

DELITO FRUSTRADO Y COMPLICIDAD SECUNDARIA

Fernando Meza Morales

Parece extraño que pueda plantearse como objeto de reflexión el que propone el título del presente ensayo, al considerar las reglamentaciones que de la tentativa y la participación consagran los artículos 22, 23 y 24 del código penal. Sin embargo, el problema no puede soslayarse por esa simple referencia normativa. Para enfrentar este asunto frente a la normatividad vigente, conviene examinar la naturaleza que el delito frustrado y la complicidad en sus formas primaria y secundaria tenían en la codificación de 1936.

Disponían los artículos 16, 17, 19 y 20 del anterior código:

Art. 16.- "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".

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".

Art. 19.- "El que tome parte en la ejecución del hecho, o preste al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse, quedará sometido en la sanción establecida para el delito".

"En la misma sanción incurrirá el que determinare a otro a cometerlo".

Art. 20.- "El que de cualquier otro modo coopere a la ejecución del hecho o preste una ayuda posterior, cumpliendo promesas anteriores al mismo, incurrirá en la sanción correspondiente al delito, disminuida de una sexta parte a la mitad".

Conforme a doctrina ampliamente mayoritaria en la tentativa propiamente dicha se realiza la acción ejecutiva de manera parcial, en tanto que en el delito frustrado tal acción se realiza de manera completa.

Esta es la diferencia entre ambas figuras, mientras subsiste la similitud respecto del elemento subjetivo, la idoneidad de los actos y la no ocurrencia de la consumación por factores fortuitos para el agente. Teóricamente resulta sencillo caracterizar la tentativa como ejecución parcial y la frustración como ejecución completa. Como primer sistematizador del delito frustrado se reconoce a ROMAGNOSÍ, jurista perteneciente a una época en que imperaban criterios que fueron caros a la escuela clásica del derecho penal. Según enseñanzas de esta escuela, si bien el componente subjetivo es elemento estructural del delito y fundamento de la punibilidad, también concurre a formar esa estructura el hecho material dañoso, y además, a servir de medida para cuantificar la pena: los hechos objetivamente más graves son sancionados con las penas más graves; los delitos materialmente menos graves merecen sanciones menos graves; y dentro de tales extremos una amplia gama de ilicitudes sometida a la desvalorización del legislador penal. Conforme a este supuesto resulta lógico que la acción objetivamente completa, en su desarrollo y en su resultado, merezca la integridad de la sanción, en tanto que la acción incompleta en su desarrollo y en su resultado, deba ser sancionada pero de manera disminuida. La acción que sirve de fundamento a la tentativa es incompleta, en tanto que siendo completa la acción propia de la frustración, lo único que falta es el resultado. De ahí que si la tentativa es factible en todos los delitos (excepto, por razones fácticas y no teóricas, en los delitos en los cuales la acción se inicia y termina en un único instante, es decir, que surge la acción y se completa no siendo dable su interrupción, como en algunos casos de injuria), no lo es la frustración, pues en los delitos llamados de pura actividad, la acción completa consume el delito, no siendo posible su frustración porque es la sola actividad la que perfecciona el ilícito; pero es en cambio posible la frustración en aquellos delitos que a más de la actividad requieren la producción de un resultado para su perfeccionamiento, pues realizada la acción en su plenitud puede no producirse el resultado que sería efecto de ella. En ambos casos, de tentativa y frustración, como los componentes objetivos del delito son cuantitativamente menores que los componentes objeti-

vos del delito consumado, la sanción debe ser correlativamente menor. No podría llegarse a esta misma conclusión examinando las cosas a la luz de los postulados de la escuela positivista.

Sabido es que para esta corriente de pensamiento el hecho delictuoso tiene solamente un "valor sintomático", es la ocasión en la cual una personalidad peligrosa "se manifiesta" y con ello se da la condición para que actúen los órganos del Estado, pero solamente la condición, pues el tipo de respuesta penal y su intensidad no se encuentran establecidos a priori, sino a posteriori conforme al tipo de personalidad. De esta manera, no pueden prescribirse por vía general distintos tipos de reacciones penales correlativas a la diversidad de hechos objetivos (mayor para el delito consumado, menor para el delito frustrado y menor todavía para el delito tentado), pues para el positivismo la objetividad juega sólo como uno de los varios factores que contribuyen a establecer la personalidad, pudiendo ocurrir que el responsable de un delito consumado, por revelar una personalidad menos peligrosa, tenga un tratamiento penal más benigno que el responsable de un delito similar pero que se ha quedado en la fase de la tentativa o de la frustración pero que revela una peligrosidad mayor. Así serían las cosas conforme al pensamiento positivista, pero de otra manera son las cosas en la legislación colombiana (ni siquiera fue así en el código penal de 1.936, pretendidamente "positivista"), pues la diversidad de sanciones entre las formas perfectas e imperfectas se explican únicamente por la diversidad de los factores objetivos, lo cual compagina con la idea expuesta y defendida por la escuela clásica del derecho penal.

Si bien el fundamento ideológico de la distinción entre delito consumado y delito imperfecto, de una parte, y de tentativa y frustración de otra, es racional por cuanto el derecho es una regulación de la conducta exterior de la persona; y si también la distinción teórica entre las dos formas imperfectas puede parecer aceptable, las dificultades que en la práctica comportaba el manejo de esa diferenciación, eran demasiado frecuentes. Los casos característicos no presentaban ninguna dificultad. Por ejemplo, sería homicidio frustrado y no homicidio tentado el hecho de lesionar a alguien con un disparo en el corazón y no producirse la muerte por oportuna intervención quirúrgica, pues lo hecho es un "acto necesario" o suficiente para producir la muerte; pero casos como este son la excepción y no la regla.

En el común de los casos, la claridad entre lo que constituye principio de ejecución completa, no surge de manera nítida, de modo que las diferencias de opinión se multiplican. Piénsese, por ejemplo, en el caso de quien dispara contra otro con propósito de matar y el proyectil no hiere a la víctima, luego de lo cual ésta desarma a su agresor. Unos autores resuelven la

hipótesis como simple tentativa en tanto que otros aprecian en el hecho un homicidio frustrado; para éstos un disparo es acto "necesario" o suficiente para producir la muerte, en tanto que para los primeros no lo es, pues sólo tiene tal calidad el disparo que lesiona órganos vitales. De allí que la existencia de una tentativa o de un delito frustrado fuera cuestión de simple apreciación sobre el grado o quantum del proceso ejecutivo: si el Juez apreciaba como "necesaria", o suficiente la acción ejecutiva desarrollada, ella era completa y se decidía por el delito frustrado; si, en cambio, apreciaba tal acción como ejecutada parcialmente, su decisión se inclinaba por la tentativa de delito.

Más complejo todavía era el problema de diferenciación entre participación primaria o necesaria y participación secundaria o no necesaria. Cuando los actos de auxilio eran de tal naturaleza que sin ellos el delito no se hubiera consumado, se hablaba de participación necesaria; pero si esos actos carecían de tal calidad ("el que de cualquier otro modo"), es decir razonando a contrario, que sin su concurrencia el delito de todos modos se hubiera perfeccionado, se afirmaba la participación no necesaria. Este criterio, sin embargo, carece de consistencia lógica. Para que un acto de auxilio, "necesario" o "no necesario", adquiera el significado de participación, debe tener con el hecho realizado relevancia causal; de no existir nexo causal entre la contribución prestada y el delito ejecutado, la complicidad no tiene existencia jurídica. Como enseña con certeza CARRARA, toda complicidad es "necesaria" o es "no necesaria", pero no puede ser las dos cosas a la vez. "¿Cómo definir con un criterio invariable el acto de cooperación material que es "necesario" para el delito? O lo es "siempre", o no lo es "nunca". Lo es "siempre", si se procede con un criterio "concreto" deducido de las formas especiales del hecho. El ladrón que sube por la ventana o que abre la caja de caudales con llave falsa, no puede robar en esa forma si otro no le suministra la escalera o la llave falsa. Pero no lo es "nunca", si se considera la posibilidad genérica del mismo delito bajo formas diversas. Aunque ninguno lleve la escala, puede robar derribando la puerta, y aunque no se le dé el puñal, puede matar con bastón"¹. Examinado un acto de auxilio en sus circunstancias concretas de tiempo, lugar y modo, todo auxilio constituye complicidad necesaria, porque sin ella no se hubiera realizado el hecho tal como lo conocemos en su realidad histórica; pero si ese mismo comportamiento lo examinamos en su aspecto genérico, la contribución no es necesaria, pues el delito pudo ejecutarse en otras circunstancias de tiempo, lugar y modo. Un sistema

1. CARRARA, Francesco; Programa de Derecho Criminal; Trad. Ortega Torres y Guerrero; Ed. Temis; Bogotá; 1956; No. 2.978; pág. 308.

jurídico penal puede acoger una modalidad, o la otra, pero no ambas porque no pueden coexistir; haber consagrado ambas como lo hizo el código penal de 1.936 condujo a dificultades lógicas insalvables. Pero si de hecho existían en el código penal anterior, ¿cómo se resolvía el problema? De lo dicho tiene que inferirse, obviamente, que su solución no fue nunca lógica sino práctica, aunque revestida con un discurso lógico. Cuando se estimaban como muy importantes los actos de contribución, se afirmaba que ellos constituían complicidad necesaria porque sin su concurrencia "el delito no habría podido cometerse"; pero si los mismos actos eran apreciados como de menor importancia, se acogía la fórmula de la complicidad no necesaria porque sin su concurso el delito de todos modos se habría consumado. Este es sólo un discurso sin asidero en la realidad, pues en el primer caso argumentarse en favor de la no necesidad porque el delito concreto podría haberse realizado en distintas circunstancias de tiempo, modo y lugar; como cuestionar la segunda hipótesis de no necesidad y afirmar en cambio la de necesidad con el argumento de que el hecho, tal como se produjo y es conocido, es inseparable de las ayudas que contribuyeron a producirlo sin que él desaparezca históricamente. En esto radicaba la dificultad y la solución que se le daba no era lógica sino simplemente fraseológica. La única ayuda objetivamente constitutiva de complicidad secundaria era la ayuda posterior cumpliendo promesas anteriores, y ello porque así lo establecía perentoriamente el artículo 20.

Estas dificultades, tanto en materia de tentativa y frustración, como de participación primaria y secundaria, motivaron su unificación en una sola disposición para la tentativa (art. 22) y otra única para la complicidad (art. 24). El cambio legislativo en él implicado hubiera, efectivamente, superado los problemas antes mencionados haciendo funcionar, de contera, la garantía del tipo penal, pues ya no habría posibilidad de que un mismo hecho fuera apreciado por un Juez como tentativa y por otro como delito frustrado, o que un auxilio fuera valorado por un Juez como complicidad primaria y por otro como complicidad no necesaria, como ocurría antes con un alto factor de azar para decidir en materia de tanta trascendencia como la libertad de las personas. Pero esta idea no tuvo en nuestro código penal efectivo logro, como aparece de examinar los criterios reguladores de la pena del artículo 61. ¿Qué otra cosa significa, en efecto, sino que se ha mantenido en materia de penas la diferencia antes formulada por la ley penal con lineamientos puramente teóricos? Preceptúa dicho artículo, en lo pertinente: "Además de los criterios señalados en el inciso anterior, para la determinación de la pena en la tentativa se tendrá en cuenta el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo; en la complicidad, la mayor o menor eficacia de la contribución o ayuda. . ." Si a juicio del juez (juicio

enteramente subjetivo) el grado de aproximación al momento consumativo en un delito tentado es máximo, la pena será similar a la del delito frustrado, y si tal aproximación es mínima, la pena correspondiente será la de una tentativa en sentido antiguo. Si se juzga que la contribución o ayuda es de mayor o máxima eficacia, la pena tendrá su máximo acercamiento al mayor límite señalado por la ley penal; pero si se juzga que tal eficacia es menor o mínima, la pena se nivelará de manera similar a como antes se sancionaba la complicidad no necesaria. Si antes los diferentes efectos penales de las varias formas de tentativas o de complicidad dependían de simples apreciaciones cuantitativas (y eso fue lo que se pretendió terminar), en la actualidad esas mismas desventajas prácticas subsisten porque dependen de criterios sin control objetivo. Las penas para la tentativa y la complicidad pueden haber variado, pero dentro de sus límites, las desventajas prácticas del anterior sistema no han sido eliminadas.