

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

EL DELITO IMPOSIBLE

FRANCISCO DALL'ANESE RUIZ

INTRODUCCIÓN

El artículo 24 del Código Penal regula tres aspectos medulares del Derecho Penal costarricense: la tentativa, el delito imposible (preferimos esta terminología a la de tentativa inidónea), y el desistimiento. Estudiar la primera corresponde propiamente al tema del *iter criminis*, que es sumamente interesante porque de ella depende que el acento del sistema jurídico penal esté en el desvalor del acto o en el desvalor del resultado. Si se relaciona el mencionado numeral con el 73 del mismo ordenamiento, resulta obvio que se otorga mayor importancia al acto que al resultado, por cuanto el juez tiene posibilidad de aplicar para el delito tentado la misma pena que en el caso de la consumación. Hasta aquí sería posible afirmar que tenemos un Derecho Penal de hecho.

Sin embargo, en materia de delito imposible, el Código cambia de posición y se vuelve a un Derecho Penal de autor, porque la acción sería atípica y conlleva la aplicación de una medida de seguridad; de igual modo se otorga mayor importancia al desvalor de resultado que al desvalor del acto, por cuanto no se aplica una pena. Esta incongruencia de sistema nos hace pensar que la normativa penal está todavía muy atrasada, y pasará algún tiempo para que las medidas de seguridad sean eliminadas en su totalidad.

De cualquier modo, nuestra jurisprudencia, conscientemente o por desconocimiento de los administradores de justicia, ha señalado con acierto en algunos casos de delito imposible que estamos en presencia de hechos atípicos, pero ha dejado de

aplicar —con total incorrección— la medida de seguridad que corresponde. Aparte de ello, el tema del delito imposible está casi en el misterio para muchos jueces y abogados.

El propósito de este trabajo es explicar brevemente la teoría del delito imposible, concepto y funcionalidad de éste, para después mostrar la forma —en nuestro criterio errada— como han actuado los tribunales en este punto; esto último mediante cita de escasos precedentes, que después de extractados hemos comentado someramente.

No puedo omitir la advertencia de que lo aquí escrito, casi en su totalidad había sido expuesto en una parte del trabajo *El iter criminis* (Universidad de Costa Rica, Sede Regional de Occidente, Coordinación de Investigación, San Ramón, 1988), y ha sido en alguna forma retocado muy levemente, para publicarlo en la Revista Judicial, con el consentimiento del coautor LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. Esperamos de esta forma dar mayor difusión, y poner al alcance de jueces y abogados, información concisa pero completa, que esperamos sirva en la práctica forense.

I. Concepto de delito imposible

De acuerdo con la sistemática empleada por el Código Penal (C.P.) el delito imposible definido por el artículo 24 in fine depende de cada una de las normas que tutelan los bienes jurídicos bajo la protección penal. Al igual que la tentativa, es accesorio a cada uno de los tipos dolosos que corren en el catálogo de delitos de la parte especial.¹

1. CAVALLERO, "El delito imposible", pp. 28-30. Este autor refiere que la tentativa tiene un tipo objetivo y un tipo subjetivo, el segundo comprende el dolo del tipo de la parte especial que el sujeto pretendió realizar. Por ejemplo, en el homicidio (art. 111 del C.P.) se requiere del *animus necandi*, el la cual es también necesario para configurar la tentativa de homicidio (arts. 24 y 111 del C.P.). Esto es, el intento debe relacionarse siempre con una figura determinada, por lo que lo principal resulta ser ésta, y lo accesorio la tentativa. En igual sentido WESSELS, "Derecho Penal, parte general", pp. 173-174.

Sin embargo, nuestra legislación es parca en cuanto a la determinación de lo que significa "delito imposible"; no queremos decir con esto que pretendamos una definición legal en cuanto a su contenido, pero sí pudo la norma ser más explícita en indicar la acción necesaria para la realización de esta figura, si bien en forma general pues no debe olvidarse la accesoriedad o dependencia señalada en el párrafo anterior.

La determinación de la acción configurativa del delito imposible, impone la interpretación del artículo 24 del ordenamiento penal sustantivo. Este texto en su primera parte da un concepto normativo de tentativa, en cuanto señala que deben haber actos de ejecución dirigidos a la consumación del tipo de la parte especial, pero la misma no se logra por causas independientes de la voluntad del agente. Después de exponer esta idea el texto reza: "No se aplicará la pena correspondiente a la tentativa cuando fuere absolutamente imposible la consumación del delito; en tal caso se impondrá una medida de seguridad."

Interpretada esta norma, vemos que la ley creó tres figuras diferentes en un solo artículo: la tentativa y desistimiento que se encuentran en la primera parte; y la "tentativa imposible", como llamó a la forma contenida en la última parte.² Analizando el contexto, es claro que la *voluntas legis* es reprimir formas de conducta del sujeto que si bien no alcanzan la lesión del bien jurídico tutelado (el resultado) se consideran repugnantes al orden social, por ser manifestaciones de la vida interior del sujeto con suficiente relevancia social.

El caso del delito imposible es tratado desde una perspectiva peligrosista³ al originar una medida de seguridad.

Todo ello para llegar a que el Código Penal costarricense prevé el tratamiento de conductas que si bien no alcanzan la lesión del bien jurídico tutela-

do, suponen un despliegue de actividad por parte del agente convencido de que logrará el resultado, que se traduce en una acción socialmente repugnante.

Por consiguiente al referirse la norma a la tentativa y al delito imposible, describe dos formas de conducta apoyadas en la posición dolosa del agente. El artículo 24 del ordenamiento en referencia da una definición básica que comprende la tentativa y el desistimiento, luego introduce una variante y del contexto se obtiene el delito imposible así: hay "tentativa imposible" cuando se pretende la ejecución de un tipo penal, por actos que hacen absolutamente imposible la consumación.

Éste es el resultado de la aplicación integral de los métodos esenciales de interpretación de la ley, y entonces queda descrito el supuesto de hecho del delito imposible como una mera actividad tratada por la ley penal, que no tiene forma de consumir alguna figura de la parte especial.

II. Diferencia entre tentativa y delito imposible

Número 1: A trata de envenenar a B con azúcar creyendo que se trata de un veneno, y B lo consume pero lógicamente no muere.

Número 2: A trata de envenenar a B con veneno, y B lo consume pero gracias a su resistencia física sobrevive.

Desde el punto de vista subjetivo, la tentativa y el delito imposible son figuras iguales en sus elementos:

a) El dolo es requerido por el tipo principal (de la parte especial).

b) El agente utiliza los medios que cree idóneos para la consumación.

c) El agente cree que sus actos son adecuados para consumir el ilícito, y

ch) El agente cree que el objeto es idóneo para la realización del tipo del injusto.

2. El siguiente fragmento de la Exposición de Motivos del C.P. aclara esta afirmación: "En cuanto a la tentativa, la Comisión adoptó una fórmula sumamente simple, inspirada en el texto recomendado por la Comisión Redactora del Código Penal Tipo para Latinoamérica, en su reunión de Lima, que tuvo lugar del 3 al 13 de abril de 1967. Tres son las formas que se siguen, la primera referente a su definición, la segunda a las formas de desistimiento y la tercera a la llamada tentativa imposible."

3. Esta afirmación se da por cuanto las medidas de seguridad son destinadas, no al tratamiento del delincuente como retribución de acuerdo con la gravedad y culpabilidad de su acción, sino a la peligrosidad social que represente. En otros términos, las penas suponen la retribución por lo que se hizo, y las medidas de seguridad una prevención por lo que podría hacer. Y en nuestro artículo 24 del C.P. se impone una medida de seguridad al autor de delito imposible, lo que es un criterio peligrosista. Ver WELZEL, "Derecho Penal alemán", pp. 335 ss.; WESSELS, *op. cit.*, p. 4; CUELLO CALON, "Derecho Penal", T. I, Vol. I, pp. 706 ss.; RODRIGUEZ MOURULLO, "Derecho Penal", p. 55; BUSTOS RAMÍREZ, "Bases críticas de un nuevo Derecho Penal", pp. 124 ss.; LABATUT GLÉNA, "Derecho Penal", T. I, pp. 26 ss. y 237; BACIGALUPO, "Manual...", pp. 17-19; JIMÉNEZ DE ASÚA, "La ley y el delito", pp. 31-74; RODRIGUEZ DEVESA, "Derecho Penal, parte general", pp. 909 ss.; FONTAN BALESTRA, "Tratado de Derecho Penal", T. I, pp. 205 ss., s.f.; y FAIREN GUILLÉN, "Problemas del proceso por peligrosidad sin delito", pp. 25-28.

Ello implica que un examen *ex ante facto*⁴ con una posición subjetivista haría permanecer indiferenciada la tentativa del delito imposible.

Si analizamos los casos N° 1 y 2 *ex ante* desde el punto de vista del autor, nos encontraríamos en presencia de dos delitos imposibles, pues el agente al iniciar su actividad cree que toda ella se adecua a los requerimientos de consumación del tipo objetivo (medios, objeto y actividad); y además actúa de acuerdo con el dolo requerido por el artículo 112-4 del C.P.

Por consiguiente la tesis subjetiva es inapropiada y es menester ensayar un análisis objetivo. Siempre haciendo una valoración *ex ante*, debe verse objetivamente cada caso en sus medios, objeto y actividad del agente, y determinar si en cada uno de estos aspectos es viable la consumación.

Sin embargo, los dos casos tienen como común denominador la falta de consumación del delito, pero la diferencia está en que en el caso N° 1 existe un error de tipo al revés,⁵⁻⁶ es decir, que se cree que el medio empleado es eficiente para la consumación del hecho, pero en realidad es ineficiente. Aquí reside la principal diferencia entre tentativa y delito imposible, y es el error de tipo al revés en que cae el agente en la última figura. Podemos citar ejemplos de error en el objeto: el caso en que se dispara sobre un caballo creyendo que es un hombre, se dispara sobre una cama vacía creyendo que ahí está la víctima, o se dispara sobre un muerto creyendo que está vivo; de error en los medios: intentar quebrar un vidrio con una bola de papel bajo la creencia de que es una piedra, o halar el gatillo de una pistola descargada para matar a un semejante creyendo que está cargada; y error en la actividad del sujeto acti-

vo: el que creyéndose funcionario público sin serlo acepta una dádiva para determinada comisión.

De manera que la diferencia es el error de tipo al revés, que se determina como resultado de un examen objetivo *ex ante facto*, error que no existe en la tentativa.

Hay una segunda diferencia entre la tentativa y el delito imposible, y es que aquélla tiene un principio de ejecución mientras éste no. Esto es así porque con la tentativa se inicia la ejecución del delito (tentativa inacabada) o se realiza toda la ejecución (tentativa acabada o delito frustrado), faltando sólo la consumación para realizar el tipo objetivo del delito que se perseguía. En cambio en el delito imposible ni siquiera se llega a actos de ejecución porque lo imposible no se puede ejecutar. Valga el ejemplo de quien desea matar con azúcar creyendo que es veneno (caso N° 1), de donde resulta claro que no se puede comenzar a envenenar sin veneno; en cambio en el caso de quien administra veneno pero es resistido por la víctima (caso N° 2), sí se comenzó a envenenar pero la dosis en el caso concreto no fue letal; en el primer ejemplo ni siquiera se puede ejecutar algo pero en el segundo sí.

III. El error de tipo al revés

Ya se hable de dolo de tipo, ya de dolo de culpabilidad, en el delito imposible, como dijimos en el aparte segundo, se encuentra presente siempre el error invertido que recae sobre el elemento intelectual del dolo, y da como resultado la configuración de aquél. Esa es una diferencia fundamental con la tentativa.

El siguiente cuadro comparativo del dolo de tipo y el dolo de culpabilidad, permite apreciar la distinción estructural de cada uno:

4. Siguiendo a CAVALLERO, sostenemos que el análisis de la especie debe ser una prognosis póstuma, es decir, un pronóstico "que mira al futuro, de previsión posterior, porque se cumple a posteriori de la falta de realización del resultado, pero remitida al momento en que el hecho se cometió." CAVALLERO, *op. cit.*, p. 136. Es así porque si se hiciera una valoración *ex post facto* los dos casos serían delito imposible, pues dadas las circunstancias conocidas posteriormente los dos son imposibles de realizar. Ver también CAVALLERO, p. 135.
5. LONDOÑO BERRIO define el error de tipo del siguiente modo: "...el error de tipo es el que tiene como objeto las circunstancias objetivas —fácticas o normativas—, que integran el tipo penal. Todo error de tipo excluye el dolo y deja la posibilidad de la imputación a título de culpa, cuando es vencible y existe el respectivo tipo culposo." LONDOÑO BERRIO, "El error en la moderna teoría del delito", p. 24. Coincide lo anterior con el artículo 34 del C.P. CAVALLERO, *op. cit.*, p. 130; WELZEL, *op. cit.*, p. 112 y WESSELS, *op. cit.*, p. 74.
6. No debe confundirse el error de tipo y el error de tipo al revés, con el error de prohibición y el error de prohibición al revés o delito putativo. En el primero de los cuatro se realiza un tipo objetivo sin dolo, y en el segundo se realiza el tipo subjetivo no el objetivo; en el error de prohibición se realiza el tipo objetivo bajo la creencia de que no se realiza una acción penada, y finalmente en el error de prohibición al revés o delito putativo no se realiza ningún tipo bajo la creencia de que se comete un delito. En este sentido CAVALLERO, *op. cit.*, p. 130; LONDOÑO BERRIO, *op. cit.*, en general; y LABATUT GLENA, *op. cit.*, pp. 182 ss.

	Elementos del dolo	
	Dolo de tipo	Dolo de culpabilidad
Elemento intelectual	Conocimiento del tipo objetivo	A. Conocimiento del tipo objetivo B. Conocimiento de la antijuridicidad
Elemento volitivo	Querer y aceptar el resultado	Querer y aceptar el resultado

Es claro que en el caso del dolo de tipo el elemento intelectual está integrado únicamente por el conocimiento del tipo objetivo, en tanto que el dolo de culpabilidad está formado tanto del conocimiento del tipo objetivo como del conocimiento de la antijuridicidad. El error invertido afecta el elemento intelectual en las dos formas de dolo, en lo que se refiere al conocimiento del tipo objetivo. Sin embargo, en el dolo de tipo el error afectaría la tipicidad, por lo que se denomina error de tipo al revés; mientras para el dolo de culpabilidad que sigue la vieja concepción, el error excluye la culpabilidad y se denomina error de hecho. Ello porque la teoría del tipo simple ubica el dolo en la culpabilidad.

Ahora bien, dentro de la estructura del delito, nosotros seguimos la teoría del tipo complejo y ubicamos el dolo en la tipicidad, por lo que utilizamos los términos de error de tipo y error de tipo al revés.

El error de tipo supone una falta de conocimiento del hecho que se realiza, esto es se llenan los elementos del tipo objetivo sin saberlo el agente. Por ejemplo quien tira al blanco colocando una silueta en un estañón abandonado en un predio deshabitado, luego dispara varias veces, ignorando que dentro del estañón se escondía un niño, que murió por los impactos de bala. Si el error era invencible la exclusión del dolo implica la exclusión del tipo, y con ello no se configura delito. No obstante, si el error es

vencible, es decir que se produce por la omisión de un deber de cuidado que se puede relacionar causalmente con el resultado, el hecho es sancionable si existe la previsión legal de la conducta bajo su forma culposa. En el C.P. el error de tipo está previsto en el párrafo primero del artículo 34 (el párrafo segundo de este artículo es configurativo de un error de prohibición indirecto o impropio).

Bajo esta determinación del error de tipo, entramos ahora a definir el error de tipo al revés. Éste, valga la redundancia, es exactamente lo contrario al error de tipo, es decir que el sujeto realiza la acción utilizando medios, actuando sobre un objeto o ejerciendo una actividad inidónea para alcanzar el resultado; pero bajo la creencia —y de aquí el error— de que esos medios, ese objeto o esa actividad son idóneos para alcanzar el resultado. De esta manera el agente cree que el hecho realizado se adecua a la previsión penal, esto es que subjetivamente llena el elemento intelectual del dolo: el conocimiento del tipo objetivo.

IV. El efecto jurídico⁷

De acuerdo con la valoración social que se haga del delito imposible, así se asignará un efecto jurídico a la realización de esta figura. Al respecto la doctrina ha elaborado diferentes teorías que a continuación estudiamos:

7. Concebimos la norma jurídica como una estructura jurídica tridimensional, cuyos elementos son: a) especie fáctica legal, que para el problema de estudio sería la previsión general del delito imposible del artículo 24 del C.P., como la acción de pretender la ejecución de un delito por actos que hacen absolutamente imposible su realización; b) efecto jurídico, que es la manifestación externa de la *voluntas legis* o en otros términos de su contenido valorativo; y c) contenido axiológico o *voluntas legis*, que en suma es el fin de la ley. El efecto jurídico que es la consecuencia de la realización del supuesto de hecho, es una manifestación del contenido axiológico como se indicó. Así si el efecto es la permisón, el estímulo o el castigo, para quien realiza el supuesto de hecho, indica que la *voluntas legis* es permitir, promover o evitar la conducta en que consiste el supuesto de hecho. La norma penal no escapa a esta teoría general, y lo que hemos definido como supuesto de hecho del delito imposible es un hacer que realiza un tipo subjetivo, y el ordenamiento debe establecer un efecto jurídico acorde con los valores sociales dotados de juridicidad; y es la voluntad de la norma. Podría ser la punibilidad, la impunidad u otro. Ver REALE, "Introducción al Derecho", pp. 74-81.

A. La teoría subjetiva alemana

Su fundador es Von Buri a partir de 1862, que propone la punición de la tentativa y del delito imposible a partir de la voluntad del autor, y no del peligro creado. La diferencia entre idoneidad e inidoneidad de los medios supone la relación (causal) hecho-resultado, que no se da ni en la tentativa, ni en el delito imposible y por ende debe atenderse el Derecho a la voluntad estrictamente. No tiene sentido hablar del delito imposible y tentativa, porque si falta el tipo, no podría decirse que se realiza parcialmente; polariza este aspecto en que se realiza o no el tipo. Hablar de idoneidad de medios, objeto y actividad es absurdo. Welzel es uno de los continuadores de esta teoría.⁸⁻⁹

B. La teoría subjetiva de Garófalo

Al igual que Von Buri, para Rafael Garófalo la tentativa no es sino la expresión de la voluntad del agente, la que revela que es un sujeto peligroso en la sociedad.¹⁰

Cavallero critica a Garófalo, por cuanto dice que la punibilidad en razón de una teoría peligrosista destruye el sistema de la culpabilidad que anhela toda democracia moderna.¹¹

C. La teoría objetiva antigua

Elaborada por Carrara en Italia, y Feuerbach y Mittermaier en Alemania, tomó como índice de la punibilidad el concepto de peligro del bien jurídico tutelado, que en un momento dado existe como un hecho.

Para conciliar la tesis del peligro con el concepto de delito imposible, la imposibilidad se divide en absoluta y relativa. Es absolutamente imposible la

consumación cuando el objeto o el medio son inadecuados y es relativamente imposible cuando las "condiciones" en que se desarrolla la especie impiden el resultado; en el primero de los casos el hecho queda impune, pero en el segundo es punible.¹² En realidad la imposibilidad relativa es la tentativa, y la imposibilidad absoluta es el delito imposible.

Esta teoría trató de evitar el castigo de los actos atípicos y pretendió un criterio general para establecer la punibilidad de la tentativa a través de su definición, y de igual modo la impunidad del delito imposible. No obstante, la determinación de lo que es la imposibilidad absoluta y la imposibilidad relativa es inconsistente, y queda para emitir un juicio en cada caso concreto en forma muy personal para el juez.¹³ De manera que, se eliminan los criterios de la voluntad del agente (teoría subjetiva alemana) y su condición de peligrosidad (teoría subjetiva de Garófalo), pero antes de ser objetiva subjetivizó los conceptos, pues el hecho se ve y valora al arbitrio del juez sin ningún límite.

Ch. La teoría objetiva moderna¹⁴

Esta tesis desarrollada por Von Liszt y von Hippel trata de conciliar la tesis del peligro del agente, con un criterio objetivo de valoración de la conducta peligrosa. Para ello establece los siguientes parámetros:

- a. Es necesario un peligro concreto,
- b. El examen del hecho debe ser *ex ante facto*, y
- c. Si de acuerdo con este examen de la conducta del agente es imposible la consumación, ésta no es peligrosa y por ende debe quedar impune.

Es claro que se establece un criterio objetivo causal, y el resultado debe ser un peligro concreto,

8. En este sentido CAVALLERO, *op. cit.*, pp. 87 ss.; y JIMÉNEZ DE ASÚA, *op. cit.*, pp. 488 ss.

9. "Según la teoría subjetiva —dice WELZEL— no necesita la realización exterior de la voluntad para ser, en cuanto tal, peligrosa, sino que para el Ordenamiento jurídico es seriamente peligrosa ya la voluntad que cree ponerse con su actuación de inmediato en relación con la realización del delito. Se castiga, por eso, por prescindencia de la falta de peligrosidad de la tentativa con medios inidóneos o respecto de un objeto inidóneo, cuando el autor los estima idóneos." Y más adelante agrega: "...la transformación de la voluntad de cometer un delito en un hecho exterior es, sin embargo una tentativa; y aun en estos casos el autor cumple con ello. Por eso, también en ellos existe una tentativa (inidónea), cuya punibilidad surge de lo expresado arriba en el punto 1b)" —el maestro alemán se refiere a la cita anterior—. WELZEL, *op. cit.*, pp. 266 y 268.

10. Ver JIMÉNEZ DE ASÚA, *op. cit.*, p. 489.

11. Ver CAVALLERO, *op. cit.*, pp. 91-93.

12. Ver CAVALLERO, *op. cit.*, pp. 93 ss.; WELZEL, *op. cit.*, pp. 265 ss.; y LABATUT GLENA, *op. cit.*, p. 183.

13. Así lo señala WELZEL al indicar que "la medida para distinción entre inidoneidad absoluta y relativa es el punto de vista *ex post*, esto es, del juez." WELZEL, *op. cit.*, p. 266.

14. Ver JIMÉNEZ DE ASÚA, *op. cit.*, pp. 489 ss.; CAVALLERO, *op. cit.*, pp. 97 ss.; y WELZEL, *op. cit.*, p. 266.

pero si éste o la consumación fueren imposibles de acuerdo con los medios, objeto o actividad del autor, el hecho queda impune. De modo que se requiere un peligro concreto para la punición, lo que choca con nuestra posición, pues consideramos —como se verá— que de acuerdo con la redacción del artículo 24 in fine del C.P., en el delito imposible no hay peligro para el objeto jurídico de la acción.

D. La teoría de la impresión

Se fundamenta en que el Derecho Penal debe proteger bienes jurídicos de una voluntad de acción, y por ello tanto voluntad agresora como bien jurídico afectado tienen recíproca influencia.

Llamada también teoría de la impresión, predica esta posición que la acción del autor de delito imposible, es reprochable por la relevancia social que tiene al iniciar actos intencionalmente "dirigidos" a la consumación de un delito por un lado; y por otro la demostración de la capacidad delictiva del agente, que no consumó el delito por un error (error de tipo al revés) sobre los medios, objeto o actividad. Todo esto lleva a una afectación, no del bien jurídico,¹⁵ sino de la paz jurídica de la comunidad, que de quedar impune causaría una conmoción social.

Esta posición se pronuncia por la punición del delito imposible, para lograr la prevención general y especial propias del Derecho Penal.¹⁶

Creemos que esta es la tesis correcta para fundar el castigo del delito imposible.

E. La teoría de la falta de tipo

Algunos autores han desarrollado esta teoría diciendo que, no existe delito imposible sino atipicidad de la conducta, cuando los medios o el objeto de la acción no son los requeridos por la figura principal para la realización del tipo. Por consiguiente, administrar azúcar creyendo que es veneno, o disparar sobre un caballo creyendo que es un hombre, por

mucha peligrosidad que manifiesten, quedan impunes.¹⁷ La consecuencia de esta doctrina es la impunidad del delito imposible siempre.

De acuerdo con BACIGALUPO, hemos arribado a la conclusión de que el delito imposible debe castigarse a pesar de la inidoneidad del medio, del objeto y de la actividad, ya que el C.P. solamente indica que debe ser absolutamente imposible la consumación, y con ello recoge cualquier forma inidónea. No obstante, nuestra legislación no castiga el delito imposible sino que lo trata con una medida de seguridad,¹⁸ por lo que se puede decir que queda impune.

En realidad esta "nueva teoría" es la misma que la objetiva antigua, pues hace depender la punición del peligro relativo (tentativa) o de la ausencia absoluta de peligro (delito imposible), de acuerdo con la apreciación que se haga de los medios y del objeto.¹⁹

V. Tratamiento del delito imposible en el Código Penal

Como ya lo adelantamos, nuestro C.P., en lo que a delito imposible se refiere, es peligrosista y dentro de esta posición sigue la teoría objetiva antigua. Esto trae como consecuencia la impunidad del autor de delito imposible.

Sin embargo, la tesis de CARRARA no vive pura en el artículo 24 in fine del ordenamiento penal sustantivo, ya que al imponer la aplicación de una medida de seguridad a la figura en comentario, no sólo considera el peligro para el bien jurídico, sino el peligro que representa la personalidad del sujeto. Se arriba a esta conclusión porque en nuestro Derecho Penal, las medidas de seguridad están concebidas para prevenir a la sociedad de posibles conductas delictivas del reo.

Previo informe de peligrosidad que debe rendir el Instituto Nacional de Criminología de acuerdo con

15. Cf. CAVALLERO, *op. cit.*, pp. 120 ss. y 139-142. Este autor sostiene que además de la relevancia social (impresión), debe completarse por la afectación del bien jurídico.

16. Sobre la prevención general y especial, ver JESCHECK, *op. cit.*, pp. 6 ss.; BUSTOS RAMÍREZ, *op. cit.*, pp. 124 ss. y 136 ss.; WESSELS, *op. cit.*, pp. 327 ss., a 330 ss., 335 y 374, y RODRÍGUEZ MOURULLO, *op. cit.*, p. 55.

17. En tal sentido JIMÉNEZ DE ASÚA, *op. cit.*, pp. 176 y 486-491. La teoría de la falta del tipo sólo tiene aplicación en caso de inexistencia del objeto; sin embargo, consideramos que es una posición inconciliable con la nuestra. CAVALLERO, *op. cit.*, pp. 128 ss.; sobre esta teoría ver WESSELS, *op. cit.*, p. 268.

18. "La falta de consumación puede provenir de la no concurrencia de los elementos del tipo: el resultado o un elemento cualquiera de la descripción típica." BACIGALUPO, *op. cit.*, pp. 172 ss. Al leer el art. 24 del C.P. se percibe la influencia de la teoría objetiva antigua de Carrara, Feuerbach y Mittermaier.

19. Véase la teoría objetiva antigua.

el artículo 97, y de conformidad con los numerales 24, 98-5, 100, 101, párrafo tercero y 102-b del C.P., el juez o tribunal deben aplicar al autor de delito imposible, una medida de seguridad de internación hasta por veinticinco años en una colonia agrícola o establecimiento de trabajo sometido a régimen especial.

Al estudiar esta forma de tratamiento, llegamos a concluir que es inconstitucional, ya que el internamiento supone privación de libertad en primer lugar, y en segundo lugar la falta de realización de alguno de los tipos de la parte especial implica que no se puede privar al sujeto de la libertad por no haber consumado delito sancionado con prisión.²⁰ Esto quiebra los principios de libertad física y de tránsito, *nullum crime nulla poena sine lege* y de culpabilidad, consagrados en los números 22 y 39 de la Constitución Política.

VI. Jurisprudencia

Los siguientes extractos jurisprudenciales son referidos a hechos violatorios del artículo 100 de la Ley Orgánica del Banco Central, en que miembros del Organismo de Investigación Judicial provocaron una negociación ilegal de dólares totalmente controlada (delito experimental).

Tanto la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, como el Juzgado Tercero Penal de San José, han establecido la atipicidad de las conductas, no obstante no calificaron los hechos como delito imposible por error *in iudicando* en cuanto al contenido del artículo 24 in fine del C.P. Las tesis jurisprudenciales son respetables aunque no las compartimos.

A. La Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, N° V-185-F, a las 14,30 h del 9 de octubre de 1984, resolvió:

"En el caso sub examine no existió posibilidad alguna de afectación al bien jurídico que se pretende proteger al penalizar la conducta a que se refiere el antes citado artículo 100 de la Ley Orgánica del Banco Central, pues los agentes del Organismo de Investigación Judicial que participaron en el operativo montado, habían tomado las previsiones del caso para que los dólares una vez que los tuviera en su poder el 'comprador', fueran inmediatamente decomisados."

Observe el lector que se establece la inidoneidad de la actividad y del objeto, lo que de acuerdo con la tesis de CARRARA (objetiva antigua) que informa la parte final del artículo 24 del C.P., es imposibilidad absoluta de consumación y por consiguiente delito imposible. Más adelante dice la resolución:

"Los miembros del Organismo de Investigación Judicial fueron los que les determinaron para actuar conforme lo hicieron, pero a su vez ya habían tomado las previsiones del caso —como ya se apuntó anteriormente— para que la acción emprendida no produjera sus resultados; el bien jurídico protegido no tuvo posibilidad alguna de resultar afectado."

Con esto los magistrados del Alto Tribunal establecen la ausencia de peligro concreto, que es otro elemento de la teoría objetiva antigua para configurar el delito imposible. Luego continúan:

"la compraventa sólo en la mente del 'adquirente' era una realidad, el vendedor no actuaba como tal pues tenía la absoluta seguridad de que los dólares serían decomisados por sus compañeros y que no podía sino engañosamente disponer de los mismos, pues le habían sido prestados al órgano para el cual labora, por el Banco Central, para realizar unos operativos como el investigado en la presente causa y luego proceder a su devolución al ente emisor."

Sin proponérselo, en este fragmento la Sala Tercera se ha referido a la existencia de un error de tipo al revés en la mente del sujeto, con lo cual queda totalmente configurado el delito imposible. Lo curioso de este caso, es que la resolución ni siquiera analiza la figura.

B. La Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, N° V-188-F, a las 14,45 h del 9 de octubre de 1984; resolvió:

"...el peligro que debe producir un delito de la naturaleza del que nos ocupa, debe ser objetivo, es decir, efectivo, real e idóneo, pues la interpretación sistemática..."

Nuevamente se observa que la Sala exige para la consumación o tentativa, la existencia del peligro

20. Ver arts. 505 del C.P.P. y 50 del C.P.

concreto; con éste se configuraría la imposibilidad relativa de acuerdo con la tesis de CARRARA. Igual se puede decir del siguiente extracto:

"Esos hechos en ningún momento pusieron en peligro efectivo, real e idóneo la estabilidad monetaria del país que es el bien jurídico tutelado por el mencionado artículo 100 de la Ley número 6789. Faltó en consecuencia un elemento importante para la tipificación de esa figura delictiva, por lo que, como se afirma en la sentencia impugnada, la acción resulta atípica."

Tampoco en este caso se estudió la existencia de un delito imposible.

C. El Juzgado Tercero Penal de San José, N° 372-84, sin hora, el 29 de noviembre de 1984, resolvió:

"El Derecho Penal tiene como finalidad posibilitar la normal convivencia del ser humano, reprimiendo aquellas conductas que afectan bienes jurídicos importantes para ese normal desarrollo de la vida de relación que caracteriza a los hombres, por lo que corresponde determinar si el peligro que afecta el bien jurídico tutelado en el artículo 100, inciso a), de la Ley Orgánica del Banco Central, y que no es otro que la estabilidad monetaria... se concluye que el peligro que debe producir un delito de la naturale-

za del que nos ocupa, debe ser concreto, real, objetivo e idóneo...".

Al igual que Casación el Juez Tercero Penal de San José, comprendió que para que una conducta no sea calificada como delito, a la luz de la doctrina (de CARRARA) que informa en lo que interesa el artículo 24 del ordenamiento penal sustantivo, debe corresponder al concepto de imposibilidad absoluta. Pero su error —en nuestra opinión— es que se aparta de la teoría antigua, al no aplicar la medida de seguridad prevista en el artículo 24 para la imposibilidad absoluta. Más adelante el fallo agrega:

"El señor representante del Ministerio Público argumentó que estamos en presencia de un 'delito imposible', solicitando se les aplique a los encartados una medida de seguridad. Dicha posición, la respeta el Tribunal pero no la comparte ya que del análisis que se hizo en el considerando anterior se concluye que la conducta de los encartados es atípica..."

El argumento no cabe, ya que de acuerdo con lo estudiado, lo primero para la aplicación de la previsión legal del delito imposible, es que la conducta sea atípica; por lo que está el juez usando el fundamento del delito imposible para declarar que no existe, lo que es un contrasentido jurídico.

CONCLUSIÓN

Ha quedado expuesto que nuestro C.P. en materia de delito imposible, sigue la tesis objetiva antigua de CARRARA, según la cual existe tentativa cuando la acción tiene una relativa posibilidad de alcanzar el resultado, en tanto se trata de delito imposible cuando no hay en absoluto posibilidad de alcanzar el resultado. Nuestra jurisprudencia, ha aplicado hasta aquí en buena forma la tesis del maestro italiano, en punto a exigir una posibilidad real de peligro para el bien jurídico protegido, a fin de establecer si se ha cometido delito en su forma consumada o tentada. La conclusión ha sido que aquellas acciones que impliquen una imposibilidad absoluta para alcanzar el resultado, son atípicas.

Sin embargo, pese a ser atípicos los actos realizados en relación con el delito que se quería cometer (homicidio, robo, canje ilegal de divisas, etc.), están tipificados como delito imposible, cuyo efecto jurídico es la aplicación de una medida de seguridad. Y aquí es donde los fallos precedentes se separan

del marco de legalidad, porque después de declarar que las conductas son atípicas no han aplicado la medida de seguridad de internación hasta por veinticinco años en una colonia agrícola o establecimiento de trabajo sometido a régimen especial, establecida por los artículos 24, 98-5, 100, 101, párrafo tercero y 102-b del C.P.

Esa situación es síntoma de desconocimiento de la figura y teoría del delito imposible, lo que permite pensar que en esta materia, los tribunales han resuelto de acuerdo con criterios de justicia, con la utilización de una técnica equivocada que les ha permitido una solución a medias, como es la declaración de atipicidad del hecho en relación con el delito que se pretendió cometer; pero no se ha dicho que estas conductas son típicas por estar previstas como delito imposible, y deben ser tratadas mediante la aplicación de una medida de seguridad. Desde luego que ese tratamiento es totalmente atrasado, y lo conveniente es una reforma que permita aplicar la

sanción en idéntica forma que en los casos de tentativa, sea con la misma pena que para el delito consumado disminuida a criterio del juez; pero mientras la ley permanezca tal cual está, los administradores de justicia no están en posibilidad legal, de dejar de imponer la medida de seguridad de comen-tario.

Pareciera que una forma más útil y sencilla de establecer la diferencia entre la tentativa y el delito imposible, es mediante la determinación de la existencia del error de tipo al revés que se encuentra en

el delito imposible, pero que está ausente en la tentativa. Para ello debe hacerse una *prognosis postuma ex ante facto*, que permita concluir en la viabilidad o no de la acción para alcanzar el resultado; de ser viable estamos ante una tentativa, pero en caso contrario estamos ante un delito imposible por la existencia de un error de tipo al revés en los medios, objeto o actividad del agente.

Esperamos así contribuir en alguna forma para que en adelante tenga vigencia plena el artículo 24 del C.P.

BIBLIOGRAFÍA

- BACIGALUPO, Enrique, *Manual de Derecho Penal*, parte general, Colombia, Temis-Ilanud, 1984.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Bases críticas de un nuevo Derecho Penal*, Colombia, Editorial Temis Librería, 1982.
- CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco, *Derecho Penal centroamericano*, parte general, San José, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, s.f.
- CAVALLERO, Ricardo Juan, *El delito imposible*, Argentina, Editorial Universidad, 1983.
- CUELLO CALON, Eugenio, *Derecho Penal*, T. I, V.I, Barcelona, Bosch, 1975.
- DALL'ANESE RUIZ, Francisco y LLOBET RODRÍGUEZ, Javier, *El iter criminis*, Universidad de Costa Rica, Sede Regional de Occidente, Coordinación de Investigación, San Ramón, 1988.
- DALL'ANESE RUIZ, Francisco, *La interpretación de las normas jurídicas y el cambio social*, San José, Tesis de grado para optar al título de licenciado en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1983.
- EZAINE CHÁVEZ, Armando, *El iter criminis*, San José, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1981 (mimeo.).
- FAIREN GUILLÉN, Víctor, *Problemas del proceso penal por peligrosidad sin delito*, España, Editorial Tecnos, 1972.
- FONTAN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho Penal*, T.I, San José, Editorial Estudiantil, s.f.
- FONTAN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1966.
- FONTAN BALESTRA, Carlos, *Derecho Penal*, parte especial, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1978.
- FRÍAS CABALLERO, Jorge, *El proceso ejecutivo del delito*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1956.
- GIMBERNAT ODERIG, Enrique, *Autor y cómplice en el Derecho Penal*, España, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, 1966.
- JESCHECK, Hans Heinrich, *Tratado de Derecho Penal*, parte general, T.II, España, Bosch, 1981.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *La ley y el delito*, Buenos Aires, Editorial Suramericana, 1979.
- LABATUT GLENA, Gustavo, *Derecho Penal*, T.I, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1976.
- LONDOÑO BERRIO, Hernando, *El error en la moderna teoría del delito*, Colombia, Editorial Temis Librería, 1982.
- NOVOA MONREAL, Eduardo, *Causalismo y finalismo en el Derecho Penal*, Costa Rica, Juriscentro, 1980.
- NÚÑEZ, Ricardo, *Manual de Derecho Penal*, parte general, Argentina, Marcos Lerner Editora Córdoba, 1982.
- PACHECO, Máximo, *Introducción al Derecho*, Chile Editorial Jurídica de Chile, 1976.
- PADILLA, Guillermo, *Exposición de motivos del Código Penal de 1970*, Costa Rica.
- REALE, Miguel, *Introducción al Derecho*, España, Ediciones Pirámide S.A., 1976.
- RIVERA QUIRÓS, Juan Rafael, *El proceso ejecutivo del delito*, Costa Rica, Tesis para optar al grado de licenciado en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1974.
- RODRÍGUEZ DEVEZA, José María, *Derecho Penal español*, parte general, Madrid, Gráficas Carasa, 1979.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Derecho Penal*, Madrid, Editorial Civitas S.A., 1978.

SOLER, Sebastián, *Derecho Penal argentino*, T.II, IV y V, Argentina, Tipográfica Editora Argentina, 1976.

WELZEL, Hans, *Derecho Penal alemán*, Chile Editorial Jurídica de Chile, 1976.

WESSELS, Johannes, *Derecho Penal*, parte general, Buenos Aires, Depalma, 1980.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal*, parte general, Buenos Aires, Ediar, 1979.
