneo, y aunque su valor jurídico es el mismo, no lo es igual para la escuela positiva. La postura de Ferri nos parece demasiado rigurosa, pues qué importa que el desistimiento voluntario haya sido logrado por la voluntad pura del infractor o éste haya obedecido a obstáculos exteriores fácilmente vencibles?. Lo que interesa para mantener la cohesión social es que el resultado criminal buscado no se efectuó; y, que sí efectivamente el derecho tutelado por la norma objetiva continúa incólume.

Por ello Carrara estuvo presto a predicar que las causas voluntarias tienen su origen en un cambio totalmente espontáneo de voluntad del agente, y que el caso del verdadero arrepentimiento, es el desistimiento del fin, muy distinto del simple desistimiento de los medios.

Obsérvese que la prosecución de los actos ejecutivos se interrumpen por voluntad del agente, ya sea retrocediendo ante un obstáculo, de cuya presencia se percata, como también desistiendo por cambio de idea. En el primer caso desistió por "causa casual moral"; como cuando cesa en su propósito porque ladró el perro, o porque vio que la gente acudía. Estos actos, como puede advertirse, no obraban sobre su brazo y no le pedían físicamente impedir a continuar. Pero tal desistimiento es vo-

luntario totalmente ya que desistió, estimulado por fuerza extraña. En el segundo caso estamos frente al verdadero desis-
 timiento voluntario, el espontáneo, como cuando cesó en su -
 conducta porque pensó en la pena o porque se conmovió ante el
 llanto o ruego de la víctima, o sencillamente porque ya no de
 seó continuar ejecutando. En estos casos no podemos hablar -
 de obstáculos valederos, lo que pasa es un completo movimien-
 to del ánimo lo que influyó haciéndole cambiar de propósito.
 La tentativa no debe incriminarse.

Creemos que en todos los casos de desistimiento vo-
 luntario o espontáneo, la tentativa no toma caracteres jurídi
 cos y en consecuencia no debe castigarse. Queda impune, pues
 ante la presencia del desistimiento no podemos menos de con-
 siderarlo emanado de la voluntad del agente, algunas veces e-
 sa voluntad actúa pura y simplemente, no la afectan circunstan-
 cias extrañas, caso del desistimiento espontáneo; en oposición
 al voluntario que, pudiéramos enunciar como aquél que emana de
 la voluntad del mismo agente, pero originada por circunstancias
 que no son de suficiente potencia como para impedir al delin-
 cuente en la continuación de su objetivo, pero que ante su pre
 sencia lo llevan a la revisión del plan hasta convencerse de -
 que no debe persistir. De suerte que desiste porque esa fue -
 su voluntad, aunque impulsado por causas extrañas.

Pareciera que cuando la legislación se refiere al -
 desistimiento, calificándolo de voluntario, pueda existir el -
 no voluntario u obligado; pues bien, con lo que va dicho sobre
 esta figura salvadora, ya podemos afirmar que el desistimiento

siempre es voluntario, llámasele voluntario e espontáneo. Decimos esto por cuanto que cuando el culpable da principio a la ejecución, nos demuestra inequívocamente que ha superado la fase interna y fue precisamente en ella donde, con mayor o menor amplitud, debatió los pro y los contra, se elaboró un plan a seguir y pensó posiblemente en la presencia oportuna de obstáculos extraños, como que ladró el perro, que acudiría la gente, etc., más dentro de la concepción de su plan no le importó la existencia de tales obstáculos, puesto que resolvió y empezó a ejecutar su propósito. Subestimar el desistimiento porque se dio ante la posible esperada presencia de obstáculos, sería tanto como pretender dar al traste con la fase interna. Por ello, porque antes de iniciar la ejecución del delito se previeron cualesquiera clases de obstáculos y no importó que existieran y porque ante la presencia actual de los mismos opera la voluntad cambiando la idea inicial del culpable, es que nos inclinamos a creer que tal desistimiento nunca puede calificarse de obligado; para nosotros es tan voluntario como aquél en el que no influyen causas extrañas.

Oponemos pues al desistimiento, que siempre lo consideramos voluntario, la impedición del agente por causas o accidentes ajenos a su voluntad, que sean tan poderosos como para paralizar la consecución del fin propuesto. Al primero lo representamos con la frase de Frank "yo no quiero a pesar de que puedo", y la impedición "yo no puedo aunque quisiera" (Cit. por Hans Welzel, Der. Pn., pág. 201).

Nuestra opinión es de que la tentativa ante la da-

ción de un desistimiento debe quedar impune, y tiene como auxiliar elocuente la política criminal, y frente a la efectuación de hechos concretos de carácter delictivo, decimos con Von Liszt puede la legislación "construir un puente de oro para la retirada del agente que ya era susceptible de pena".

4. PENALIDAD.

Atendiendo al resultado y despreciando la intención del agente, es que todas las legislaciones dan trato preferencial al delito imperfecto, sancionándolo en forma atenuada con relación al delito consumado. Sólo el Código Napoleónico de 1810, que nosotros sepamos, dictaba igualdad de pena para la tentativa y el delito consumado, aún cuando también mostró vulnerabilidad en el punto, pues daba al juzgador suficiente arbitrio para que, realizado el delito imperfecto, aplicara entre el máximo y el mínimo de la pena.

La escuela clásica de tipo objetivista sustenta la graduación en la punibilidad del delito imperfecto, por lo que ha sido abundantemente criticada, pues se dice (Prins.cit. por Jiménez de Asúa, ob. cit., pág. 610), "La noción del peligro que el delincuente representa se da en igual intensidad en la tentativa y en el delito frustrado que en el consumado, pues la no perfección del mismo se debe a causas independientes de su voluntad. La sociedad debe defenderse contra un fenómeno social: la voluntad rebelde de los criminales y los impulsos de las clases delinquentes".

De la legislación italiana dijo Ferri, que "graduó

la dosis penal con menor atenuación para el delito frustrado y una mayor atenuación para la tentativa", (ob.cit. págs. 596 y 597), observación que mereció la crítica de Carrara, quien le llamó "simple embuste"; pues en realidad la justificación de la aplicación de una menor pena para la tentativa descansa en la diferencia ontológica absoluta y constante que existe entre ese grado y la consumación.

Ante la postura objetivista sustentada por la escuela clásica, aparece la escuela correccional con un punto de vista espiritualista: "que no se castigue más levemente la tentativa, sino cuando sea indicio de una culpa menor; esto es, cuando el delincuente no haya hecho aún todo lo que pudiera para conseguir su intento". (Roeder, cit. por J. de Asúa, ob.cit. pág. 610). Por su parte la escuela positiva aparece con críterios subjetivos, colocando en igualdad de planos a la tentativa, la frustración y al delito consumado, cuando el peligro de denunciado por tales grados sea idéntico.

El código penal patrio, de marcado tinte clásico, señala en su Art. 42 que a los autores del delito consumado se les impondrá la pena fijada para ese delito; en tanto que el Art. 45, nos refiere que a los autores del delito frustrado se les impondrá las dos terceras partes de la pena asignada para la consumación; por su lado, la tentativa a decir del Art. 46, será sancionada con una tercera parte de la pena que corresponde al consumado. Queremos creer, por estimar que es la teoría justa, que nuestro cuerpo de leyes descansa en la tesis de "El peligro corrido" de la tentativa, ya que en realidad, un -

peligro corrido por grave que nos parezca, nunca podrá equipararse a un daño sufrido. El resultado debe imputarse tal cual es y como la tentativa tiene algo de menos, así ha de ser su peso en la balanza de la justicia. No es entonces benignidad ni misericordia, sino que rigurosa aplicación de la justicia, el mantener la diferencia en la penalidad.

5. LA FRUSTRACION ES EJECUCION COMPLETA.

Nos hemos referido in extenso a los actos ejecutivos del delito, que dan existencia a la tentativa. Lo que interesa a este punto será entonces destacar que para dar vida al delito frustrado se hace necesario la realización de todos los actos ejecutivos, llegar al agotamiento del proceso ejecutivo, por manera que para obtener la consumación sólo quedó el paso efectivo y suficiente. En ello estriba la diferencia con la tentativa, pues mientras en esta sólo se empezó la ejecución por actos propios e inequívocos, en la frustración se realizaron todos los actos necesarios, se agotó el hacer delictivo por parte del agente. Es por ello, porque se agotaron los actos ejecutivos, sin obtener el resultado deseado por parte del culpable, que a la frustración se le conoce como "ejecución completa". Que la consumación no se efectúa, no es por falta de actividad ejecutiva del agente, sino que porque intervienen -- causas extrañas a su voluntad. Al delincuente no le quedaba más por hacer para la consumación, realizó todos los actos de ejecución.

Sin duda la frustración es ejecución completa, esta

afirmación es razonable desde el punto de vista subjetivo, pues repetimos, el agente realizó todos los actos idóneos para obtener el resultado. Eso sí, indispensable es que la consumación no se logre, por causas ajenas a la voluntad del autor, ya que si se debe a causa voluntaria, de él, surge la figura del arrepentimiento, del que pronto nos ocuparemos.

6. LA FRUSTRACION Y SUS ELEMENTOS.

El "corso interrotto del reato", denominación italiana en 1819; "consumación subjetiva del delito"; y, "conato perfecto", fueron distintas denominaciones que se le aplicaron a lo que hoy conocemos, y así lo calificó Romagnosi, como delito frustrado (maleficio mancato).

Para Romagnosi (cit. por Ferri, ob. cit., pági. 505 nota 1), el delito frustrado "es la ejecución razonada y libre de un acto físico externo, simple o complejo, del que de ordinario deriva un efecto injustamente nocivo para otros, llevada en cuanto fue posible hasta el extremo en que el accidente, o sea el casus, impide obtener dicho efecto; y en cuanto precisamente no se produce por accidente de este mismo efecto nocivo". Es de este principio donde la doctrina descansa para afirmar que en el delito frustrado se da la consumación subjetiva; pero no la objetiva. Valga decir, que el agente consumó todos los actos ejecutivos, nada omitió su voluntad criminal en el hacer para lograr su propósito culpable, pero que no obstante su voluntad agotada ejecutivamente, no se produce el fin deseado por causas o accidentes que no dependen de su voluntad.

La opinión generalizada de los autores, es de que el delito frustrado tiene por esencia la ejecución de todos los actos concebidos por el agente para la obtención del último resultado. Carrara por su parte (ob. cit. pág. 405), con la ingeniosidad característica observó que entre tales actos y todos los necesarios para el delito existe una diferencia, pues cierto podría resultar que "todos los actos concebidos por el agente" y "todos los actos necesarios", sean fórmulas unidas por mera casualidad en un determinado caso, puede acontecer que no se unifiquen, y entonces desaparece la frustración. Exigió el maestro Carrara, para la existencia de la frustración, la realización no sólo de los actos concebidos por el agente, sino que la ejecución de todos los actos necesarios.

Nuestro Código Penal en su Art. 3 dice: "Hay delito frustrado cuando los actos ejecutados por el culpable, con el intento de cometer el delito, habrían sido por su naturaleza suficientes para producirlo,", estimamos que la disposición citada no significa que el agente realice todo lo necesario para que se efectúe el crimen, es decir, que realice todos los actos idóneos necesarios, ya que de su exacta observancia daría por resultado la consumación del delito, hasta con que ejecute todos los actos que el agente juzgue necesarios para la obtención de su propósito y que dicho resultado no se obtuvo por la falta de algún elemento que no previó o que previniéndolo no lo juzgó necesario. En síntesis, para nosotros la realización exacta de todos los elementos necesarios, a criterio del agente, no acarrea como necesaria consecuencia el delito -

consumado. Hemos expuesto nuestra opinión en el sentido de que la frustración es ejecución completa, que se efectúa la consumación subjetiva; el agente agotó todos los medios que, dentro de su plan, consideró necesarios y realizó todos los actos que de él dependían; pero no se va a pedir, para estimar que el agente agotó su conducta ejecutiva, que arranque cooperación de su víctima; más el resultado no se obtuvo por razones extrañas a la voluntad y al conocimiento del autor; la víctima vestía coraza, la que recibió todos los proyectiles disparados; el veneno fue suficiente para causar la muerte, pero la víctima fue prontamente atendida; se ligaron prontamente las arterias seccionadas por el puñal; etc. Como puede apreciarse, la conducta observada por el sujeto activo no podía ser más eficaz e hizo lo necesario, no obstante ello no logró su propósito. No vamos a requerir del delincuente, que se quede en el lugar de los hechos hasta cerciorarse que su víctima ha exhalado su último suspiro; no hemos de pedir que cuide con celo extremado el que su víctima no sea auxiliada. La verdad es que los actos concebidos por el agente y los actos necesarios sean fórmulas que se unifican como dijera Carrara, se confunden diríamos nosotros.

ELEMENTOS DE LA FRUSTRACION.

Tres son los elementos que integran a la frustración:

a) Que exista la intención persistente de cometer un delito determinado. Valga decir que el hacer ejecutivo del agente sea firme, decidido que esté actuando y dispuesto a con-

tinuar hasta obtener la consumación.

b) Que el agente haya agotado todo el proceso ejecutivo. Lo que es lo mismo decir que el agente realizó todos los actos idóneos, haciendo uso de medios también idóneos, que su actividad fue completa.

c) Que la consumación no se produzca por causas o accidentes independientes de la voluntad del culpable. Lo que quiere significar que si el resultado buscado no se obtiene por causa o accidente dependiente de la voluntad del autor, habremos alcanzado la figura del arrepentimiento.

7. DIFERENCIAS DEL DELITO FRUSTRADO CON LA TENTATIVA.

Es prácticamente imposible establecer diferencias entre la tentativa y la frustración, en ambas figuras hay mucho de común, cuentan para su corporificación con la intención de cometer un delito determinado, en ambas no se consuma el delito por causas o accidentes independientes de la voluntad delictiva del agente. ¿Cuál pues podría ser lo que las diferencia?, teóricamente resulta fácil explicar que en la primera sólo se ha dado principio a la ejecución y que en la segunda se han agotado todos los actos ejecutivos para que se produzca el resultado, es decir, en tanto que la tentativa es ejecución incompleta, la frustración es ejecución completa. Pero en la práctica, cuando toca al juzgador aplicar la ley, ¿cómo ha de sancionar un acto ejecutivo concreto, alejándose de cometer errores? Ticio dispara contra Cayo a una distancia en la que puede ser alcanzado y matado por la bala, pero no le alcanza. Cabe preguntarse: ¿hay

tentativa o frustración?. Para responder veamos la razón por la que Ticio no alcanza a Cayo; ¿no le apuntó bien?, ¿no se percató que el arma no estuviera defectuosa?; en tales casos el agente no efectuó los actos necesarios para que el delito se consumara, pues apuntar bien, saberse con arma en perfectas condiciones, son presupuestos necesarios para lograr el propósito criminal, ésto si en verdad se tiene tal deseo. Luego, como se ve, no estamos, in estricto, ni frente a la tentativa ni frente a la frustración, ya que nos parece que no se ha ejecutado acto idóneo, ese primer o ulterior acto capaz de producir el resultado deseado.

Pretender aplicar la justicia en semejante circunstancia puede conducir a lamentables errores judiciales. Por ello es que estamos de acuerdo con los acuciosos penalistas alemanes, quienes borran cualquiera diferenciación entre estas figuras, dejando, para la aplicación justa de las penas, subsistente la tentativa, que doctrinariamente la dividen en acabada e inacabada, representando aquella a la frustración y la inacabada a la tentativa, dejando en orden a su sanción, un amplio margen para que el Tribunal castigue al culpable en razón de la mayor o menor ejecución del delito.

8. ARREPENTIMIENTO.

Al igual que en la tentativa el desistimiento voluntario la hace desaparecer, el delito frustrado está condicionado a que no se logre el arrepentimiento, pues si se da, también desaparece la frustración como tal. En esta figura no tiene asien

to el desistimiento, pues no se puede desistir de lo que se ha terminado de ejecutar, lo que es factible es que en el ánimo - del agente se observe un cambio de conducta, procurando impedir que se consume el delito pensado

Esta figura fue denominada "arrepentimiento eficaz" - por Jiménez de Asúa, y acaso tenga razón, por cuanto que no basta arrepentirse en forma pasiva de lo ejecutado, sino que necesario es para el desaparecimiento de la frustración, que tal arrepentimiento sea eficaz, que se actúe efectivamente para que no se dé el resultado inicialmente apetecido. Claro, ello nos conduce ineludiblemente a pensar que el culpable no es tan peligroso.

Si el arrepentimiento llamado eficaz, en contra posición al arrepentimiento "post factum", no logra impedir la consumación del delito, no tiene la misma relevancia y entonces - se logra la atenuación de la pena. Esta afirmación la encontramos plasmada en el Art. 9 numeral 9 Pn. El artículo 3 de nuestro Código Penal, establece que la existencia jurídica de la - frustración está condicionada a que la consumación no se produzca por "causas o accidentes independientes de la voluntad del - agente", de donde, por no expresarlo nuestro código, se infiere que excluye de pena al que eficazmente se arrepiente, quedando válidos los delitos consumados con la ejecución realizada para obtener el hecho propuesto, ya que en buena hermenéutica "no es menos exacto que al faltar el final la frustración desaparece".

Para mejor entendimiento, citemos un ejemplo traído - por Carrara (Ob. cit. parag. 417), "un individuo arrojó a su e-

nemigo al mar, o le administró un veneno mortífero: todo estaba hecho y en tales condiciones, que la muerte de ese pobre desgraciado debía ser la consecuencia necesaria, al cabo de pocos minutos. Pero el culpable se arrepintió, se lanzó al rescate, o corrió a darle un contra veneno, y salvó a su víctima". En esta hipótesis; si la salvación de la víctima se hubiese derivado de un caso fortuito o se hubiese producido por obra de tercero, es incuestionable que en virtud de rigurosos principios ontológicos, la frustración surgiría completa y permanecería como tal.

En puridad hemos de manifestarnos, que aún cuando el agente se arrepiente eficazmente, no puede hacer desaparecer lo realizado, la frustración ontológicamente existe, más por política criminal debe no reconocerse su existencia, como premio a ese arrepentimiento, que, repetimos, es índice de menor peligrosidad y la violación total al derecho tutelado por la norma no se produjo. Esto desde luego no nos puede conducir a perdonar los delitos consumados, que se hayan efectuado con la conducta observada.

ELEMENTOS: Como elementos del arrepentimiento eficaz caben señalarse:

a) Que la intencionalidad del culpable esté encaminada a evitar el resultado;

b) Que la conducta asumida con dicho propósito sea eficaz, útil, o sea, que con ella se evite realmente el efecto dañoso, ya que si los medios empleados para tal fin no son idóneos, surge el arrepentimiento post factum, que a lo sumo llega

a conformar una atenuante.

En orden a la pena, hay casi unanimidad en aceptar que la frustración debe ser menormente penada que el delito consumado, pues aparte que no produce los mismos efectos que éste, la diferencia en la penalidad puede servir de estímulo al delincuente, para disuadirlo de renovar los actos criminosos.

Sintetizando: el arrepentimiento eficaz, no hace desaparecer los actos anteriores, éstos adquieren toda su realidad y de ellos responderá el autor, de no ser que la tipicidad de una legislación determinada lo impida. En los casos propuestos, el agente manifestó por actos exteriores y materiales la intención de matar, y tal intencionalidad no puede ser fácilmente olvidada, más como dijimos, por conveniencia, como premio al arrepentimiento o por política criminal, la frustración no debe incriminarse. Pero los actos ejecutados, ¿cómo quedan ante el juzgador?. Hay legislaciones que les dan toda relevancia y los castiga como actos consumados, cuando tal grado se presenta en los actos realizados, haciendo caso omiso del animus occidendi del culpable y entendemos que cuando no se ha consumado delito alguno con tales actos, situación que no se puede dar, quedan impunes los actos. Otras legislaciones, como la nuestra y la venezolana, consideran al arrepentimiento como una atenuante, como cuando el ladrón restituye la cosa hurtada o robada.

9. CONSUMACION.

Digamos que el delito se ha consumado, cuando el de

lincuente ha concluido felizmente su propósito criminal; cuando ha obtenido por actos ejecutivos violar la norma jurídica; cuando quedó satisfecho en su intención delictiva; viendo cumplido el resultado transgresor buscado.

La consumación es el penúltimo momento en la precipitada curva del delito. Para Carrara (Cit. por J. de Asúa, ob. cit. pág. 617), el delito consumado "consiste en haber alcanzado la objetividad que constituye el título especial de un delito dado". Y según Derner se alcanza cuando la acción ha realizado el tatbestand. Por nuestra parte, aunque adelante nos ocuparemos nuevamente, diremos que la norma penal objetiva los requisitos que han de conformar en cada caso al delito perfecto o consumado y que cuando la conducta del agente los haya satisfecho todos, se dice que el delito se ha consumado, o dicho de otro modo, el delito es consumado cuando lo anunciado previsoriamente por la norma penal se vuelve una realidad.

Más no reviste mucha importancia la conceptualización del delito consumado, en todo caso, lo atendible a primera vista es el tipo del delito mismo, pues su importancia se desenvuelve en el campo de la dogmática penal. Por manera que cuando el tipo toma realidad, el delito se ha perfeccionado.

En el desarrollo de este ensayo hemos visto como la tentativa y la frustración tienen su fijación relacionadas con el delito consumado; tanto para expresarnos con el comienzo de ejecución, como con la ejecución completa o consumación subjetiva tenemos que recurrir mentalmente a la idea del momento --

perseguido, del instante consumativo; tal es la importancia - que reviste este momento. Algún esfuerzo hemos hecho para - sentar las bases de la consumación, para encontrarnos con ese corolario tan desgraciadamente buscado por el delincuente.

10. AGOTAMIENTO.

Tenemos ya que el delito se ha consumado, pero a ve - ces el autor persiste en un desenvolvimiento ulterior, para - llegar al fin que se propone, sin importarle la realización - de un nuevo daño. Sirvám^{os} de algunos ejemplos para expli - car mejor: el ladrón ha hurtado o robado un objeto, es decir, ha consumado el delito; con ello ya se hace merecedor de la pena; pero su conducta no para y sigue con el último acto, ven - de el objeto o lo usa personalmente, agotando con ello el de - lito consumado.

Refiere Jiménez de Asúa (ob. cit. pág. 619), que - "no agotar el hecho es detenerse en la pura violación jurídi - ca; agotarlo es conseguir el propósito que, como resultado fi - nal, quería el agente. Es obvio que el que un delito no se - agote puede depender de caso fortuito o de arrepentimiento del culpable". Afirmar que el agotamiento sea el propósito final que quería el agente, como sostiene el maestro español, lo - creemos bastante aventurado, hemos de aceptárselo con reserva, ya que para nosotros hay delitos donde marcadamente se ve que el agotamiento en el resultado final querido por el agen - te; el robo, el hurto, la estafa, la usurpación, calumnia in - jurias, etc.; pero también y quizá en mayor número de delitos,

es notoria la ansiedad del agente de culminar su actividad delictiva con la sola consumación; el agotamiento en esta clase de delitos generalmente no se verifica o se realiza, pero desde luego puede efectuarse el agotamiento, sin que el delincuente haya pensado en él durante el desarrollo de su conducta criminal, sino que nace la idea del aprovechamiento ante la presencia de la oportunidad.

Faranda fue el primero en exponer la doctrina del delito agotado, en 1885 le siguió Brasanti, hasta llegar a Carrara para quien el delito perfecto, por su ejecución, es simplemente perfecto o perfecto agotado, existiendo éste cuando produce todos los efectos dañinos el culpable, como consecuencia de la violación de la norma, de tal modo que este ya no puede impedir las consecuencias perjudiciales.

La noción del delito consumado es, pues independiente del agotamiento, éste puede darse como puede no darse y afirmar que el agotamiento es el momento querido inicialmente por el agente, sería, ante un caso de solo consumación, como pretender que el agente deseaba inicialmente llegar hasta el desistimiento o hasta el arrepentimiento.

Participamos de la idea de Jiménez de Asúa, de que el delito puede no agotarse por caso fortuito o por arrepentimiento del agente, pero esto cuando la intencionalidad inicial del culpable iba dirigida al agotamiento; el caso del ladrón que con la prenda hurtada o rabada en su poder, la propone en venta y le es decomisada. Más como hemos venido diciendo, no creemos que prospere la observación del maestro madrileño, en los casos en que el agente tenía únicamente por

mira el consumir el delito y nunca pensó en llegar hasta su agotamiento. Cuando en la resolución obtenida en la fase interna, no figuró el agotar el delito, no se puede serenamente decir que el agotamiento no se realizó por arrepentimiento del agente ni por caso fortuito. La realidad es que no puede alguien arrepentirse de lo que ni siquiera tenía en mente y que tampoco haya pensado realizar, ni cabe el caso fortuito en lo irreal.

Aún cuando la noción del delito consumado es independiente del agotamiento, éste no forma figura separada, no puede constituir en caso alguno otro delito. Así: vender la cosa hurtada o robada no es otra cosa que agotar el delito.

El Art. 492 de nuestro Código Penal, se refiere a la enagenación de cosa ajena, fingiéndose dueño, y lo sanciona como delito, pero nunca es el caso de quien venda la cosa hurtada o robada, pues quien ésta vende, repetimos, lo que hace es agotar el delito.

Es interesante no confundir el agotamiento con la consumación, el primero es aquél que requiere la realización total de los propósitos que se impone el ejecutante, no importa que no se adapten a su idea inicial. El agotamiento, cuando no está establecido por la norma, no adquiere relevancia, pero si lo comprende la tipificación de un delito concreto, es lógico que forma parte integrante del delito consumado. Ej.: Las amenazas a muerte condicionales, cuando se obtiene el resultado deseado, cuando se cumple la condición. Más si no se cumple la condición, estaremos frente al delito consumado no agotado. Art. 449, número 1 Pn.

TITULO III

CAPITULO UNICO

EL DELITO CONSUMADO

"El último grado de ejecución, la realización perfecta de todos los elementos, tanto subjetivos como objetivos, del tipo, constituye la consumación del delito, no definida legalmente, pero integrada en cada definición o enunciación de las diversas figuras delictivas", (Antonio Quintano Ripolles, Compendio de Derecho Penal, pág. 379).

A grandes rasgos estamos en capacidad, con la idea anterior, de expresar que el delito obtiene su consumación cuando ya han sido ejecutados completamente tanto la actividad criminal del agente, que ya no le queda nada por hacer, como también se ha cumplido todo resultado objetivo previsto. No creemos encontrar un concepto que abarque genéricamente a las exigencias de todas y cada una de las características típicas integrantes de cada delito, por cuanto la ley en forma detallada ha establecido los elementos que creyó convenientes satisfacer para que al delito, tal o cual, se le tenga por consumado.

Nuestro problema se agiganta, al pretender formular una definición genérica para la consumación del delito, porque es la ley misma la que determina el instante consumativo, a veces con criterio que se aparta de las normas regulares correspondientes a la tipicidad. Ej.: El Art. 461 Pn., tipifica un caso de robo con violencia o intimidación y dice: "El que para defraudar a otro lo obligare con violencia o intimidación a sus

cribir, otorgar o entregar una escritura pública o documento, será castigado como culpable de robo....". Como puede apreciarse tal precepto dispone que se tenga por consumado el delito de robo al producirse el resultado lesivo personal, - aún cuando no se hayan perfeccionado los actos contra la propiedad, siendo ésta el bien jurídicamente tutelado por las - normas objetivas que tipifican el robo.

En materia de hurto, acontece situación semejante en cuanto que la ley, yendo más allá de los principios imperantes para ubicar genéricamente la consumación, dispone que dadas determinadas circunstancias se tenga al culpable como reo de hurto consumado, y es el Art. 472 Pn. el que está castigando meros actos preparatorios como delito consumado de hurto; caso semejante sucede con el que compra ganado sin la documentación que requiere la ley, opera como una presunción legal de hurto.

Fijar el momento consumativo de cada delito individualmente considerado, ofrece algunas dificultades; pero donde se han preocupado los penalistas y en lo que se han conocido discrepancias profundas y variadas es en el establecimiento del momento consumativo en los delitos de robo y hurto. La problemática jurídica que en el tiempo y en el espacio ha presentado el estudio de la consumación en estos dos delitos, es digna de mayor esfuerzo del que aquí observaremos.

No podemos adentrarnos en el conocimiento de las - diversas teorías que sobre el momento consumativo del hurto

y del robo nos ofrecen inquietos penalistas, sin hacer advertencia de que substancialmente el problema es idéntico en ambas infracciones. Sobre ello se ha dicho bastante pero no lo suficiente, la importancia no estriba sencillamente en saber cuál es el momento de la consumación, su interés descansa en la relevancia de conocer el límite del proceso ejecutivo del delito. No es inoficioso referir que el delito de hurto en su instante consumativo, fue problema conocido por los romanos, que lo definieron con la palabra "contrectatio", y fue asimismo preocupación constante que acarreó discusiones entre los más antiguos penalistas.

Concretaremos nuestro estudio al momento consumativo en los delitos de hurto y robo.

DISTINTAS TEORIAS. Haremos una breve reseña de las distintas teorías que se han elaborado con el fin de determinar, no sólo la esencia material del delito, sino, especialmente, su momento consumativo.

a) Teoría de la "attrectatio", o mero tocamiento de la cosa.

b) Teoría de la "apprehensio", o de la simple captación material del objeto; tomarlo con las manos.

c) Teoría de la "amotio", o de la mera remoción, consistente en mover la cosa.

d) Teoría de la "ablatio", o del traslado o transporte de la cosa.

e) Teoría de la "illatio", o poner la cosa a buen recaudo.

f) Teoría de la "locupletatio", o del aprovechamiento del sujeto activo.

Procuraremos hacer un estudio de las principales de ellas, para finalizar nuestra labor, no sin antes exponer cuál nos parece la más aceptable.

a y b) Las teorías de la attrectatio, consistente en el mero tocamiento de la cosa ajena, y la de la apprehensio, - que exigía la sola captación de la misma cosa, para que en ambas se consumara el delito de hurto, fueron hace muchos tiempo superadas, quedándoles únicamente un valor histórico, que nos denuncia los esfuerzos romanos en la búsqueda de la fijación - del momento consumativo.

c) TEORIA DE LA ANOTIO: Esta tesis que durante algún tiempo fue la imperante en los fallos judiciales, consiste en su concepción pura en: "la simple remoción de la cosa del lugar donde su poseedor la había colocado", y fue ardorosamente sostenida por Carrara, además de otros como González Roura, Malagarriga, etc., en las postrimerías del siglo pasado.

Para Carrara, esta doctrina constituyó la esencia de la "contrectatio" romana y consistió el hurto en "la contracción dolosa de la cosa ajena, hecha invicto domino, con ánimo de lucrar con ella", (Fontan Balestra, Der. Pn., parte Espe., pág. 426.). Los romanos, primero, Carrara, luego, usaron para expresar el momento consumativo la palabra "contrectatio", significando con ella el hecho de trasladar, o mover de un lado a otro una cosa. Con ésto quedaba consumado el delito de hurto para los romanos; pero Carrara, después de consideraciones que hizo acerca de la naturaleza formal y material del delito en -

cuestión, concluyó que "si el hurto se consuma con la contrac-ción y no ya con el acto de llevar la mano sobre la cosa ajena, es claro que también éste requiere un evento consumativo a la acción, esto es, el resultado de que la cosa ajena haya sido removida de un lugar a otro: éste es el evento consumativo, porque en éste (y no en el solo hecho de que las cosas -- nuestras sean tocadas) consiste la violación de nuestro derecho de posesión que representa la objetividad inmediata del hurto". (Fontan Balestra, Ob. cit., pág. 427).

Obsérvese que según la teoría en estudio, dejaba su consagrada naturaleza de delito formal para convertirse en un delito material, pues para su consumación bastaba cualquier remoción de la cosa del lugar en que se hallaba, remoción que puede ser más o menos extensa; era suficiente que lo fuera en pequeño grado y aún cuando se diese dentro del mismo lugar. Fue ésta la postura dominante hasta a mediados del presente siglo, socorrida en sentencias de supremos Tribunales, de los que citaremos algunos ejemplos obtenidos en "El Proceso Ejectivo del Delito", de Frías Caballero (Pág. 314), "el delito está consumado con la remoción a pesar del abandono de los objetos dentro de la finca y fuga posterior; otro, ladrones que abandonan dentro del taller las ruedas de un automóvil que han desprendido para hurtarlas y emprenden la fuga al ser sorprendidos".

Los casos citados son típicos de tentativa, que no podríamos conceptuarlos modernamente, como hurtos consumados, desde luego que se empezó a ejecutar el delito y que ya no se

prosiguió en su realización por la presencia de obstáculos poderosos como es el haber sido sorprendidos.

Los Tribunales comienzan en 1945 a modificar su criterio, expresando que no basta la simple remoción para que el delito se consume, así fue como la Cámara de la capital argentina, se reunió en 1948 para unificar criterio, habiendo resuelto por mayoría que "la sola remoción de la cosa ajena no basta para consumar el delito de hurto" (F. Caballero, ob. cit., pág. 315).

d) TEORIA DE LA ABLATIO: Frente a la teoría de la amotio, la ablatio requiere un desenvolvimiento más amplio en la acción criminosa, no basta la simple traslación de un lugar a otro, como hemos visto en la amotio, sino que el objeto ajeno sobre el que recaía la acción furtiva, fuese llevado a lugar seguro (ad quen), fuera del lugar donde se encontraba (ex quo). Esta teoría, podríamos decir, es una variante de la anterior, en ambas se exige la remoción de la cosa ajena, pero la ablatio, requiere además que tal objeto sea trasladado o transportado a un lugar distinto de aquel en que se efectuó la aprehensión; o que se ponga fuera de la esfera de custodia de su tenedor.

Visto así el problema se observa que esta teoría hace descansar su importancia en la determinación del lugar "ad quen", para derivar el momento consumativo del hurto. Sobre el lugar ad quen se ha discrepado entre los partidarios de esta doctrina: "para unos, la consumación requiere que la cosa haya sido sacada de la cámara o habitación en que se encontra-

ba; para otros, hasta de las adyacencias; para otros, del apartamiento o dependencia; para otros de la casa del dueño; de otra manera el delito no estaría perfecto, porque el objeto sigue estando en la posesión de aquél", (Carrara cit. por Frías C., ob. cit., pág. 309); y hubo quienes exigían que el objeto fuese llevado hasta ponerlo en lugar seguro. Estas fueron - las modificaciones que cada estudioso iba adicionando a la teoría de la simple remoción de la cosa, pues hay que reconocer - que ésta no satisface las exigencias de la justicia, ya que no era suficiente. - - para evidenciar el ánimo delictivo.

Pese a su sentido material del que parte para estimar consumado el delito en un instante en que la cosa está lejos de su tenedor, esta teoría observa una posición ecléctica entre - las posturas de la amotio y las más exageradas de la ablatio, - que le restan materialidad a su concepto original para reves- - tirla de juridicidad. Para Pescina (Cit. por Frías C., ob. - - cit., pág. 310), la contrectatio (o amotio) consta de dos momen- - tos: 1) la aprehensión de la cosa ajena; 2) la remoción del lu- - gar a lugar. De suerte que si ambos elementos no ocurren, no - existe el delito, pues para dar nacimiento a éste, hay necesi- - dad de que haya apoderamiento de la cosa ajena y además de que se traslade a un lugar distinto totalmente del en que se encon- - traba, sacándola del control de su legítimo tenedor. Esta últi- - ma idea en la concreción del delito perfecto, de donde como pue- - de apreciarse no es necesario que la cosa se aleje de su tene- - dor, pues juzgamos suficiente la circunstancia de que sea saca- - da de su esfera de vigilancia; y así tenemos que, para perfec- - cionar el delito, si el agente es un extraño, debe sacar la co-

sa de la casa. Si residen, sujeto activo y sujeto pasivo, en la misma casa pero en diferentes habitaciones, debe sacar la cosa de la habitación de la víctima. Si habitan la misma pieza, debe quitarla del lugar donde la cosa se encuentra y esconderla aún en la misma pieza. Lo que interesa para la consumación, es sacar la cosa del control del legítimo poseedor; desde luego no perdamos de vista la intención de lucro por parte del agente. Como se nota en los ejemplos propuestos según esta teoría, no se exige que la traslación del objeto sea por largo espacio. Creemos indispensable para la perfección del delito que siempre debe haber: 1) aprehensión de la cosa, 2) remoción de la misma de un lugar a otro y 3) que sea sacada del control de su tenedor.

La no exigibilidad del concepto especial, que algunos creen encontrar en la ablatio, los ha llevado a elucubraciones y hasta obtener acepciones nuevas en el idioma. Todo se originó en que el Código italiano vigente sustituyó en su Art. 624, la frase "TOMANDOLA DEL LUGAR DONDE SE HALLA", por la de "SUSTRAYENDOLA A QUIEN LA DETIENE".

Con el cambio de fórmula anterior se deseó subsanar - las dificultades, prescindiendo del delemento espacial y haciendo coincidir la sustracción o consumación con el apoderamiento, para finalmente concluir, que habrá apoderamiento cuando el poseedor ha perdido el control de la cosa, cuando ha sido puesta fuera de su custodia y ya no tiene la disponibilidad material - de la misma. Pareciera que tales doctores quisieran divagar en el tema, pues entendemos que para sacar del control del detenta

dor el objeto del hurto, es necesario que se cambie la cosa - del lugar donde aquél la tiene, pues contrariamente la cosa - siempre la tiene controlada.

La tesis del apoderamiento concebida como fue por - sus sostenedores, da amplio margen para considerar que meras tentativas realizadas, en presencia del tenedor, sean juzgadas como delitos perfectos; ya que como dicen ellos, basta el apoderamiento, haciendo caso omiso del elemento espacial, no es necesario que se dé la amotio de loco ad locum, considerado - este último lugar como aquéi en el que el detentador ya no e-jerce su radio de actividad. Quien intenta llevarse los paquetes que alguien ha depositado en el mostrador del almacén, mientras examina unas telas, y luego de caminar dos o tres metros vuelve a dejarlos en el extremo del mostrador al saberse descubierto; no puede asegurarse con seriedad que ha consumado el delito de hurto.

A la ablatio se le hicieron modificaciones que vinieron a superar el mero sentido especial y físico para revestirla de aspectos ideológicos. Tales modificaciones exigían indistintamente: 1) que el traslado de la cosa se hiciese sacando la cosa de la esfera de custodia en que se halla; 2) sacándola de la esfera de vigilancia; 3) sacándola de la esfera de acción o actividad patrimonial; 4) sacándola de la esfera de poder; y 5) sacándola de la esfera de disposición. Estas variadas posiciones nos demuestran las múltiples opiniones vertidas sobre el momento consumativo del delito de hurto.

Con la tesis del apoderamiento, que para ser más claro, venía no a omitir el elemento espacial sino, más bien a rere

legarlo, se dio distinto rumbo a los fallos de los tribunales supremos, llegando a sustituir a la simple remoción de la cosa (amotio). Se analizó el problema de la consumación enfocán dola en dos momentos que pueden coincidir o no: el desapoderamiento en el legítimo tenedor y el apoderamiento, que traslada la cosa al poder del sujeto activo. Momentos que se analizan así: "el apoderamiento comienza con la sustracción que es indicio de desapoderamiento, la consumación depende de que el autor tenga la posibilidad de realizar un acto dispositivo neto y excluyente del poder legítimo" (García Zavalía, cit. por Frías C., ob. cit. pág. 316). Por su parte Lorenzo Carnelli, (la misma referencia), sostiene que el apoderamiento ha de ser seguido por el desapoderamiento. La consumación existe "cuando se viola la posesión, estableciendo el delincuente su propio poder sobre la cosa".

Tal fue la influencia ejercida por las últimas modificaciones que los Tribunales comenzaron a fallar aludiendo a las esferas de custodia, de poder, de vigilancia, de actividad, etc. En 1949, se declaró consumado el delito cuando la cosa fue secuestrada dentro del local del propietario y el autor la había escondido entre sus ropas; se estimó que el objeto había salido de la esfera de custodia, (Frías C., ob. cit. pág. 317).

Respecto a la esfera de acción y de actividad, se dice que el delito se consuma cuando se ha contraseñalado el animal, pues se coloca con esa actividad fuera de la esfera de acción de su dueño.

Cuando se priva al poseedor o tenedor, del poder que ejercía en la cosa, se dice que se saca la misma de la es-

fera de poder; pero entiéndase que se refiere al poder físico o material, no siendo necesario que la cosa se saque de la habitación o lugar donde se halla.

La esfera de disposición o posibilidad física de disponer, se relacionan en los fallos de los supremos Tribunales, contemplándolas con referencia al sujeto pasivo y a veces al sujeto activo. Se ha dicho que "el delito se perfecciona desde el momento en que el agente está en "condiciones de disponer" a su antojo de la cosa hurtada"; en otro fallo se argumentó que el agente era reo de tentativa de hurto porque el ofendido "no llegó a ser desposeído" del objeto que el procesado no alcanzó a someter a un poder de hecho real y efectivo.

De donde se desprende que para que se efectúe la consumación es menester la pérdida de la facultad de disponer, no basta la simple remoción, es necesario que se pierda por parte del damnificado la facultad de disposición de la cosa.

e) TEORIA DE LA ILLATIO: Esta teoría consiste en la sustracción de la cosa ajena y ponerla en lugar seguro o poniéndola a buen recaudo. Se aprecia fácilmente que esta tesis se encuentra comprendida por la ablatio en su parte avanzada, como se dijo al hablar de las modificaciones que sufrió la ablatio en su concepción original, pues la teoría que estudiamos requiere que el agente saque la cosa de la esfera de control del tenedor legítimo. Esta doctrina, en la que no nos extenderemos, tuvo su fase completa e interpretó que el delito de hurto quedaba consumado cuando la cosa era sustraída y colocada por el autor en el lugar de destino, en el que pensó

al realizar el apoderamiento.

Carrara la rechazó y sus enunciaciones las llamó - "benignas distinciones de los antiguos doctores", (Fontan B., ob. cit. pág. 427).

NUESTRO PUNTO DE VISTA: Queremos advertir que lo - que hemos dicho en el estudio de estas doctrinas sobre el hurto, se aplica al robo en lo que le corresponda. Vistas que han sido las principales posiciones de penalistas a fin de fijar - el momento consumativo en los delitos de hurto y robo, pensamos que ninguna nos proporciona un criterio valedero para todos los casos, por el cual se canalice la posibilidad de determinar, - dentro del hacer delictivo del agente, ese instante en el que - se produce, tanto el apoderamiento como el desapoderamiento de la cosa en el agente y del sujeto pasivo. Para saber si se produjo o no el apoderamiento, necesario se vuelve recurrir a las variadas formas en que puede darse la exclusión de la cosa del poder del propietario, por un lado, y por otro, la ocupación - de la cosa por el ladrón.

Creemos que no se ha profundizado el asunto y que - las opiniones vertidas contienen, algunas de ellas, diferencias sutiles que han dado por resultado el poner al derecho penal en mora y estatizarlo en forma lamentable. Menos mal que la attrectatio y la apprehensio, fueron ya superadas y retiradas del panorama jurídico, y que la amotio se comienza a diferir por los intérpretes, sin que escaseen algunos togados que la invoquen - como doctrina aplicable; pero ya se vislumbra la dejación total de su vigencia. Participamos de la idea que la amotio pudo haber tenido resultados felices en su tiempo, más modernamente de-

be ser considerada como absurdamente drástica e inútil para resolver nuestro problema.

Nos parece que la ablatio, contentiva de la illatio, sea acaso la más aceptable de las posturas doctrinales estudiadas, por cuanto que con sus diversas modificaciones nos proporciona diferentes caminos a seguir para el análisis concreto de cada caso que se presente. Con ello queremos significar que no es posible por ahora obtener una solución adaptable a todos los casos en forma general. Casi hemos confesado que no satisface la doctrina de la ablatio, pues estimamos que, pese a la diversidad de conductos que nos presenta, siempre tiene cabida la incertidumbre en su aplicación; si no diganlo los distintos tribunales que no han logrado un acuerdo en sus sentencias. Por otra parte la ley se ha visto precisada a presumir la intención de lucro, efectuada que sea la acción violatoria de la norma jurídica, dejando como tabla de salvación la prueba contraria.

Lo que hemos dicho aquí del hurto, se aplica al robo, pues guardan algunos puntos de contacto; el objeto del delito debe ser una cosa mueble, en ambos hay apoderamiento seguido de desapoderamiento. Las diferencias existentes entre ambas figuras delictivas, obedecen a circunstancias que emanan de la conducta del agente. Pero en lo que va al despalzamiento de la cosa, se observa lo mismo que el hurto, así podemos invocar, para ilustrarnos sobre el momento consumativo, la misma posición: ¿cuál será la teoría más correctamente aplicable para conocer el momento consumativo?

En los elementos de ambos delitos radica la única diferencia, ya que en tanto en el robo se ejerce fuerza en las

cosas o violencia o intimidación en las personas, el hurto carece de tales circunstancias, el apoderamiento de la cosa se efectúa sin fuerza ni violencia ni intimidación; esto nos autoriza para afirmar que el robo es una forma agravada del hurto.

En cuanto a estas circunstancias de la fuerza en las cosas o de la violencia o intimidación en las personas, hemos de hacer algún pequeño estudio. La fuerza debe ser ejercida directamente en las cosas de manera que modifique su estado, alternando todas aquellas que le rodean o le están unidas, pues si la fuerza se ejerce sobre la cosa misma, como doblar la barrilla de oro para comodidad en su ocultación después de haberse apoderado de la misma, no daría por resultado el robo. De suerte que cualquiera que sea la fuerza ejercida sobre la cosa, si ella, la fuerza, no persigue la separación de la cosa de otras que le están unidas, o la violación de la protección que el dueño le ha dado (caja fuerte, cadena, candado, etc.), no resultaría el delito de robo.

También puede producirse el apoderamiento ejerciendo violencia (fuerza física) o intimidación (fuerza síquica) en las personas, dando por resultado el delito de robo. Es de advertir que la violencia como la intimidación pueden tener lugar antes del robo, para facilitararlo, durante el robo o después de realizado, para procurar su impunidad. Que quede claro que estos delitos siempre son dolosos y que doctrinariamente se ha llegado a aceptar que dentro de la violencia deben entenderse comprendidos los medios hipnóticos y los narcóticos.

Este es nuestro punto de vista que modestamente aportamos.

B I B L I O G R A F I A

- | | |
|----------------------------|----------------------------------|
| FERRI, Enrique | Principios de Derecho Penal. |
| FONTAN BALESTRA, Carlos | Derecho Penal. |
| FRIAS CABALLERO, Jorge | El Proceso Ejecutivo del Delito. |
| JIMENEZ DE ASUA, Luis | La Ley y El Delito. |
| NOVOA MONREAL, Eduardo | Curso de Derecho Penal Chileno. |
| PESSINA, Enrique | Elementos de Derecho Penal. |
| QUINTANO RIPOLLES, Antonio | Compendio de Derecho Penal. |
| NELZEL, Hans | Derecho Penal. |