

En vista de este dictamen, acordó el Superior Gobierno otorgar al denunciante el *amparo* solicitado y el permiso para la explotación, cerrándose el expediente con la diligencia de entrega de un *libro* debidamente sellado en el cual se habían de registrar “las partidas de Alcohol que se sacare”.

Otra vieja cuestión de gran interés histórico, la referente a las concesiones de tierras baldías consideradas como complemento necesario de las explotaciones mineras, es planteada y resuelta en un Expediente instruido en 1810.

Los autos de este expediente se inician con un escrito dirigido al Virrey y firmado por un vecino de San Gil, llamado Marcelo Díaz Sarmiento, en el cual se alega lo siguiente: que por el Superior Gobierno se le había hecho la *gracia* de expedirle *Título de Minero* en la mina nombrada el Espinal, situada en la jurisdicción de la Biblia de San Gil, a orillas de los ríos Sube y Suárez; que, en consecuencia, necesitaba que se le adjudicase “tierra útil que sea de labor para establecer la sementera de Mais, Yuca, Plátano, Madera, Carbón y Leña para Poblar las Minas y mantener a los Peones y también para el criadero de Ganados y Bestias Mulares”; y que, a los efectos pertinentes, denunciaba como realenga una extensión de tierra próxima a la mina que le había sido concedida.

Pasado este escrito al Fiscal, emitió este funcionario dictamen en el sentido de que se debía comisionar al Sub-Delegado de tierra de San Gil, para que practicase las diligencias de rigor —averiguación de si las tierras denunciadas eran, efectivamente realengas, avalúo de las mismas, etc.— y se informase al propio tiempo, de “las facultades con que pueda labrarlas el Denunciante, supuesto de que siendo Pobre de toda solemnidad se resiste el poderlas cultivar y ser Minero”.

La resolución del Virrey fué de acuerdo con la petición Fiscal; pero no consta en el Expediente cuál pudiera ser el resultado de las diligencias confiadas al Sub-Delegado de San Gil.

Registremos, por último, una Real Orden del 1º de julio de 1812, en la cual se notificaba al Virrey de Santa Fé, que para incrementar la explotación de las minas de oro de Veragua y Espíritu Santo, se había ordenado al Virrey del Perú que facilitase “los sugetos instruidos en el ramo de minería que fueren necesarios para esta última empresa, con todos los demás auxilios que puedan contribuir a adelantarla”.

JOSE M. OTS CAPDEQUI

Catedrático de Derecho Español e Indiano en nuestra Facultad.

EL DELITO IMPERFECTO

POF AGUSTIN GOMEZ PRADA

El estudio del delito imperfecto es de suma importancia, no solamente porque las formas en que se manifiesta están consagradas en el código penal, sino porque acreditan de modo patente la personalidad de sus ejecutores.

Se ha creído que muchas veces resulta casi imposible distinguir un delito perfecto de un delito frustrado o de una tentativa. Sin negar que en ocasiones ello sea dificultoso, resultará fácil definir qué figura se presenta, si se tienen presentes las circunstancias que las conforman y que permiten diferenciarlas con toda nitidez.

Para ello es preciso seguir los pasos de una acción delictuosa, lo que se ha llamado el *iter criminis*, previa una leve advertencia sobre la acción física y el delito.

La acción física y el delito. La voluntad se proyecta sobre el mundo exterior por los hechos que el hombre ejecuta para cumplir sus propósitos.

Pues bien, los actos externos son los punibles, porque los internos son objeto de la conciencia: no sólo porque los pensamientos, los deseos y las intenciones no se traducen siempre en fenómenos aparentes, sino porque el los actos meramente internos, no tanto por la dificultad casi insuperable de orden jurídico del Estado es externo. Dicho de otro modo, no se sancionan probar su existencia, como porque las relaciones que el Estado protege son las que producen mutaciones o cambios en el mundo exterior, en lo físico y perceptible. De ahí que conserve su plena validez el aforismo de Ulpiano: *cogitationis poenam in foro nemo patitur* (nadie debe ser penado por sus pensamientos).

Cuando en los delitos se sanciona el concurso de la voluntad sin el concurso de la acción, los actos del ejecutor material son del instigador, por ejemplo, que ha realizado el delito por intermedio de aquél, sin contar con que la instigación requiere de suyo manifestaciones exteriores.

La acción física es inseparable de la acción psíquica, pero es necesario estudiarlas aparte, por razones de método y claridad.

Al respecto debe decirse que el hecho constituye la objetividad material y jurídica del delito, es su expresión, y que la responsabilidad del delincuente comienza cuando su intención dolosa se manifiesta en actos externos que indiquen que está ejecutando un designio delictuoso.

El iter criminis. Entrando ya al estudio de la acción, debe comenzarse por expresar que un hecho delictuoso aparece conformado por una serie de actos psíquicos y físicos, que nace en el momento en que se presenta la idea criminal y termina en la violación concreta de una norma penal, que es lo que se llama el *iter criminis*, vía o proceso del crimen. Aunque la realidad no sea tan nítida, esta vía o proceso comprende cinco fases: la idea criminal, la manifestación de la idea, los actos preparatorios, los actos ejecutivos y los actos consumativos ¹.

La idea criminal. Si en su organización biopsíquica no tiene el sujeto fuerzas de inhibición suficientes —dice Ferri— por carencia o debilidad de sentido moral o de la asociación de ideas (previsión), “el proceso psíquico de las sensaciones (por ejemplo la vista del adversario, o de un objeto, la audición de palabras ofensivas o instigadoras, etc.), entra en la esfera del sentimiento (de venganza, de odio, de afán, de lucro, etc.) y determina una idea delictuosa (de homicidio, de lesiones, de hurto, etc.) y llega a la *de liberación volitiva*, que por propia fuerza de impulso determina la serie de movimientos corporales, dirigidos a la realización de aquella idea, que entonces es ya *intención delictuosa*” ².

La manifestación de la idea delictuosa puede tomarse en dos sentidos: como la exteriorización del propósito íntimo al realizar el delito, es decir, como el acto o los actos que constituyen la actividad criminal; o como simple manifestación de ese propósito hecha en palabras, actitudes, gestos, o actos. Aquí la tomamos en el segundo sentido para los efectos de la especificación que estamos haciendo.

La manifestación puede constituir de suyo un delito, como sucede en la injuria, la calumnia, la instigación, el mandato criminal, la corrupción; pero fuera de estos casos, que por su índole criminal la ley sanciona, la manifestación del propósito criminal hecha en palabras o en hechos equívocos no se incrimina.

Los actos preparatorios consisten en prevenir, disponer y aparejar la manera y los medios de realizar el propósito criminal, pero no en la fase inmediata o próxima al acto de consumación, sino en la que precede a ella. Son, pues, el principio de ejecución remota del delito y por ello se dice

¹ Enrico Ferri, Principios, número 87 y Eugenio Florián, Parte General del derecho penal, tomo I, número 361.

² Ferri, Principios, número 87.

que son *equivocos* en cuanto a la acción delictuosa, esto es, pueden ser el comienzo de un acto criminal como de un hecho inocente.

Los actos preparatorios no son punibles, por este motivo, salvo que por sí mismos constituyan delito o contravención (art. 15 del Código Penal).

Los actos ejecutivos son los que dan principio a la realización inequívoca de determinado hecho criminal, y consisten en los actos ya inmediatos a la consumación del delito.

Los actos consumativos consisten, en fin, en la ejecución de aquella o de aquellas actividades que ocasionan la modificación del orden exterior que la ley veda producir.

Un ejemplo aclara la cuestión: Pedro, que quiere matar a Juan (idea criminal), se dirige a la botica a comprar un veneno (ya manifestación de la idea con los actos subsiguientes), lo compra, en efecto, y se dirige al lugar donde ha de encontrar a su víctima (actos preparatorios), lo echa con disimulo en la bebida que ha de tomarse Juan (acto ejecutivo) y, en fin, hace que se lo tome (acto consumativo).

Esta es, claro está, una descripción que ayuda al análisis del delito en su aspecto objetivo, pero la realidad es distinta: muchas veces el delito consiste en un solo acto, o en una sola palabra, así como en tantas otras consiste en una serie de actos de suyo delictuosos, pero el propósito que el infractor tiene en mira es uno principal.

Estudiaremos, pues, en seguida, los pasos del *iter criminis* en el orden que la lógica señala para luego examinar las realidades objetivas ya completas del delito.

La tentativa. “El que con el fin de cometer un delito, diere principio a su ejecución, pero no lo consumare por circunstancias ajenas a su voluntad, incurrirá en una sanción no menor de la mitad del mínimo ni mayor de las dos terceras partes del máximo de la señalada para el delito consumado” (artículo 16).

Los elementos de la tentativa son, pues, los siguientes:

- a) El propósito de cometer una infracción;
- b) Dar principio a la ejecución del delito, llegar a los actos ejecutivos;
- c) No consumarlo, no llegar al acto o a los actos consumativos por circunstancias ajenas a la voluntad del agente.

Punibilidad de la tentativa. Según la teoría objetiva o clásica, que no tiene en cuenta sino la objetividad del delito, la tentativa no debiera ser sancionable. Lo es solamente en cuanto los actos ejecutados constituyen el principio de ejecución, la causa efectiva y directa de un resultado inalcanzado, la perpetración parcial de un delito, que queda *imperfecto*.

Para sostener la punibilidad de la tentativa expresó Carrara que en ella había que tener en cuenta, no el *daño inmediato* no realizado, sino el

riesgo corrido, que hacía las veces de daño, y que producía en los ciudadanos la misma sensación de inseguridad y alarma, al pensar que sólo un accidente cuya repetición no es fácil prever en otra contingencia, salvó a la víctima del mal que le amenazaba. Este *riesgo corrido*, aclara, no es uno meramente futuro o contingente, sino un riesgo que, “en un momento dado existe verdaderamente como hecho”, no “un peligro de mera previsión”³.

Según la Escuela Positiva, que atiende en forma primordial a lo subjetivo, la tentativa demuestra simplemente, como el delito consumado, la peligrosidad del agente, supuesto que si no llevó a término su propósito criminal, no se debió a su actividad sino a la intervención de fuerzas extrañas a su querer. Por ello propuso sancionar la tentativa y el delito frustrado según la mayor o menor peligrosidad demostrada en los actos realizados, y rechazó la clasificación entre actos preparatorios, ejecutivos y consumativos⁴.

La ley colombiana admite, como se ve del precepto transcrito, la distinción entre actos preparatorios, ejecutivos y consumativos y señaló una pena menor para la tentativa que para el delito frustrado y para el delito consumado.

Estudio de los elementos de la tentativa. a) *El elemento subjetivo.* Prescindiendo del estudio del elemento subjetivo, que es el mismo del delito, como es obvio, se analizarán los otros, o sea, qué se entiende por actos ejecutivos y consumativos. Sin embargo, la intención de cometer un delito determinado sirve para esclarecer cuándo existe la tentativa, como se verá en seguida.

b) *Principio de ejecución del delito.* Los *actos ejecutivos* son los que en forma inequívoca y por su naturaleza conducen a un determinado evento criminoso, mientras que los *preparatorios* son los que son equívocos, esto es, que ya pueden conducir a un delito como a un acto inocente⁵.

A esta distinción, que no ha sido superada, añadió otro elemento el mismo Carrara, a saber: que “son actos preparatorios los que no salen de la esfera de la actividad del sujeto activo del delito mientras que los ejecutivos son los que ya entran en la esfera del sujeto pasivo, vale decir, los que “se desenvuelven sobre el hombre o la cosa sobre los cuales se debía consumir el crimen”⁶.

Soler anota que es imposible fijar una pauta segura y general que permita distinguir el comienzo típico de ejecución, y que el problema de la

tentativa tiene que ser resuelto en concreto, es decir, con referencia a la figura de delito que se tiene en consideración: la acción ejecutiva se distinguirá de la preparatoria según la figura delictiva a que se refiera⁷.

Vidal y Magnol expresan que los *actos ejecutivos* son los que ya se pueden considerar como constitutivos de un delito, parcial, eso sí, imperfecto, o, lo que es lo mismo, los que tienen el poder de producir “el resultado criminal deseado, como causa efectiva y directa de ese resultado”; y que los *preparatorios* son los que indican “la intención precisa de cometer un delito determinado (escalamiento, entrada a domicilio ajeno, etc.), o no implican necesariamente la intención criminal (compra de un fusil, de un revólver, etc.) y, además, no son la causa directa del resultado del delito”. Pero añaden o concretan su pensamiento diciendo:

Para constituir principio de ejecución es necesario, pero suficiente, que el acto incriminado tienda *directa o inmediatamente* a la perpetración del delito y que se pueda considerar al agente en acción del crimen intentado. Hay que hacer, pues, una investigación psicológica; desde que se pueda considerar que el agente ha decidido correr los riesgos de su empresa, desde que ha entendido, en cierto modo, levantar los puentes detrás de sí, se dirá que está ejecutando el crimen”⁸.

La idoneidad de los medios o la posibilidad del delito. Discuten los comentaristas si es necesario en la tentativa que los medios de ejecución sean *idóneos* para alcanzar el fin delictuoso propuesto, o que el delito sea *posible*.

De acuerdo con la *doctrina objetiva*, que tiene en mira la objetividad de la infracción, no hay tentativa cuando el delito que se propone cometer el agente no es posible, pues faltarían sus elementos materiales: se estaría ejecutando algo que no tendría realidad y que, por tanto, no ofrece daño real ni potencial.

Pero ante la impunidad que ello significa, se hizo la distinción entre *imposibilidad absoluta e imposibilidad relativa*: la imposibilidad absoluta ocurre cuando el objeto del delito no existe, o no tiene la calidad esencial para que la infracción se configure, o cuando los medios empleados son radicalmente ineficaces para producir el resultado delictuoso; la imposibilidad relativa ocurre cuando el objeto o el sujeto pasivo existen y tienen las condiciones esenciales para que la infracción se configure, pero los medios empleados, de suyo eficaces, han sido indebidamente utilizados o ha impedido la consumación una circunstancia fortuita.

³ Francisco Carrara, Tentativa y complicidad, números 6, 7 y 8.

⁴ Ferri, Principios, número 89, V y VI.

⁵ Carrara, Programa, tomo I, números 356 y siguientes.

⁶ Carrara, Programa, tomo I, números 398, 364.

⁷ Sebastián Soler, Derecho Penal Argentino, tomo II, página 222.

⁸ Cours de droit criminel, página 136.

Según esta teoría, hay tentativa en los casos de imposibilidad relativa, pero no en los de imposibilidad absoluta ⁹.

De acuerdo con la *doctrina subjetiva*, el hecho no tiene importancia sino como expresión de la voluntad del agente, cuando ese hecho es bastante característico para revelar el propósito preciso e irrevocable de cometer un delito determinado. El único criterio aceptable de penalidad es entonces el del *peligro que puede* producir el delincuente y que debe sustituirse al del *mal causado* y al de la fuerza de los impulsos. El delito revela al delincuente y el examen de éste revelará la categoría a que corresponde. “En la tentativa se ha manifestado la voluntad criminal, ya se hayan usado medios suficientes o insuficientes, y esto debe bastar para que, por regla general, se declare la punibilidad” ¹⁰.

Este segundo criterio es el que sigue nuestra ley, dado que en ella la peligrosidad social es la “medida de la responsabilidad”, como dijo la Comisión Redactora del código. Todo propósito criminal revelado exteriormente señala la peligrosidad de su ejecutor, que será más o menos considerable según la gravedad y modalidades de los hechos realizados y la personalidad del agente.

Además, la citada Comisión expresó que tomaba los artículos de la ley 109 de 1922, que requerían que se emplearan “medios apropiados” en el delito imperfecto “con las variaciones de que *si se adopta el criterio de la peligrosidad*, debe configurarse la tentativa *prescindiendo de los medios idóneos* y ordenarse que el juez pueda disminuir la pena cuando el agente del delito ha empleado *tales medios inadecuados*” ¹¹. No es necesario, pues, que el agente emplee medios idóneos ni tampoco es indispensable, consecuentemente, que el delito objetivamente sea posible.

Se trata, simplemente, en esas ocurrencias, de la *tentativa de delito imposible*, lo que no ofrece dificultad alguna: si la ley sanciona el delito imposible, pero autoriza al juez para disminuir “discrecionalmente” la sanción y aún para prescindir de ella, teniendo presente la pauta general del artículo 36, *a fortiori* en la tentativa de delito imposible podrá disminuirse discrecionalmente la sanción o prescindirse de ella. Pero como se trata de tentativa, de haber dado principio a la ejecución del delito, aunque imposible, no podrá explicarse una sanción “mayor de las dos terceras partes del máximo de la pena señalada para el delito consumado”, como dice el artículo 16 hablando de la tentativa.

⁹ Carrara, Programa, tomo I, números 361 a 365, y 405 a 414.

¹⁰ Garófalo. Criminalología, págs. 369 y siguientes.

¹¹ Trabajos preparatorios del nuevo código penal, tomo I, acta número 47, página 117.

La ley da así una solución práctica a este problema, que presenta en la teoría objetiva dificultades casi insolubles.

c) *No haber llegado a la consumación por circunstancias independientes de la voluntad del agente*. La consumación consiste en ejecutar el acto o actos que producen el resultado que la ley prohíbe producir; luego es necesario no haberlos realizado, vale decir, que al agente todavía le quede algo por hacer, para que pueda hablarse de tentativa, según los términos del código al definirla.

Pero es necesario que las circunstancias que impiden la consumación no dependan de la voluntad del agente. Si son voluntarias, habría que considerar entonces el *desistimiento*, que borra la responsabilidad en cuanto al delito que se quiso cometer y se comenzó a ejecutar, pero que no se consumó. Dichas circunstancias, como es obvio, dependen de caso fortuito o del hecho de terceros. Entre el desistimiento y la tentativa existe, por tanto, la diferencia de que en el primero el ejecutor por voluntad propia cesa en la ejecución de su designio, y en la tentativa persiste en su propósito, pero impiden su consumación un caso fortuito o la acción de terceros.

Casos en que cabe la tentativa. Puede sentarse la regla general de que puede presentarse la tentativa en todos los delitos en que hay un proceso de realización, *un iter criminis* y que no puede presentarse cuando no existe ese proceso o itinerario: “Cuando hay un *iter criminis*, aunque imprevisible y rápido —dice Ferri— cabe la posibilidad de separación entre actos ejecutivos y actos consumativos” ¹².

Así, no puede hablarse de tentativa en *los delitos que se consuman con un solo acto (quae unico acto perficiuntur)*, como la calumnia o la injuria, porque dicha la palabra queda consumada la infracción, sin que haya habido actos de ejecución incompletos.

En los delitos de ímpetu puede admitirse también que exista tentativa, dado que puede el agente recorrer un camino ejecutivo, lo mismo que en *los delitos de omisión* cuando son dolosos: “Si el ferroviario no pone las señales o no verifica el cambio de agujas con la intención de producir desastre, éste puede ser impedido por la mano de otro o por distinta causa; y si la nodriza se propone hacer morir de hambre al niño, éste puede ser salvado por un tercero que se apercibe de aquel propósito criminal” ¹³.

En cambio, no es admisible la tentativa en *los delitos culposos* porque en ellos no existe la intención de causar el daño que resulta, y, por tanto, no puede haber conato para ocasionarlo ¹⁴. Si existiera esa intención exis-

¹² Ferri, Principios, número 89, VI.

¹³ Ferri, Principios, número 89, VI.

¹⁴ Lleras Pizarro, Derecho de policía, página 78, Ferri, ibidem.

tiría delito, que no culpa. Cuando se evita un daño que iba a producir la imprudencia, la negligencia o la inobservancia de reglamentos de un sujeto, podrá existir y existirá en la mayoría de los casos una contravención, pero no una tentativa, por parte del negligente, del imprudente o del desobediente.

En las contravenciones tampoco puede haber tentativa, porque en ellas "sólo cuentan los hechos materiales consumados". La responsabilidad descansa en las contravenciones en la violación material de los reglamentos, y haciéndose caso omiso del elemento psíquico, falta la base para deducir la tentativa, que requiere la intención. Las contravenciones sólo se reprimen, pues, cuando reúnen todos los elementos de la consumación¹⁵.

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

Más enérgicamente quizás se pronuncia la Escuela Positiva contra la distinción entre delito frustrado y delito consumado: el delito frustrado —dice Garófalo— lleva consigo un peligro social idéntico al del delito consumado, porque no cabe duda alguna acerca de la perseverancia en el propósito criminal, pues se han realizado todos los actos de ejecución y sólo por una circunstancia fortuita no se ha efectuado el delito¹⁶. Anota, además, Ferri, cómo es casi imposible saber en la práctica si el sujeto ha hecho todo lo necesario, sin tener en cuenta que, "con arreglo a las circunstancias personales y reales del hecho el autor de un delito consumado puede ser menos peligroso que el autor de la misma figura de delito, pero en grado de frustración o tentativa"¹⁷.

Los elementos del delito frustrado, según la definición del código son los siguientes:

- a) El elemento psíquico, la intención de cometer un delito;
- b) La realización de todos los actos necesarios para la consumación del delito;
- c) Que el delito no se realice por circunstancias independientes de la voluntad del agente.

Análisis de los elementos del delito frustrado. a) *El elemento psíquico*, la intención, no ofrece dificultad; debe existir el propósito de ejecutar un hecho delictuoso, pues sin él no se puede hablar de delito imperfecto en ninguna de sus manifestaciones. Es más y, como lo anotamos a propósito de

¹⁵ Lleras Pizarro, *ibidem*. Ferri. *ibidem*.

¹⁶ Garófalo, *Criminalología*, Edit. Jorro, 1912, página 376.

¹⁷ Ferri, *Principios*, número 89, V, página 509.

la tentativa, la intención esclarece si hubo frustración y de qué hecho delictuoso.

b) *La ejecución de todos los actos necesarios* para la consumación del delito, pero sin que se realice verdaderamente, es la característica del delito frustrado. Y, a propósito, se presenta el problema de la idoneidad de los medios o de la inexistencia del objeto material del delito.

Parece que el código volvió aquí a la teoría objetiva, no sólo por haber consagrado la figura del delito imposible, sino por exigir que los actos de consumación sean *necesarios*.

Puede decirse que los medios han de ser *idóneos*, porque *necesario* es lo que forzosa e inevitablemente ha de suceder, con la añadidura de que la ley exige que se hayan ejecutado *todos* los actos conducentes a la consumación, adecuados a la misma. "Los actos necesarios, —dice Carrara— están determinados por las leyes naturales según las relaciones, pero no *crearlas* o *destruirlas*"¹⁸.

Florián, al comentar la disposición del código italiano, igual a la nuestra, en este particular de que debe realizarse todo lo necesario para la consumación del delito, pero que no se verifique por causas independientes a la voluntad del agente, dice:

"Según el concepto del legislador, deben realizarse todos los actos que *objetivamente* eran necesarios para que el delito se consumara y no solamente los que el agente estimaba necesarios o que, por su parte debía haber realizado para la consumación... Evidentemente, pues, la teoría de la idoneidad, relativa o absoluta de los medios adoptados, es aquí inaplicable; la idoneidad debe ser absoluta en el delito frustrado, ya que si los medios no hubiesen sido completamente idóneos no se habría realizado todo lo que es necesario para la consumación"¹⁹.

Pero en cuanto a los absoluto de esa idoneidad de los medios empleados, lo que se dice sobre las circunstancias que hacen frustráneo el delito, esto es, que no se realice por circunstancias ajenas a la voluntad del agente, esclarece la cuestión.

c) *Que el delito no se realice por circunstancias independientes de la voluntad del agente.* Lo que no depende de la voluntad de una persona es lo que ignora o lo que es fruto de la actividad de otros o de los fenómenos de la naturaleza, no de su propia actividad.

Romagnosi, que concibió la idea del delito frustrado, dice:

"En el delito frustrado, el hombre, no sólo físicamente, como un autó-mata o ser irracional, emplea *todos* los medios que la experiencia constan-

¹⁸ Carrara, *Programa*, tomo I, número 406.

¹⁹ Florián, obra citada, tomo I, página 629.

te ha demostrado que son adecuados para obtener el efecto dañino, sino que, además, el hombre tiene la certeza y previsión físicas de que el efecto ha de verificarse: lo quiere y realiza todos aquellos actos que de acuerdo con las leyes constantes y conocidas de la naturaleza pueden conducir a la consumación del delito. Por tanto, aunque por cualquier impedimento imprevisto e inevitable sobrevenido él no obtenga el efecto pernicioso, es reo, sin embargo, de haber perfeccionado el acto en cuanto de él dependía". "Lo fortuito —añade Florián— no puede eximirle o atenuarle su culpabilidad, cuando ha llevado sus actos hasta donde ellos suelen siempre obtener sus efectos perniciosos". El delito frustrado, concluye Romagnosi, *se ha consumado subjetivamente*, esto es, en relación al agente, pero *no se ha consumado objetivamente* ²⁰.

De esta suerte, la idoneidad como absoluta ha de predicarse en concreto y no en términos ontológicos y abstractos; esto es, en cuanto dependen de la voluntad del infractor. Porque si esa idoneidad debiera ser tan completa que excluyera todo peligro de fracaso, no existiría jamás el delito frustrado.

Así, si un sujeto da a otro una dosis de veneno, suficiente para matar a un hombre, en circunstancias comunes, habrá delito frustrado, si la víctima tiene resistencia excepcional al veneno (mitridatismo); si alguien dispara contra otro en circunstancias en que de ordinario la muerte sobreviene, pero la víctima tiene una cota de malla, o se salva por la oportuna y excepcional intervención de la pericia médica, habrá homicidio frustrado y no imposible. *La intención, la previsibilidad de los efectos y el empleo de los medios eficaces*, son los factores que habrá de tener en cuenta para resolver los problemas caso por caso.

El desistimiento. Antes de llegar a la consumación del delito puede la actividad criminosa interrumpirse, no ya por circunstancias ajenas a la voluntad del agente, sino precisamente por las que dependen de su voluntad, en lo que se tiene el desistimiento. Se contempla el fenómeno en el art. 15, cuando dice:

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

¿Hasta qué momento tiene eficacia el desistimiento? Hasta la consumación, como lo dice el texto. Y no puede ser de otra manera, porque realizados todos los actos necesarios para que el delito se verifique, ya no puede renunciarse. Por lo mismo, tampoco cabe desistimiento en el delito frustrado ni en el delito imposible. Tal la razón para que hayamos dejado

este punto para tratarlo aquí, aunque su lugar propio es el de la tentativa.

Cabalmente el desistimiento hace que no exista la tentativa, porque el delito no se consuma por causas dependientes de la voluntad del agente: es una *tentativa abandonada*, como dice Carrara ²¹.

Se discute sobre si el desistimiento deba ser *espontáneo* y no solamente *voluntario*, esto es, como dice Ferri, no impuesto ni aconsejado por obstáculos exteriores, como los gritos o la reacción enérgica de la víctima, la presencia de las fuerzas públicas, la insuficiencia de los medios empleados, las circunstancias desfavorables, etcétera ²².

No basta la palabra "voluntariamente" que emplea el código para concluir que la causa del desistimiento "voluntario" no encierre el examen de los móviles o motivos que lo determinen, según interpretación de Carrara. Son *voluntarios* —dice— aquellas causas "*que tuvieron su génesis en un cambio completamente espontáneo de voluntad en el agente*". Se necesita, pues, para la voluntariedad que se realice "un cambio de pensamiento", en el agente, que habiendo podido continuar en la realización de su designio no haya "*querido continuar*". Si el delincuente desiste por considerar que *no podía seguir actuando con seguridad*, habrá *tentativa impedida* y el desistimiento no es voluntario; si el agente desiste a pesar de creer que podía seguir actuando sin peligro actual, habrá *tentativa abandonada* y, en consecuencia, desistimiento voluntario ²³.

Ni es razón valedera para prescindir de la espontaneidad del desistimiento el alegar que ésta no podría demostrarse: "como si las circunstancias del hecho, las relaciones con la víctima y la personalidad del sujeto activo con sus precedentes y a menudo con sus propalaciones anticipadas del delito, no ofrecieran a diario la manera de establecer con toda certidumbre los motivos determinantes", dice Ferri ²⁴.

Nos parece que la opinión contraria no solo no consulta el espíritu general de la legislación, sino que es contraria a la defensa social y se presta a la burla de la justicia. Basta pensar en el caso del ladrón sorprendido cuando ejecutaba el robo, sin consumarlo todavía, que huye al sentir el ruido de los habitantes de la casa: decir que hubo un desistimiento voluntario y no sancionarlo, porque de todos modos no perpetró el delito, es al menos pueril en nuestro concepto.

Otra cosa es que los motivos *íntimos* del cambio de pensamiento no sea fácil conocerlos; si el temor al castigo, la piedad por la víctima, el arre-

²⁰ Carrara, Programa, tomo I, número 385.

²² Ferri, Principios, número 88.

²³ Carrara, Programa, tomo I, número 385. Véase Florián, ob. citada, tomo I pág. 624.

²⁴ Ferri, Principios, número 88.

²⁰ Florián, obra citada, tomo I, página 559, número 36. VI.

pentimiento, etc. Lo esencial es que el apartamiento de la tentativa nazca de la voluntad del agente y no de causas exteriores. O sea, repitiendo lo del maestro de Pisa, que pudiendo seguir en la ejecución del delito, no haya querido. Pero si se demuestra que el desistimiento fue determinado por motivos antisociales, no resultará admisible.

Respecto de la sanción no hay dificultad, al menos en teoría: cuando hay desistimiento se sancionan los actos ejecutados si ellos mismos son ilícitos o están prohibidos como delito o contravención.

“Un acto de ejecución que se ha suspendido voluntariamente y que, según el propósito del agente, era tentativa para cumplir un delito, dice Garraud, puede constituir la consumación de otro delito, de suerte que el agente, que no debe ser sancionado por el delito que ha intentado, puede serlo por el que ha consumado. Así, el sujeto que, queriendo matar, se detiene después de haber causado una primera herida, cuando podía ultimar a su víctima, no es culpable de tentativa de homicidio, pero lo es ciertamente de lesiones”²⁶.

Esto se aplica en todos los casos en que hay concurso de delitos separables en su ejecución, como sucede en los conexos, en que se comete un delito con el fin de obtener un resultado que también constituye delito: falsificar para estafar, herir para robar, etc. Si realizado el delito medio se desiste de consumir el delito fin, sólo se recibirá sanción por el primero.

Para terminar estas nociones es bueno completarlas con las de delito consumado y delito agotado, que son las dos de *delito perfecto*, y que sirven para esclarecer mejor aquéllas.

Delito consumado. Ahora sí llegamos al final del *iter criminis* con la consumación del delito. El delito se consume cuando se produce la violación de la norma penal, o sea, cuando se ha hecho lo que la ley prohíbe o cuando no se ha hecho lo que la ley ordena. En otros términos, cuando “todos los elementos que componen su esencia se encuentran reunidos en el hecho criminoso de que se trata”, como dice el código de Toscana, citado por Ferri²⁷.

Pero no hay que confundir el resultado del hecho con el hecho mismo: el resultado puede retardarse pero el delito está cometido cuando se ha puesto la causa necesaria de ese resultado. Por ejemplo, cuando alguien, con el fin de matar a otro, lo hiere letalmente, ya consumó el homicidio, aunque la muerte se retarde un tiempo más o menos largo.

Tampoco hay que confundir la *finalidad, propósito último o provecho del delito* con el delito mismo: esa finalidad es el fruto ilícito de la infrac-

ción, pero en la mayoría de las veces no es necesario obtenerlo para que el ilícito se haya realizado.

Los problemas que pueden presentarse los resuelve el ejemplo de la vida ordinaria: se dice que una persona quebranta una prohibición cuando ejecuta lo que se le ha vedado ejecutar (acción); y se dice que quebranta una orden cuando no ejecuta lo que se le manda realizar (omisión). Que el sujeto obtenga el provecho ilícito que desea con su acción o con su omisión, o que los efectos de ellas no sean inmediatos y que en ocasiones no se verifiquen, no impide que se afirme con verdad que ha violado la norma obligatoria que debía obedecer haciendo o no haciendo.

El delito agotado (esaurito). Lo anterior lleva a estudiar la figura del agotamiento del delito, esto es, cuando el hecho ha producido “todos los efectos dañosos que eran consecuencia de la violación y a los cuales miraba el agente, de modo que éste no pueda ya impedir semejantes efectos”²⁷.

Esto sucede porque a veces la consumación realiza el efecto querido por el agente, pero a veces no lo realiza. Cuando la consumación no conlleva necesariamente la efectividad del fin concreto que el agente se propone, pero otros hechos subsiguientes lo aseguran o hacen efectivo, se dice que está agotado el delito.

El delito es perfecto o consumado, como ya se dijo, cuando se realiza el quebrantamiento de la norma penal. Pero cuando esa violación “puede llevar el delito a consecuencias superiores que agraven el daño público y privado”²⁸ y ellas se obtienen, surge la figura del delito agotado: el que mata para robar, el que se apodera de algo ajeno para usarlo o destruirlo, el que levanta los rieles para desviar el tren, el que incendia una casa para destruirla, el que se bate en duelo para matar a su adversario, el que instiga a otro para que cometa un delito, el que declara en falso para que condenen a otro, el que falsifica moneda para darla a la circulación, el juez que dicta sentencia para perjudicar a un ciudadano. En todas estas ocurrencias el delito se halla consumado jurídicamente aunque los efectos proyectados no se hayan obtenido, que cuando esto sucede se halla *agotado*.

Esta distinción es importante, no sólo para saber cuándo existe el delito, sino porque hay infracciones que necesitan de la obtención de un resultado (delitos materiales), mientras que en otros no hay necesidad de que

²⁷ Carrara, Programa, tomo I, número 49 bis.

²⁸ Ferri, Principios, número 89.

²⁶ Précis de droit criminel, página 158.

²⁷ Ferri, Principios, número 89.

el resultado material que el agente se propuso conseguir se realice²⁹. Además el agotamiento indicará la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, que es una de las pautas para señalar las sanciones (art. 36 del código penal).

AGUSTIN GOMEZ PRADA

Magistrado de la Corte Suprema de Justicia. Catedrático de Procedimiento Penal en nuestra Facultad.

EL PRIVILEGIO Y LA CONSTITUCION COLOMBIANA

Por JESUS MEDARDO RIVAS SACCONI

Entre las reformas que en 1910 se le hicieron a la Constitución Nacional, se introdujo una que en la actual codificación es el inciso 3º del artículo 31; conforme a ella: "Sólo podrán concederse privilegios que se refieran a inventos útiles y a vías de comunicación".

Según parece, esta disposición tuvo por objeto impedir abusos como los que se habían presentado, en algunos casos, en los años inmediatamente anteriores, durante los cuales el Gobierno había favorecido a sus adictos concediéndoles la prerrogativa de explotar con exclusión de toda otra persona una industria lucrativa.

No es del caso analizar aquí si en verdad ocurrieron durante ese tiempo, especialmente durante el denominado quinquenio, en el cual gobernó al país el General Rafael Reyes, abusos tan graves en el particular que justificaran una reforma constitucional como la que hemos mencionado. Se trata de un período de la historia patria sumamente controvertido y que ha recibido con frecuencia ataques vehementes, aunque últimamente se han reconocido a ese mandatario y a su administración méritos indiscutibles, pero que todavía no se ha estudiado y analizado con criterio imparcial y sereno. En todo caso, el motivo que determinó la reforma de 1910 poco importa para lo que deseamos estudiar en el presente ensayo.

Lo que, por el contrario, interesa destacar es que se trata sin duda de una norma prohibitiva, pues aunque en ella se habla de los privilegios que pueden concederse, es manifiesto que lleva implícita una prohibición, tanto para el legislativo como para el ejecutivo, de concederlos cuando no se refieran a inventos útiles o a vías de comunicación. Como tal, pues, este precepto de la constitución debe interpretarse haciendo uso de un criterio restrictivo y los casos dudosos deben resolverse en favor de la ley o de la norma ejecutiva que otorgue un determinado privilegio; sin que esté por demás advertir, como lo hacen algunos autores que tratan el problema de la interpretación de las leyes o normas prohibitivas, que ese criterio res-

²⁹ Ferri, Principios, ibidem.