

Iter Criminis - Tentativa y Delito Frustrado *

Por Angel Martín Vásquez Abad

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

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

Distintas fases del iter criminis

La teoría del conato o de la tentativa está íntimamente unida al fenómeno que se conoce en la doctrina penal con el nombre de **iter criminis**, y que consiste en el camino que sigue el delito, desde que surge en la mente del hombre, hasta el momento en que se cumple con la realización del hecho que lo constituye.

Esta noción del **iter criminis** incluye variados elementos que la integran en su total desarrollo, bien sea en la fase interna o psíquica, o en la externa o física.

La fase interna o psíquica está formada por la idea del delito, que surge como reacción a cualquier estímulo o impulso del mundo exterior; continúa en la deliberación o reflexión, etapa ésta caracteri-

NOTA. — En su plena capacidad intelectual y en desempeño de su encargo de Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, sorprendió la muerte a este insigne jurisconsulto, ilustre profesor de la U.P.B. y entrañable amigo de esta Revista. Como tributo a su vida y a su obra reproducimos un aparte de su “Tratado de Derecho Penal Colombiano”, denso trabajo jurídico, exhaustivo de la materia, que este claustro se honró en publicar hace algunos años.

zada por la lucha entre la idea criminal y las fuerzas morales inhibitorias que la rechazan, lucha en la cual el triunfo de la primera de estas fuerzas tiene como manifestación propia, el ánimo, el propósito, la intención y aún hasta la voluntad de delinquir.

En la fase externa o física, el **iter criminis** se manifiesta por todos los hechos objetivos que tienden a la realización del delito, después de que la idea de cometerlo ya ha sido aceptada y adoptada por la conciencia. En esta segunda fase entran: la manifestación o exteriorización del propósito, para hacerlo práctico; los actos preparatorios tendientes al mismo fin; los actos ejecutivos realizados con igual intento; y, por último, los actos consumativos, en los cuales culmina todo el proceso subjetivo y objetivo que conduce al agente a delinquir.

Es que el delito no sólo es un producto de la actividad o de la acción que el delincuente ponga en juego para realizarlo; exige también para ser eficaz que conduzca al fin buscado por aquél. De aquí que todo lo que esté comprendido entre la idea criminal y el acto de consumación, constituya un importante punto de referencia para medir las distintas etapas del delito y el grado de perfección o imperfección, y, también, de imposibilidad para cometerlo que exista en ese hecho.

Es evidente que este proceso se cumple casi en todos los casos, con la excepción de aquellos hechos que no exigen preparación material para llevarlos a cabo y que se realizan con la única manifestación del pensamiento, como los delitos de injuria, instigación para delinquir y algunos otros de esta índole.

Consecuencias penales en las distintas fases del iter criminis

La primera fase, interna o psíquica, del delito no acarrea ninguna responsabilidad penal, pues aparte de ser grandemente difícil comprobar las intenciones mientras éstas no se exterioricen de alguna manera, resulta también que conforme al principio de la peligrosidad, es manifiesto que los simples propósitos internos ningún perjuicio producen, siempre y cuando que permanezcan en el seno mismo de la conciencia y no escapen de ahí.

Pero cuando no ocurre de esta suerte; cuando lo querido, meditado y resuelto en la conciencia irrumpe en lo externo, y se manifiesta en alguna forma, lo subjetivo del hecho es reemplazarlo por la presencia de lo objetivo, cuya aparición hace cambiar de fase al problema, para constituir entonces una manifestación que es punible cuando claramente determina el propósito de realizar un acto que ha de causar un daño a algo o a alguien.

Es entonces cuando la segunda fase, o sea la física, del **iter criminis**, puede ofrecerse como una resolución ya tomada para infringir la ley penal, realizando el hecho que por tender a la consumación de un delito no puede escapar en forma alguna a la represión que aquella ordena o autoriza, sobre todo si el agente transpone la etapa preparatoria y cumple la tercera etapa del conato, es a saber, cuando la intención de delinquir se convierte en la de tomar la dirección de

consumar efectivamente el delito, entrando ya en la fase ejecutiva del mismo. Por ello para configurar las fases restantes, se explica de manera perfecta la distinción de tales actos en **preparatorios** y de **ejecución**.

**Distinción entre los actos preparatorios y consumativos. -
Importancia de la misma para diferenciar la tentativa de la
frustración. - Elementos de aquélla.**

Sin entrar, por el momento, en especulaciones de escuela, porque ha de saberse que los principios filosóficos que las informan conducen a criterios antagónicos sobre el particular, una cosa sí es manifiesta al tratar de estos problemas: que la distinción entre los actos preparatorios y los propiamente consumativos, tiene una importancia práctica innegable.

Ello porque de los segundos, es decir de los consumativos, o ejecutivos, surge la figura de la tentativa, ya que cuando el **iter criminis** no llega al momento de ejecución completa del delito o, en otros términos, éste se detiene en los simples actos externos que dan principio a su ejecución, porque causas ajenas a la voluntad del agente lo impiden, se presenta el fenómeno de la tentativa, definida en el artículo 16 del Código Penal. La tentativa se distingue del mero propósito, porque añade al simple querer un cierto obrar; pero se distingue también del delito consumado, como el camino de la meta.

Dentro de un sistema en que predomina el objetivismo jurídico, no sólo se diferencian la tentativa y el delito frustrado, sino que surgen también dichas diferencias, para configurar aquel primer fenómeno, entre los actos meramente preparatorios y los ejecutivos. El Código Penal vigente exige para la existencia de la tentativa, que el agente dé principio a la ejecución. Por manera que los elementos que la integran son: propósito de cometer un delito determinado, es decir, dolo específico; principio de ejecución del mismo, esto es, que se avance más allá de los meros actos preparatorios; que comiencen a ejecutarse los actos que son propios y característicos del delito; y, por último, que haya una interrupción del conato para consumar el delito por una causa ajena a la voluntad del agente.

De suerte que, según lo dicho, la diferencia entre los actos preparatorios y la tentativa consiste en que en ésta se realizan hechos contrarios a la norma legal, si bien, falta alguna ocurrencia que contra la voluntad del agente perturbe el **iter criminis**, o sea el camino que conduce a la realización del acto criminoso.

En cambio, en los primeros, como ya se dijo, dentro de un concepto objetivo únicamente, no hay infracción, aunque es indudable que quienes realizan tales actos descubren por ello una personalidad peligrosa. Con todo, el desistimiento espontáneo de lo que se proyectaba, también puede quitar a aquellos hechos toda sospecha de peligrosidad, porque ningún daño social se ha producido, y además, ello indica que las fuerzas inhibitorias fueron más fuertes que los estímulos externos e internos que conducían al delito. Téngase en cuenta que esto se dice sin perjuicio de lo que estatuye el artículo 15.

En el delito frustrado se modifica el fenómeno que caracteriza la tentativa. El hecho es completo en la ejecución subjetiva, pero queda incompleto por el aspecto objetivo. Por ello el Código vigente dice en su artículo 17 que ocurre tal figura cuando habiéndose ejecutado todos los actos necesarios para la consumación del delito, éste no se realiza por **circunstancias independientes** de la voluntad del agente.

Parece que la diferenciación de ambas figuras fuera tan sutil que sólo dimanara ella de las locuciones empleadas en la ley: tentativa, cuando hay **principio de la ejecución** y el hecho no se realiza por **circunstancias ajenas** a la voluntad del agente: frustrado, cuando se **ejecutan todos los actos** y tampoco se consuma el propósito por **circunstancias independientes** de la voluntad del agente.

Por manera que la diferencia de grado entre las dos figuras puede concretarse al tenor de los textos, en que el delito frustrado exige para su existencia que el agente **realice todos los actos** que conduzcan al fin que se propuso conseguir; mientras que para que haya tentativa es preciso que se realice apenas aquello que indique un **principio de ejecución**.

Se dice lo anterior, porque si bien el delito frustrado y la tentativa son modalidades del delito imperfecto, y tienen características comunes, por lo cual en la práctica resulta en extremo sutil la distinción precisa entre ellas, son propios de estas figuras los siguientes elementos:

- a) — La intención de cometer un delito determinado; y
- b) — La no realización del hecho punible por **circunstancias ajenas** o independientes de la voluntad del agente.

En cambio, difieren en que mientras en la tentativa concurre el principio de ejecución del mismo delito, en el delito frustrado se requiere la realización de todo lo que es necesario para la consumación del hecho delictuoso.

Falta, pues, el agotamiento del mismo.

En consecuencia, en la tentativa no se realizan completamente todos los actos externos en desarrollo de la acción física delictiva, que el agente, sin la causa que le impide alcanzar el fin perseguido, podría ejecutar para conseguirlo.

En el delito frustrado, en cambio, el responsable ejecuta objetivamente todo lo indispensable para consumir el delito. Sin embargo, no basta poner en práctica todo lo que se crea suficiente, según las personales previsiones del agente, sino que es menester ejecutar todo lo que en armonía con las leyes naturales tiene aptitud física para conseguir la plenitud de los resultados que se propuso el actor.

En cuanto al elemento que podría considerarse como dolo específico de la tentativa, es, a saber, el propósito de consumir un determinado delito, pues los otros dos pueden apreciarse con mayor facilidad, no resulta improcedente, por lo apropiado para el caso y para mejor fijar el criterio de lo que es la intención criminal, servirse del texto explícito del artículo 589 del Código de 1890, que es, sin duda alguna, la mejor pauta legislativa para el conocimiento práctico de lo que constituye la intención criminal y la manera como los jueces pueden va-

lorarla en los casos en que ella es indispensable para dar determinada calificación jurídica a un hecho.

Dice así dicho texto: "El homicidio es involuntario cuando el homicida no tuvo intención de causar la muerte. Esto se conocerá por las circunstancias que precedieron, acompañaron y siguieron al hecho; por la clase y naturaleza de las armas o instrumentos empleados en él; por el sitio, naturaleza y extensión de las heridas o golpes que produjeron la muerte; y por los demás medios que puedan dar a conocer las intenciones que precedieron a la ejecución del hecho".

Como se ve, el texto transcrito señala los medios de que se puede servir el fallador en un momento dado para determinar si existe o no la intención criminal en el agente.

¿Existen las figuras de los delitos imperfectos en las infracciones consumadas dentro de estados de ciega pasión o de violentos ímpetus emocionales?

Ya se ha visto que para que exista el fenómeno jurídico de la tentativa es necesario que el agente obre con dolo específico, esto es, con el propósito de causar un mal determinado y concreto.

Por ello, Carrara estructuró una doctrina, que todavía no ha sido modificada, como que ella tiene por fundamento, aparte de la gran autoridad del maestro, datos psicológicos que la apoyan en toda la integridad de su contenido científico. En su admirable obra "Teoría de la tentativa y de la complicidad", enfoca el problema de esta manera: "En los casos de dolo de ímpetu o repentino no se puede hablar de la tentativa, es decir, sólo se puede calificar como tentativa el hecho cuando ha sido premeditado". Otro tanto puede decirse respecto del delito frustrado, cuando esta figura jurídica, como sucede en el derecho penal colombiano, a diferencia de otros códigos extranjeros, está contemplada, como independientemente de aquella, en la ley.

Fundamentos de la doctrina

Los fundamentos de esta doctrina pueden resumirse así: cuando el agresor obra en virtud de un ímpetu o de una excitación repentina puede decirse que su estado de ánimo le impide un conocimiento exacto y completo de las consecuencias del hecho que ejecuta, del cual cuando más puede conocer únicamente los resultados en forma genérica, pero sin discriminar las diferentes especies de actos que se encuentran en ese género. Pero aún aceptando que ello pudiese ocurrir, la falta de elementos para comprobar el dolo específico que se precisa jurídicamente en la existencia de la tentativa, haría necesario que se atendiese a los solos resultados del acto para poder castigarlo. De esta suerte sólo los efectos producidos serían susceptibles de determinar la punición de hechos de esa índole y es manifiesto que si esos efectos apenas traducen un delito de lesiones, es éste el que debe merecer la sanción, ya que las mismas circunstancias del delito implican la imposibilidad de indagar el propósito del agente, dado que el ímpetu con que procede, la causa que lo determina y, en una palabra, el estado

pasional exaltado del agente, impedirá un conocimiento siquiera aproximado de hechos que escapan a toda apreciación por caer dentro de las fronteras de la simple intención, y ésta no producirse en actos externos que denoten un propósito criminal más depravado y de resultados más perversos.

Pero óigase para más autenticidad de las citas el desarrollo de la doctrina por el propio maestro Carrara:

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

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

“El hombre irritado o amedrantado, que se apodera de una arma y en medio de su ira o del pavor asesta golpes por efecto del sentimiento que le agita; hiere por herir, no piensa en la muerte de su enemigo, o si esta idea cruza por su mente, no es como un efecto que absolutamente se proponga conseguir. En tales condiciones el **hecho** debe ser el único criterio para definir el título del delito, porque es el único dato donde la justicia encuentra **certeza**”.

Por lo demás, la tesis jurídica encuentra amplio respaldo en la doctrina del maestro Carrara. Es indudable que dentro del proceso, que marca el fenómeno jurídico del **iter criminis**, proceso que está íntimamente relacionado con los fenómenos de la tentativa o de la frustración, sólo cuando a la fase interna o psíquica, formada por la idea del delito, que surge como reacción a cualquier impulso o estímulo del mundo exterior, sigue la fase externa o física, caracterizada por la exteriorización del propósito para hacerlo práctico, se marca entonces la diferencia entre los actos preparatorios o de ejecución, y los consumativos, cuya interrupción dentro de una u otra figura jurídica, señala y determina la realización de cada uno de esos fenómenos.

Es evidente que la intención del agente marca en estos hechos un punto de referencia indiscutible. Dicha intención es necesario acondicionarla a este pensamiento: si el propósito del agente fue lograr por medio de sus actos un fin más criminal que el acto mismo realizado. Si así fuera, la teoría del conato tendría qué edificarse sobre la prescin-

dencia del hecho efectivamente logrado, para establecer en realidad cuál fue el que debió suceder, según los cálculos del agente.

Vistas de esta suerte las cosas, no hay medio ninguno para establecer la intención, sino el del conocimiento de los hechos externos. Son ellos los que, en virtud de que las presunciones jurídicas se derivan del curso ordinario de las cosas, y que como advierte el maestro Carrara "es más frecuente que el hombre ejecute lo que se propuso ejecutar, que lo contrario de aquello a que aspiraba" guían el conocimiento hacia aquel hecho subjetivo, cuya comprobación es apenas indiciaria o debida a la propia manifestación del que lo ejecuta.

Según estas ideas, leemos en el expositor citado lo siguiente: "Dado el hecho, la situación es de ordinario una figura concomitante y subsiguiente en la determinación del título. En la tentativa, por el contrario, el hecho no existe; en su lugar se detaca el **peligro**. Pero el hecho se mide por un **efecto** real dimanado de los hechos externos; el **peligro** deriva de la mera previsión de un efecto asequible y no mediante aquéllos. Parece, por tanto, que la previsión de un hecho no es compañera inflexible de la probabilidad del hecho mismo. En la infinita variedad de relaciones entre el mundo físico y el moral, es harto frecuente que un hombre, para conseguir un fin determinado, ejecute actos desprovistos de la virtualidad suficiente, si bien el actor acaricia la ilusión contraria; así como es también muy común la ejecución de actos que puedan conducir a determinado fin, y sin penetrarse no obstante el agente de esa virtualidad, dirija su actividad a dicho fin, sin presumirlo.

"Una cosa es que un **acto externo** lleve en sí la virtualidad necesaria para producir un efecto dado, y otra muy distinta, que el **autor** de ese acto **proveyese** o **quisiese** realizar tal efecto. Del hecho se puede deducir una presunción de voluntad; de la posibilidad del hecho sólo puede derivarse una voluntad probable.

"Dedúcese de lo expuesto "que el elemento **moral** del **conato** requiere una prueba específica, sin que valga decir: este acto podía causar tal efecto, luego su ejecutor tenía intención de producirlo".

Es verdad que Ferri sustenta esta tesis:

"La tentativa es posible, en principio, en todos los delitos dolosos que no consisten en una sola palabra instantánea: cuando hay un **iter criminis**, aunque imprevisto y rápido, cabe la posibilidad de separación entre actos ejecutivos y actos consumativos. Por lo que es cierto que en los delitos de ímpetu es posible la tentativa, como en el caso del que lanza al sujeto pasivo desde una ventana de gran altura con el propósito evidente de matarlo, pero se salva por caer sobre los hilos telegráficos, o sobre un árbol, o sobre un montón de heno, etc."

Según Carrara no fue precisamente Ferri quien ideara el ejemplo anterior. En efecto, dice el maestro:

"Así Roberti ideó el caso de un hombre airado que arroja a su adversario desde la altura de una torre, en la cual se da la circunstancia de que el único efecto posible del acto, aparte un milagro, es la muerte".

Lo que sucede en el ejemplo propuesto, para demostrar que es posible el conato en los delitos de ímpetu, y que, como se ha visto,

no es absolutamente original del profesor Ferri, es que en un caso de esa índole la intención del agente corresponde precisamente al objeto que se persigue: la muerte de la persona arrojada desde una gran altura, muerte que indudablemente se produciría, si una causa ajena a la voluntad del sujeto activo, v. gr., un árbol, hilos telegráficos, un montón de heno, no entran como un factor distinto a la propia intención del agresor, que diera al hecho carácter de imperfecto en su ejecución objetiva, si bien en la subjetiva tiene fisonomía de perfecto.

En cambio, en un delito de ímpetu en su más pura acepción, no es posible distinguir los actos preparatorios y ejecutivos de los consumativos, base de la tentativa, porque no siempre que se hiera, la muerte resulta como consecuencia de ello. Entonces no son causas ajenas a la propia voluntad homicida las que evitaron el propósito buscado, sino hechos propios de la misma naturaleza del acto, y por tanto justo es que se atienda únicamente a los resultados conseguidos, y no a los posibles riesgos. Si se atiende a éstos, el ejemplo de Ferri es típico para distinguir esos fenómenos que requiere la tentativa. Si a los resultados, el caso de un ímpetu incontrolado es también típico para sostener una tesis que encuentra franco respaldo en la consideración demostrada por la experiencia de que un golpe sobre el pavimento, a una gran altura, produce siempre la muerte, lo que no ocurre en una lesión, en que aquélla es la excepción, pues ni todas las heridas son mortales, ni aún siéndolo, puede afirmarse que en todos los casos produzcan la muerte.

Por ello, la doctrina de Carrara es la que mejor se acomoda a la índole de este grave y delicado fenómeno. Como dice el gran maestro:

“El hecho debe ser el único criterio para definir el título del delito, por que es el único acto en donde la justicia encuentra certeza.

“Cualquiera que haya observado las operaciones de un hombre a quien la cólera agita o embarga el temor, y le ha visto destruir objetos preciosos, para él muy caros, maltratar a personas amadas, ofender a las veces a sí mismo, ha de convenir forzosamente en que no es compatible con tal estado de ánimo el concepto de un cálculo director de los movimientos del cuerpo hacia determinado y concreto fin.

“Pero suponiendo que alguna rarísima vez el dominado por ciega cólera, pueda darse cuenta a sí mismo de la idea concreta de causar la muerte al adversario y propender a ello, todavía sostengo, que si semejante lucidez en la previsión y tan explícito querer, podrán en estos casos muy contados, madurarse bajo el imperio de la pasión ciega, el Juez, sin embargo, no tendrá un criterio suficiente para llegar a la certeza. Como los actos exteriores del hombre enfurecido, de **ordinario** son **irracionales** o aparecen extraños al **cálculo**, no cabe sostener con seguridad, que en un caso dado, en la herida, por ejemplo, debe verse un **medio** y no un **fin**. Y por lo mismo es preferible aceptar una regla, que nos lleve a castigar con menor pena un caso excepcional entre ciento, que renegar de aquélla, exponiendo a la justicia a sancionar para los noventa y nueve casos restantes mayor pena de la merecida. De los actos se puede deducir la voluntad del hombre que **razona**, pero en quien no razona este criterio es falaz. Cuando el Juez lo adopta procede a sangre fría, y de sus propios cálculos deduce también los del hombre

que obra fuera de sí; semejante aplicación de la propia previsión es lógicamente viciosa, porque se funda en la equivalencia de dos estados diversos; esto es, la tranquila situación del Juez y el estado de impetuosa turbación en que el agente se hallaba, lo cual conduce al sofisma de aplicar a casos **diferentes** un raciocinio **igual**, que resultando falaz en la mayoría de los casos, convierte la sentencia en pura fantasía.

“En donde viene aceptado por la jurisprudencia el principio de la inadmisibilidad de la **tentativa** para los casos de ímpetu o pasión, nadie abriga dudas sobre la suficiencia de la represión. Por el contrario, si se admite que en los actos ejecutados bajo el imperio de violenta cólera es aplicable la noción de la **tentativa**, no ocurrirá lesión causada con arma de fuego, a la cual por una inducción del Juez no sea aplicable el título de **conato de homicidio**. La clase de los medios de dar muerte se sustituirá constantemente a la voluntad de producirla; se confundirán los dos elementos del conato, que son y deben mantenerse esencialmente distintos; se suplirá con el uno lo que al otro le falta, contradiciendo el predicado innegable de la propia existencia de cada uno de ellos; se tendrá en cuenta la índole del acto y vendrá la discordancia indispensable sobre si el que dispara un arma de fuego quiere la muerte o sólo la lesión, o puede querer un daño cualquiera (el que suceda), sin preferir, no obstante, éste o aquél. Tal es, en verdad, el estado del ánimo que dirige al agresor en los casos de riña: el de obtener satisfacción de una ofensa recibida o rechazar una agresión, satisfacción o repulsa que se alcanzan con cualquier daño causado al adversario, sin pensar por eso en su muerte, de la cual no tiene deseo, ni a ello le mueve un interés especial que no se satisfaga con el mal menor.

“La única objeción jurídica contra esta teoría es la siguiente: Cuando el hombre, ciego de cólera, mata, le imputáis un homicidio voluntario; luego admitís la voluntad de matar, aun en el caso de violenta pasión, y si la voluntad se admite cuando el efecto es producido, ¿por qué no admitirla cuando no se consiguió? Si el efecto se logra, la base para la imputación del homicidio es el hecho verificado de la muerte de un hombre. Sea que el agente, aún en medio de su ira, la previese explícitamente como consecuencia de sus actos, y, por tanto, la quisiera; sea que confusamente tendía a causar daño al adversario sin prever con claridad la muerte como consecuencia, es lo mismo en uno y otro caso. La muerte ha tenido lugar, procede de los medios puestos voluntariamente en juego para dañar al enemigo; si el mal excedió de sus previsiones, siempre resultará responsable de él. Esta regla severa tiene su base en la probable conexión que existe entre los medios usados y el fin que se logra; conexión por virtud de la cual es responsable el agente poco previsor, y cuya razón de ser se determina por la necesidad política de una defensa proporcionada a la ofensa.

“Pero en la tentativa no puede tomarse como base de la imputación el **suceso**; aquélla no se apoya sobre éste, sino que tiene su vida en la voluntad del agente. Pues bien; la **voluntariedad de los medios** no es bastante para determinar el título del homicidio cuando él no se pensaba; es indispensable la voluntad encaminada **directamente** al fin, y esta voluntad no se aprecia con seguro criterio en el hombre cuya mente atormentada por ciega pasión se inclina a obrar sin cálculo

y sin raciocinio. El **dolo** se presenta siempre aquí **indeterminado**. Bastará para que el hecho ocurrido se reputé doloso, mas no para suplir con aquél el efecto no realizado, porque aquella vaga intención de dañar que dominaba al hombre encolerizado no puede determinarse concretamente sino por el efecto”.

El Código vigente admite también esta doctrina

Es indudable que dentro de la legislación vigente, en la cual la acción psico-física y los motivos determinantes juegan papel preponderante para la fijación de la responsabilidad penal, al caso en estudio podría oponérsele la objeción de que la doctrina expuesta por Carrara, no guarda relación alguna con una legislación fundada en bases filosóficas diferentes.

No obstante esta objeción, puede afirmarse que aun dentro de la doctrina de la defensa social que informa el Código, y conforme a la definición que Ferri da del motivo determinante como “el acto psíquico que precede y determina tanto la **voluntad** como la **intención** y que se identifica casi siempre con el **fin**”, no resulta una errada interpretación de aquél, frente al problema psicológico que plantean los hechos y las circunstancias mismas en que ellos se cumplen como causas determinantes de la infracción, señalar que el vocablo **fin** que emplea el artículo 16 del Código Penal, no es extraño a la tesis que en esta doctrina se propugna.

En efecto: Si el motivo determinante, como lo dice el sabio maestro de la escuela positivista, es diverso de la voluntad y de la intención, a las que precede y determina, y, en cambio, se identifica con el **fin**, que es el efecto final propuesto prácticamente por el delincuente, es obvio que, dentro de la concepción del estatuto, no resulta extraña una teoría que parte, precisamente, de la intención del agente para señalar los efectos que con su acto quiso producir.

Estos efectos, como actos externos, son los únicos que revelan aquella intención; pero también, para no dar fisonomía de imperfecto a este delito, se toman en cuenta los solos hechos cumplidos, y no los que con su acción hubieran podido cumplirse. Se parte, pues, del daño realizado, no del peligro que pudo surgir de la acción delictuosa.

Distinción entre la tentativa y el delito frustrado

La figura de los delitos imperfectos presenta problemas cuya solución no es sencilla. El principal de ellos consiste en que es a veces muy difícil determinar de manera inequívoca cuándo hubo apenas un principio de ejecución y cuándo se ejecutaron todos los actos necesarios para consumir el delito.

Podría decirse como síntesis para fijar con más claridad las ideas sobre el particular y tratar de conseguir alguna distinción nítida entre los dos fenómenos, lo siguiente:

En la tentativa, el agente a pesar de no alcanzar la meta completa que persigue con su acción, tiene qué ejecutar determinados actos del **iter criminis** hacia el cumplimiento de los objetivos buscados,

que cuando no se logran dan nacimiento a aquella figura. En cambio, si esos actos fueron cumplidos o realizados en su totalidad y por cualquier circunstancia ulterior no produjeron el resultado propuesto, surge entonces con todas sus características jurídicas el delito frustrado.

Con todo, para aclarar aún más estos puntos cuyo solo enunciado revela su importancia y poder penetrar con mayor seguridad en el espíritu que informan los artículos 16 y 17 del Código Penal, resulta de gran utilidad transcribir las opiniones de los miembros de la Comisión redactora al discutirse esas disposiciones y los antecedentes de las mismas en la antigua Comisión a cuyo estudio estuvo la revisión del Código Penal que fue aprobado por la ley 109 de 1922, que alcanzó en vigencia corto espacio de tiempo.

Al discutirse la fórmula que luego se convirtió en el texto del artículo 16, el doctor Escallón "manifestó que le agradaría se encontrase una fórmula que comprenda los fenómenos de la tentativa y del delito frustrado, porque si bien es cierto que en la teoría tienen fisonomía y características distintas, en la práctica, muchas veces es demasiado difícil hacer esa diferenciación. Teóricamente la tentativa implica una deficiencia en la acción física. En el delito frustrado, esa deficiencia en la acción física del agente no existe, se agotaron los medios criminosos, pero el efecto nocivo no se cumplió por causas ajenas a la voluntad del ofensor.

"Tal vez, la única razón aceptable para que la tentativa y el delito frustrado, tanto en la teoría como en la práctica, se diferencien, es la diversa peligrosidad demostrada por el agente en uno y otro caso. Lógicamente si se acepta la peligrosidad como criterio para medir la responsabilidad, se podrían refundir en un solo artículo esas dos nociones, pero como es necesario no solamente tener en cuenta el elemento subjetivo sino también el elemento objetivo que dice relación con las modalidades especiales del hecho, con el daño social, con el perjuicio más o menos grave, es mejor distinguir y separar el delito frustrado y la tentativa.

"El doctor Escallón dió lectura al Código Ruso, al proyecto del Código Penal de Ferri, al proyecto del Código Alemán de 1919, al anteproyecto del Código Checoslovaco y al antiguo Código Español en lo relacionado con la tentativa y el delito frustrado.

"La lectura de estos Códigos, continúa el doctor Escallón, lleva a la conclusión de que los artículos 11 y 12 del proyecto de la anterior Comisión Penal colombiana son los más aceptables 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.

"El doctor Cárdenas manifiesta que pueden dejarse los artículos 11 y 12 de la anterior Comisión; y para evitar dudas, consignar una disposición especial referente a los delitos imposibles en la cual se diga que deben ser sancionados con una pena proporcional a la que correspondería si el delito se hubiera perfeccionado, como también fijar una proporcionalidad de la misma índole en los casos de tentativa y de delito frustrado.

“El doctor Escallón expresa la conveniencia de indicar una fórmula por medio de la cual se faculte al juez para aplicar en algunos casos de delito frustrado la misma pena que correspondería al delito consumado, autorizándolo al mismo tiempo para rebajar esa pena en los casos que crea oportuno”.

Estas ideas fueron cristalizadas en la fórmula que adoptó el artículo 17 que configura el delito frustrado. Los mismos términos en que está redactada esa disposición indican que el legislador al emplear el vocablo **podrá** quiere con ello únicamente conceder una facultad potestativa al Juez, de la que hará o no uso, según el caso.

Por su parte, la Comisión revisora de la ley a que antes se hizo referencia dejó en sus actas el curso que siguió la discusión de los delitos imperfectos. Dada la importancia fundamental de la materia, se justifica ampliamente la transcripción del Acta número 15, que dice así textualmente:

“La Comisión resolvió iniciar el estudio de las disposiciones relativas a delitos imperfectos con la que consta al final del acta anterior y que contempla el caso de desistimiento oportuno y eficaz, por presentarse ese caso como la primera etapa en la perfección del delito. El artículo copiado contiene sustancialmente el mismo concepto que consigna el inciso 2º del artículo 58 de la ley 109 de 1922.

“Ha creído la Comisión que todo lo relativo a delitos imperfectos debe tratarse en este capítulo, puesto que es el destinado a tratar del delito y de la responsabilidad. Eso explica la completa alteración que se observa en él, respecto del orden que había seguido el proyecto del doctor Concha y la ley 109.

“No hay discrepancia entre los autores ni entre las legislaciones sobre la no punibilidad de los delitos iniciados cuando se desiste de ellos posteriormente, de manera espontánea y eficaz.

“Pero tampoco discute nadie que cuando los actos iniciales de un delito son por sí mismo punibles, sin consideración al hecho que por medio de ellos se pretendía consumir, deben castigarse como delitos o como contravenciones especiales, prescindiendo de la voluntad que el agente tuviera de consumir el delito de que posteriormente desistió. En atención a la importancia de esas observaciones se resolvió formular artículo especial y no un simple inciso como lo trae la ley 109, inciso al cual se le introdujeron algunas modificaciones (Art. 15 C. P. vigente).

“Artículos 58 y 59.

“El doctor Escallón sometió al estudio de la Comisión la siguiente fórmula, con el objeto de refundir en un solo artículo lo relativo a la tentativa y al delito frustrado (arts. 58 y 59 de la ley 109):

“Cuando por circunstancias independientes de la voluntad del agente no se realice la consumación de un delito que por lo menos ha tenido un principio de ejecución, puede el Juez, teniendo en cuenta la modalidad del hecho y la acción ejecutada, aplicar el mínimo de la sanción establecida para el delito consumado”.

“El doctor Cárdenas manifiesta que con esta fórmula podría presentarse el caso de que los jueces equipararan el delito frustrado

con la tentativa, llegando a castigarlos con igual pena, y para evitar semejante anomalía sería conveniente encontrar fórmulas distintas tanto para la tentativa como para el delito frustrado.

“Así lo estimaron también los otros miembros de la Comisión, y en consecuencia se procedió a discutir y redactar los correspondientes artículos.

“Se aprobaron los siguientes:

ARTICULO 58 Artículo — Cuando por circunstancias independientes de la voluntad del agente no se realice la consumación de un delito que por medio de actos idóneos ha recibido un principio de ejecución, se aplica una sanción no menor de la mitad del *mínimum* de la señalada para el delito consumado.

ARTICULO 59 Artículo — Cuando habiéndose ejecutado todos los hechos necesarios para la consumación del delito no se realiza éste por circunstancias independientes de la voluntad del agente, se aplica una sanción no menor de las dos terceras partes del *mínimum* ni mayor de las cinco sextas partes del *máximum* de la señalada para el delito consumado.

“Como se ve, la Comisión sintetizó en el primero de estos artículos los elementos que en el común sentir de los tratadistas de Derecho Penal constituyen la tentativa: principio de ejecución de un delito posible, idoneidad de los medios empleados, e interrupción de la ejecución del delito por circunstancias independientes de la voluntad del agente.

“Sintetizó así mismo la Comisión en el segundo de estos artículos, los elementos que integran el delito frustrado: ejecución total, por parte del agente, de los hechos necesarios para consumir el delito, y no consumación del mismo, por circunstancias independientes de la voluntad del agente.

“La Comisión reemplazó las fórmulas de los artículos 58 y 59 de la ley 109, para emplear una redacción más comprensiva al tiempo que más precisa y simplificada.

“Una de las reformas principales que contienen estos artículos, consiste en que corrigen los defectos que se apuntan al Código Penal vigente, el cual en su artículo 5º da de la tentativa una definición en que quedan comprendidos aún los simples actos preparatorios” (1) (“La Reforma Penal en Colombia” - Tomo II - Segunda parte).

Problema de la idoneidad de los medios en la tentativa

Como puede observarse, existe alguna discrepancia entre los textos adoptados por una y otra Comisión y esa discrepancia precisa

1) — El Código Penal derogado (de 1890) definía la tentativa así: “La tentativa de un delito es el designio de cometerlo, manifestado por algún acto exterior que prepara la ejecución del delito o da principio a ella, sin llegar a constituir delito frustrado”.

destacarla, porque ello permite una mejor comprensión de las normas legales vigentes, en orden a fijar los elementos que integran las dos figuras a que se ha venido haciendo referencia.

En efecto, al definir el Código la tentativa no incluye en ella las palabras “**que por medio de actos idóneos**” que incluía la fórmula de la anterior Comisión colombiana, expresión ésta que la misma Comisión encontró, como dice el Acta transcrita, inspirada en el común sentir de los tratadistas, que integran aquella figura con estos elementos: principio de ejecución de un delito posible, idoneidad de los medios empleados e interrupción de la ejecución del delito por circunstancias independientes de la voluntad del agente.

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

La razón de ser del criterio del Código al no incluir como elemento estructural de la tentativa la idoneidad de los medios empleados por el agente para consumir el delito, no puede ser otro que el propósito de sus redactores de ser fieles al principio que informa la doctrina de la defensa social, como el único capaz de procurar una adecuada represión de la delincuencia. Sin duda en esto fue consecuente el estatuto con los principios filosófico-jurídicos que informan la doctrina de la actividad psico-física, como fundamento de la responsabilidad y la peligrosidad del delincuente, como medida de la pena, haciendo al margen el solo concepto de ente jurídico que se daba al delito, para atender de preferencia al delincuente.

De esta suerte se explica por qué existe el delito imposible, cuando los medios de consumación no sean idóneos. Al ponerlos en práctica, el agente ya revela su peligrosidad; tales hechos no son sino índices de esa peligrosidad, que entonces se manifiesta. A esta circunstancia atiende la ley para evitar sutilezas jurídicas y distinciones arbitrarias, sin apoyo ninguno en la realidad social, que exige su defensa contra las manifestaciones del criminal, sean ellas producidas con medios idóneos o nó.

Este criterio subjetivo, que sigue el Código vigente, encuentra su mejor expresión en esta fórmula adoptada por la Conferencia Internacional, para la Unificación del Derecho Penal: “Hay tentativa punible cuando la **resolución** de cometer un crimen o un delito se ha **manifestado** en el empleo de medios **destinados** a realizar este crimen o delito, siempre que no medie el desistimiento y que los medios empleados no hayan producido el efecto que se perseguía, por circunstancias

independientes de la voluntad del sujeto activo" (Cita del profesor Ferri. "Principios de Derecho Criminal", página 495).

La misma obra cita también el Código Alemán, que habla de medios idóneos, y siguiendo idéntico criterio subjetivo que la declaración transcrita, define así la tentativa: "Manifestación de cometer un crimen o un delito, pero mediante actos que **constituyan un principio de ejecución**".

Las siguientes son palabras del más autorizado sostenedor de la escuela subjetiva:

"El acto ejecutivo con el fin de cometer un delito es la expresión clara y terminante de una personalidad delinuyente, y por tanto, aunque no sea idóneo no puede determinar la impunidad. Sólo en el caso de que la inidoneidad indique una mínima potencia ofensiva será considerada como circunstancia de menor peligrosidad, pudiéndose llegar incluso, al perdón, siempre que no se trate de casos de enfermedad o deficiencia mental, como si uno cree que puede dar muerte a la víctima lejana por medio de exorcismos mágicos o que le pueda sustraer la cartera del bolsillo mediante un imán, etc." (Ferri. O. C. pág. 496).

El medio inidóneo y el delito imposible

La falta de idoneidad en los medios, que como se ha visto el Código vigente rechazó para estructurar la tentativa, se explica si se considera que las ocurrencias en que tal fenómeno se ofrezca, ya se trate de idoneidad **absoluta** o **relativa**, fueron previstas como delito imposible, sancionado en el artículo 18 del estatuto, norma ésta que creó en la legislación vigente esa figura sobre dos bases fundamentales: no dejar sin sanción ciertos actos manifiestamente destinados a la realización de un procedimiento criminal; y la peligrosidad del agente, puesta de manifiesto en forma ostensible por la ejecución de esos actos.

Que la doctrina sustentada tiene amplio respaldo científico y jurídico lo demuestra el siguiente artículo que el profesor José Peco incluye en su proyecto del Código Penal para la República Argentina.

El artículo 13 de ese proyecto estructura el delito imposible así:

"Si la tentativa se llevare a cabo con medio inidóneo o sobre objeto impropio, podrá atenuarse libremente la sanción, si el autor careciere de peligrosidad".

Y explica de esta suerte, su distinguido autor, en la Exposición de motivos del proyecto, la doctrina en que se apoya:

"En cuanto al llamado delito imposible, el proyecto adopta una construcción jurídica más elaborada que la del código penal, al compararse con los antecedentes extranjeros mejor recibidos. En vez de la fórmula, harto vaga, **si el delito fuere imposible**, el proyecto se refiere expresamente a la **inidoneidad del medio** y a la **impropiedad del objeto**. Ante las discrepancias de los teóricos y las soluciones opuestas de la legislación comparada, es atinado fijar el territorio jurídico del delito imposible. Mientras la tentativa se caracteriza por la posibilidad de la producción del resultado, que se malogra por el accidente, el delito imposible se singulariza por la imposibilidad de la producción del resul-

tado, que no acontece porque el medio es inidóneo o el objeto es impropio, en base a un error de hecho, no de derecho.

“El proyecto rechaza la tesis de la impunidad de todo delito imposible, que se asienta en la naturaleza del comienzo de ejecución inconciliable con el simulacro, en la separación entre la perversidad y la peligrosidad, en la inocuidad de la acción carente de peligro y hasta en la falta de alarma social y la indiferencia pública.

“A la penetración de Ramagnosi no escapan los peligros de la concepción clásica, ya que a pesar de sustentar la falta de daño para la impunidad, aconsejaba la adopción de precauciones cuando hubiera la probabilidad de que el autor pudiera cometer delitos en el futuro.

“La distinción entre dos clases de imposibilidades, acogida por el artículo 14 del código penal del Brasil, el cual hace mención expresa de la ineficacia absoluta del objeto aunque sujeta al autor a una medida de seguridad si es peligroso (Art. 76), no colma las exigencias de la defensa social. No hay diferencia sustancial entre la peligrosidad del que dolosamente suministra una dosis insuficiente del que suministra una sustancia inofensiva, merced a la malicia del farmacéutico o al ardid del amigo. No hay diferencia sustancial entre la peligrosidad del que asesta dos puñaladas a un cadáver creyéndolo con vida y el que dispara un tiro sobre el cuarto de un extraño que poco antes abandonara el lecho. Tanto en la imposibilidad absoluta como en la imposibilidad relativa, así del medio como del objeto, el advenimiento de una circunstancia fortuita malogra los esfuerzos realizados por los autores para dar cima al delito. Los que prohijan la distinción entre dos linajes de imposibilidades admiten implícitamente la categoría de dos clases de delincuentes: los infortunados sujetos a la sanción y los afortunados entregados a la libertad, que en ambos casos el delito está objetivamente exteriorizado y subjetivamente consumado. Estos asertos no empecen para excluir la sanción cuando la naturaleza del medio o del objeto y la personalidad del autor descubrieren la carencia de peligrosidad. Salvo que se tratare de un alienado, no es peligroso el que pretendiera envenenar con sal común o matar con sortilegios...” (Obra citada, págs. 79, 80 y 81).

Delito frustrado

Fijados los elementos estructurales de la tentativa, y destaca la dificultad que existe en algunos casos para distinguir tal figura del delito frustrado, hasta el punto de que la norma mejor que podría darse sería la apreciación de los hechos, en forma rigurosa, en cada caso concreto, para determinar si existe o no, precisa entrar en el estudio de este último fenómeno, a fin de escudriñar qué elementos esenciales lo distinguen y cuáles le son comunes con el simple conato o tentativa.

El delito frustrado contiene dos elementos que le son comunes con la tentativa, es a saber: la intención de cometer un determinado delito y la interrupción del propósito criminal por causas ajenas o independientes de la voluntad del agente. Los otros dos elementos son los que diferencian específicamente ambas figuras, como antes se ha

hecho notar, y consisten en que mientras la frustración implica que **todos los actos necesarios** para realizar el hecho se han cumplido de manera perfecta, en la tentativa apenas se ha **dado principio** a su ejecución; y que en ésta no se requiere idoneidad en los medios y en aquélla sí (2).

Como se ve, la diferencia es fundamental, si bien es preciso reconocerla en cada caso particular, lo que no deja de ofrecer ciertas dificultades en la práctica. Con todo, dentro del elemento que constituye la diferenciación específica entre ambos fenómenos, menester es decir que la sola creencia subjetiva por parte del agente de haberlos cumplido en su integridad, no alcanza por sí sola a dar fisonomía al hecho. Se requiere, también, que objetivamente aparezcan realizados esos actos. Por ello mismo, es imposible concebir que en el delito frustrado pueda aceptarse el desistimiento. Es que el delito, aunque imperfecto en sus consecuencias, tuvo en su fase subjetiva cumplimiento, si bien ajenas circunstancias lo frustraron. Por ello los actos subordinados a la voluntad del delincuente no pueden aceptarse para modificar una responsabilidad, que ya entró en zonas no susceptibles de variar porque quien cumplió el ilícito lo quiera. El elemento constitutivo que exige en tal fenómeno la realización de todos los actos consumativos, es la mejor demostración de que también por este aspecto se diferencian ambas figuras. En la tentativa, el desistimiento es posible, porque apenas se está en la faz preparatoria y los hechos hasta allí consumados pueden ser suspendidos por la propia y espontánea voluntad del agente, pues aunque ha mostrado una personalidad depravada, el mismo desistimiento implica que todavía los resortes morales y psíquicos tienen fuerza para detener el ímpetu delictuoso.

En el delito frustrado este ímpetu ha llegado a cierta plenitud, por lo menos la compatible con un fenómeno en que lo imperfecto es inherente al hecho, que no se cumple por circunstancias ajenas a quien quería realizarlo. El desistimiento en tal caso sería imposible. No se puede desistir de lo que se tiene empezado y se ha consumado hasta un punto que coloca al actor dentro de los límites de la ley, que sanciona hechos de esa categoría por lo que tienen de dolosos y porque socavan su estructura social.

Desde este punto de vista se comprende que los expositores no se hallen en completo acuerdo sobre la necesidad que exista de hacer de aquellos fenómenos dos figuras distintas, en orden a su represión penal. Algunos consideran más adecuado a los fines de una eficaz defensa social y dentro de los postulados subjetivistas del derecho de castigar, que el delito frustrado tenga igual categoría al consumado, ago-

2) — No falta quienes atribuyan esta diferencia al hecho de que el legislador colombiano no fue consecuente al estructurar las dos figuras con la doctrina positiva que informa buena parte de los principios sobre los cuales se fundamenta el Código. Ello porque en el artículo 16 el criterio subjetivo, propio de esta escuela, subsiste, mientras que en el 17 se adopta el objetivo, de origen inconfundiblemente clásico. La cita que más adelante se hará, del profesor Florián, elimina la crítica anterior.

tado o perfecto y que las sanciones los equiparen para los fines de la represión.

Se dice, en efecto, que en el delito frustrado cuando más puede verse una obra imperfecta o mejor cumplida de manera imperfecta, pero no un "delito imperfecto", propiamente hablando. "Esa que se dice imperfección objetiva —afirma el profesor Cuello Calón— es imperitinentemente refiriéndola al delito; del delito no puede predicarse una imperfección objetiva (tal como objetivo se aplica), porque siendo el delito lo contrario al derecho, es, para el caso actual, esencialmente igual al derecho. Sólo desnaturalizando el concepto del derecho se abre paso la doctrina que combatimos".

Criterio de las escuelas penales

La distinción entre ambas figuras no encuentra eco alguno en los expositores de tendencia positiva, quienes la rechazan, y predicán que el fenómeno de la frustración debe equipararse al delito consumado, dejando la tentativa para resolver los casos en que la voluntad delincente haya quedado incompleta para la realización de un delito por circunstancias ajenas a ese propósito. Así se explica que Carrara haya dicho de esta distinción, que si bien es exacta desde el punto de vista científico, es difícil de comprender por quienes no son versados en la ciencia del derecho, y se presta en la práctica a dificultades no fáciles de superar y a resultados injustos; y traza en estos términos la sutil diferencia: "Para la existencia del delito frustrado, no basta que el agente haya hecho todo cuanto quería hacer a fin de consumir el delito; es indispensable ejecutar todo lo necesario a fin de llevarlo a cabo".

Garófalo no acepta la distinción entre el delito frustrado y el consumado; en aquél, el agente ha realizado todo lo indispensable para que el delito tenga efectividad con el daño que se propuso causar. Con ello ha revelado el agente su peligrosidad. La falta del resultado final no depende de él, por lo cual es lógico concluir que el delito consumado y el frustrado deben castigarse de manera idéntica, siempre que aparezca idéntica la peligrosidad de sus autores.

Fue Romagnosi quien primero concibiera la figura jurídica que denominó delito frustrado y que desde entonces ha pasado a la ciencia de la legislación con el nombre de delito incompleto (delito *mancato*).

Criterio del Código colombiano y jurisprudencia

Como ya con anterioridad se indicó, la tendencia inicial de la Comisión redactora del Código fue buscar una fórmula que comprendiera ambos fenómenos. Pero triunfó al fin la idea de mantener la distinción, porque así se respetaba la tradición jurídica del país. Argumento que, por cierto, no es bastante para asunto de tanta envergadura.

Mas su existencia en el Código hace necesario el conocimiento profundo de esas dos instituciones de derecho. Nada mejor para hacerlo que recurrir a la sabia enseñanza doctrinal de la Corte Suprema de Justicia.

De esta alta corporación son los siguientes conceptos sobre la materia que se estudia:

“El delito frustrado es como una penumbra entre el delito completamente corporizado y el acto delictuoso que, aunque íntegro en el designio, no equivale, por la sustración de los efectos y actos materialmente necesarios al tipo definitivo. En el derecho clásico, estos actos delictuosos van en la gama de la exteriorización desde la tentativa hasta el delito perfecto. Uniendo estas razones en que confluyen el ánimo y la acción, se determina a la combinación de estos elementos en la siguiente síntesis: *Qui cogitat et agit, sed non perficit*. Mas en el delito frustrado, el agente obra hasta realizar todos los actos materiales de la ejecución; lo que acontece es que los efectos fallan por la interposición de cualquier elemento fortuito. Piensa y obra el agente de manera perfecta, pero no consigue lo deseado. Sucede en ello lo que acontece con la fuerza de gravedad, que no deja de atraer a los objetos aunque estos se detengan en un punto de su caída porque se interpone otra fuerza distinta. La escuela penal positiva, con Ferri a la cabeza, considera que si tanto la tentativa como el delito frustrado constituyen en la ciencia penal un perfeccionamiento notable en la anatomía del delito, *la distinción entre ellos es tan sutil, que es difícil captarla en los fallos ocasionando equivocaciones lamentables* en esta figura criminosa, por lo cual, para los fines de la legislación y de la práctica, es preferible eliminarla de los códigos, dejando en cambio a los Jueces la evaluación de los actos ejecutados por el criminal para aplicar en los casos más graves una sanción correspondiente a esa evaluación. *Pero en el derecho penal colombiano, en el código sí existe esa diferenciación. Cumple hacerla a los Jueces y Magistrados para aplicar la ley, que deben obedecer en su integridad. Es mandato de la ley escrita. “Dura lex, sed lex” (“Jurisprudencia de la Corte”, Extractada por el Dr. Motta Salas. T. V. V. I. Ps. 459-60).*

“Delito frustrado y tentativa, son *modalidades del delito imperfecto* y tienen características comunes. De allí que en la *práctica sea muy sutil la distinción precisa entre ellas*. Son muy comunes a estas dos figuras: a) La intención de cometer un delito determinado; b) La no realización del hecho punible por circunstancias o contingencias ajenas a la voluntad del agente. Y difieren en que en la tentativa concurre el principio de ejecución del mismo delito; y en el delito frustrado se requiere la ejecución de todo lo que es necesario para la consumación de ese delito. Así, pues, en la tentativa no se realizan completamente todos los actos externos en desarrollo de la acción física delictiva y que el agente, sin causa que le impida alcanzar el fin perseguido, podría ejecutar para conseguirlo. Y en el delito frustrado el responsable ha ejecutado objetivamente todo lo indispensable para consumir el delito.

“No basta poner en práctica todo lo que se crea suficiente, según las personales prevenciones del agente, sino que es menester ejecutar todo lo que en armonía con las leyes naturales tiene aptitud eficaz para obtener el resultado intentado por el agente. Carrara lo expresa muy claramente así: “Para la existencia del delito frustrado no basta que el agente haya hecho todo cuanto quería hacer a fin de consumir el delito; es indispensable ejecutar todo lo necesario a fin de llevarlo a cabo” (Tomo IV, Obra citada. Pág. 105).

Para el delito frustrado es indispensable la idoneidad de medios?

Siguiendo la doctrina es indispensable completar los elementos estructurales de la frustración con un último concepto, que es el re-

lativo a la idoneidad de los medios de que el agente se sirve para consumir el delito. La lógica misma indica que este elemento se hace indispensable tratándose del delito frustrado, cosa que no ocurre en la tentativa, como antes se comprobó, por cuanto que si no existe en aquel evento, entonces querría decir que no se ejecutaron todos los actos necesarios para la consumación del delito, requisito este que con el de la idoneidad de los medios empleados constituye lo que específicamente sirve para hacer la distinción jurídica entre ambos fenómenos.

Al respecto, el profesor Eugenio Florián dice:

“Según el concepto del legislador deben realizarse todos los actos que objetivamente eran necesarios para que el delito se consumase, y no sólo 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”.

Culminación del iter criminis

Por otra parte, presenta también el **iter criminis** una posterior etapa, después del delito frustrado, en la que ya la infracción culmina, llegándose entonces al delito **perfecto**, en el cual puede decirse que cuantos elementos forman su esencia, se encuentran allí reunidos constituyendo la totalidad del hecho criminal. Es cuando lo que apenas tuvo una realidad abstracta, se torna en la realidad concreta que previó la ley penal para sancionarla.

No tiene vigencia entre los expositores positivistas la distinción última ideada por Carrara como la etapa final del **iter criminis**, para dar fisonomía de delito **agotado** a aquel en el cual una vez ocurrida la violación de la norma penal, la acción del agente termina con la producción integral del daño que se proponía producir, v. gr. en un incendio en que el delincuente consiga la destrucción completa de la cosa incendiada.

Es claro que dentro de una concepción subjetivista del derecho penal, la distinción entre el delito consumado y el agotado apenas tenga importancia. Ambos revelan una personalidad peligrosa en quien los ejecuta. De manera que atendiendo a este factor, nada importa que la infracción se agote y todo el mal que quiso causar el delincuente se realice. Este con su acto señaló el índice preciso de su peligrosidad, y si el evento dañino fue objetivamente inferior a sus cálculos, realizada la etapa final del delito con su consumación, nada significa que por ejemplo, en el caso propuesto, la casa se destruya en su totalidad o no. A esta contingencia no atiende la ley penal, para la cual en casos como ese y en sus similares, de fisonomía formal, el solo hecho de consumir el delito ya lo agota o perfecciona sin que sea necesario que el evento dañoso tenga cumplida ejecución.

A este propósito es bueno recordar que para algunos expositores, franceses especialmente, la figura de la frustración no puede presentarse sino cuando el delito tiene la categoría de **material**. En los de

fisonomía **formal**, no cabe aquel fenómeno. Los razonamientos hechos con anterioridad no son extraños a esta concepción, que por otro lado encuentra respaldo en señalados tratadistas, como queda dicho.

Delito imposible

“Art. 18. — Si el delito fuere imposible, podrá disminuirse discrecionalmente la sanción establecida para el delito consumado, y hasta prescindirse de ella, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 36”.

La imposibilidad para consumir un delito puede presentarse tanto en el **medio** como en el **fin**.

Existe en el **medio**, cuando el empleado por el agente carece en absoluto de capacidad para conseguir la realización del delito. V. gr., pretender causar la muerte a otro con veneno, utilizando azúcar, almidón o cualquier otra sustancia inocua; o también disparando con un arma sin proyectil.

La imposibilidad en el **fin** puede presentarse en forma material o jurídica.

Ocurriría esta última en los ejemplos siguientes: tomar como ajena una cosa propia; facilitar la fuga de un reo que ha conseguido la excarcelación legal, o el perdón, o el indulto. En casos como estos las relaciones entre el agente y el objeto del delito, hacen jurídicamente imposible la infracción.

Sería imposibilidad material, v. gr., dar de puñaladas a un cadáver, porque entonces no existe en el sujeto pasivo materia alguna suficiente para que la intención del agente se realice. Mas es claro que un hecho como este y los que constituyen la imposibilidad jurídica no puedan quedar sin sanción. A ello provee el artículo 18, que configura todos estos casos en que no presentándose el fenómeno de la tentativa por carencia de idoneidad en los medios o en el fin que el delincuente emplea o persigue, se atiende al principio de la peligrosidad, para no dejarlos impunes.

Que se atiende a este principio lo demuestra la expresa cita que la misma disposición hace del artículo 36 del Código, según la cual dentro de los límites señalados por la ley se aplicará la sanción, teniendo en cuenta estas circunstancias: gravedad y modalidades del hecho, motivos determinantes y peligrosidad del agente.

De manera que si tales condiciones aparecen en un caso dado, el Juez puede disminuir discrecionalmente la sanción establecida para el delito consumado. V. gr., si este es un robo, y el ladrón, por uno u otro motivo, se apodera de algo que le pertenece, la pena tendrá que ser fijada en atención a las circunstancias que señalen en el agente alguna peligrosidad, y con relación al delito mismo que quería realizar.

Lo mismo ocurre cuando se da de puñaladas a un cadáver. Subjetivamente el delito se consuma en la intención del agente. El hecho querido y deseado de su muerte, no se produce, desde el punto de vista objetivo. Pero eso no le quita su carácter de verdadero acto an-

tisocial y antijurídico, que es índice manifiesto de peligrosidad. A esta consideración se atiene el Juez para sancionarlo, conforme a la norma del artículo 18, que no persigue propósito distinto al de evitar la impunidad de aquél, como se explicó ya al transcribir el criterio del profesor Peco sobre el particular y que hace referencia al problema de la idoneidad de los medios en la tentativa.

Historia del artículo

Resulta de gran utilidad para la aplicación técnico-jurídica de esta norma, tener en cuenta los conceptos que sobre su adopción surgieron en el seno de la Comisión redactora. De su estudio se descubre la intención tan marcada que tiene en el texto del Código la exigencia de que para sancionarse el delito imposible, bien disminuyendo discrecionalmente la sanción establecida para el delito consumado, y aún prescindiendo de ella, todo debe hacerse con base en el artículo 36.

La primera fórmula que surgió fue ésta:

“Artículo. — Si el delito fuere imposible, la pena se disminuirá en la mitad y podrá reducirse al mínimo legal o eximirse de ella, según el grado de peligrosidad revelada por el delincuente”.

El comisionado doctor Cárdenas propone esta otra:

“Si el delito fuere imposible, la sanción se disminuirá hasta la mitad y podrá reducirse aún más o eximirse de ella, según el caso”.

Esta expresión “según el caso”, explica el proponente que “significa que el Juez debe estudiar la modalidad y gravedad del hecho, los motivos determinantes, las diversas circunstancias que lo acompañan y, sobre todo, la personalidad del agente, puesta de presente por los actos que haya realizado y que demuestran mayor o menor peligrosidad. Así, se somete esta disposición a la norma general de que el Juez debe tener en cuenta el criterio de la peligrosidad sin que se diga expresamente, porque entonces habría qué hacer lo mismo cada vez que se adopte una disposición en que se siga el mismo concepto de peligrosidad. En otra parte del proyecto del Código se enumerarán las circunstancias atenuantes y agravantes sin que se haga una enumeración taxativa ni se siga el criterio matemático de la ley vigente, pero si por lo menos en una forma explicativa, lo que también servirá para interpretar mejor la forase “según el caso”.

Sustituye el doctor Escallón la fórmula e nestudio, por la siguiente:

“Si el delito fuere imposible, la sanción establecida para el delito consumado podrá disminuirse indefinidamente y hasta prescindirse de ella, según el grado de peligrosidad demostrado por el agente”.

Su autor la explica diciendo que “es necesario fijar el término de relación de la pena, que se puede disminuir o dejar de aplicar en su totalidad, término que no es otro que el delito consumado. Estima que en algunos casos el delito imposible puede dar lugar a que se aplique una sanción igual a la fijada para el delito consumado, pero en otras ocasiones el Juez podrá reducir la pena teniendo en cuenta la peligrosidad del agente, concepto que debe manifestarse claramente para evitar equivocadas interpretaciones. Considera que al poner la pa-

labra “indefinidamente”, se expresa con claridad el concepto de que el funcionario tiene la suficiente elasticidad para la aplicación de la pena, su disminución o exención”.

Nuevamente observa el doctor Cárdenas que es inconveniente hablar en la disposición de peligrosidad, porque entonces debería hacerse lo mismo en todos aquellos casos en que se acoge igual criterio, como sucede en la tentativa y en el delito frustrado. Y agrega algo que tiene innegable utilidad para el entendimiento de lo que significa en el artículo 18 la cláusula final, “**teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 36**”: “Por otra parte, como más adelante se fijan las modalidades, circunstancias y estudio de la personalidad del delincuente que deben tenerse en cuenta en la comisión de cada delito para aplicar la pena, lo mejor es hacer referencia a esa disposición”.

Fue así como el común acuerdo de los comisionados plasmó la fórmula definitiva del artículo 18, el cual no podría tener una aplicación suficientemente técnica por parte del fallador si las ideas de la Comisión redactora no son conocidas y meditadas, en especial el siguiente concepto que constituye la síntesis misma de lo que encierra la cláusula final del artículo 36, cuya extensión podría prestarse a equívocos, que se disipan si el pensamiento claro y nítido del legislador se cumple. Dice así:

“En esta forma entiende la Comisión que en los casos de delito imposible, el Juez debe atender de modo especial a la peligrosidad del agente **que es lo que se establece con otras palabras en el Art. 36** que allí se cita, disposición a la cual se hace referencia por la importancia que tiene el asunto y por la innovación que significa imponer sanciones en los casos de delito imposible” (T. Preparatorios, págs. 156, 157, 160 y 161. Tomo I. Actas números 49 y 51).

Como se ve el árbitro judicial que el Código permite al Juez para la graduación de la pena o para eximir de la misma en el caso del delito imposible, es de una amplitud desusada, que impone por parte de quien la emplea un conocimiento profundo de la técnica del Código, a fin de ceñir estrictamente a ésta, facultad tan omnímoda.

De aquí que sea de tanta utilidad práctica fijar el criterio legislativo, tal como surge de la historia fidedigna de la institución legal, como antes se ha hecho; así como también procurar un conocimiento más profundo de lo que significa el delito imposible, que no está concretamente definido en el Código, por su tendencia a eludir las definiciones de ciertas figuras, a fin de evitar dificultades en su interpretación. En el seno de la Comisión se dijo que era “mejor no hablar del delito imposible por el fin o por los medios o por las personas, sino hablar simplemente del delito imposible”.

Otras consideraciones sobre esta figura

Como este concepto entraña un profundo problema penal, conviene recordar que al tratar de la tentativa se dijo que cuando esta figura no tenía existencia jurídica, porque los actos de ejecución no eran idóneos para producir el daño buscado por el agente con el delito, surgía entonces el fenómeno del delito imposible o “tentativa ini-

dónea”, como también se le designa, ya que dicha inidoneidad puede ser, según ya se fijó, en los medios, como en el fin; o también: en los medios, en el sujeto pasivo del delito o en la misma inexistencia de este sujeto. A los ejemplos ya dados, podrían agregarse otros de estas distintas hipótesis. En los medios: disparar a una distancia a la que no puede alcanzar el proyectil o suministrar un veneno en dosis insuficientes. En el sujeto pasivo: hacer abortar a una mujer que no está embarazada; yacer con la esposa pensando tener acceso carnal con la del amigo; enviar veneno a quien su grave enemistad con el que lo envía hace sospechar del intento y no lo toma. En la inexistencia del sujeto pasivo: disparar sobre un maniquí; violentar una caja en donde no existan valores; disparar sobre el lecho que poco antes ha abandonado la persona a quien se quería dañar.

Por ello, cuando el agente buscando un fin criminoso, emplea un medio no idóneo para lograrlo, y, gracias a esta circunstancia, el daño no se produce, la figura del delito imposible se presenta, figura que para su sancionamiento ha contado también con la disparidad de criterios que nacen de las escuelas penales, las que para negar o afirmar la necesidad de su castigo adoptan diferentes sistemas, cada uno de los cuales, partiendo de postulados y principios distintos, se pronuncian en pro o en contra de la creación en los códigos de tal fenómeno.

Así, la escuela clásica que funda la esencia del delito en el daño, admite el castigo de la tentativa porque el daño mediato, constituido en la “pública opinión de seguridad”, no puede ponerse en duda que en la tentativa se presenta; y el inmediato, está representado en tal caso, en lo que Carrara denomina “al pericolo corso”, o sea “un peligro que en un momento dado ha existido verdaderamente como hecho”.

A este sistema, conocido también con el nombre de **objetivo**, se enfrenta el denominado **subjetivo**, que sustenta la doctrina de que sea cualquiera el medio empleado por el agente, esto es, idóneo, o inidóneo, como la intención criminal que demuestra está manifiesta en la acción cumplida, su sanción se impone. Parte este sistema del criterio de que esencialmente la tentativa es la voluntad de producir determinado efecto, y es únicamente a esta voluntad dañada a la que debe atender el Juez para sancionarla.

La escuela positiva, fiel a su criterio de la peligrosidad, buscó en ésta el fundamento de la penalidad de la tentativa inidónea. Por consiguiente, si la voluntad de dañar por parte del agente se manifestó por medio de actos ejecutivos, destinados a producir un efecto, de manera inequívoca, la peligrosidad demostrada es razón bastante para que tales actos no puedan permanecer impunes.