

# Revista de CIENCIAS JURIDICAS



Publicada por el Departamento de Ciencias Jurídicas - Universidad Católica Madre y Maestra - Santiago - República Dominicana

Comite de Redacción:

Prof. Adriano Miguel Tejada  
Br. Leonel Melo  
Br. José Miguel de la Cruz  
Br. Margarita Battle  
Br. Rosanna V. Ramírez  
Br. Mario Arvelo C.

ISSN 0379-8526

Segunda Epoca

AÑO V

ABRIL 1989

Nº 56

## CONTENIDO

### Doctrina

El Tratamiento Legal de la Violencia contra la Mujer en la República Dominicana

Rosina De la Cruz de Alvarado

El Comienzo de Ejecución de la Tentativa

Gregory Castellanos Ruano



## DOCTRINA

**El Tratamiento Legal de la Violencia  
contra la Mujer en la  
República Dominicana**  
Rosina De la Cruz de Alvarado\*

El Derecho Penal, según la opinión de algunos estudiosos de esa rama del derecho es la parte de la legislación positiva que trata con mayor equidad a la mujer. Cuando delinque, la mujer recibe el mismo tratamiento que el hombre. Las leyes penales, afirman, no establecen diferencias en razón del sexo en las penas aplicables a los crímenes y delitos que a diario conocen los tribunales; señalan además, que las causas de atenuación y/o agravación de las penas se aplican por igual a los dos sexos; asimismo, continúan afirmando, sucede con las causas de excusabilidad y de legítima defensa.

En resumidas cuentas, el delincuente, según esa opinión, sea hombre, sea mujer, es medido en la legislación penal con la misma vara.

Esa afirmación contiene atractivos innegables y puede conducir a un optimismo injustificado que produzca suspiros de alivio que hagan exclamar como el legendario Arquímedes EUREKA! Hemos encontrado en nuestro viejo Código Penal un reducto legal que escapó a la malevolencia de Napoleón! Sus disposiciones aunque severas, nos reconocen, al menos, la capacidad de delinquir en igualdad de condiciones con nuestros compañeros los hombres!!!

Cuidado! Esa afirmación superficial, acomodaticia y precipitada contiene más verbalismo que análisis serio de las instituciones penales y de la situación de la mujer en ellas.

---

\* Licenciada en Derecho UCMM, 1970; Doctora en Derecho, París, 1975; Profesora del Departamento de Ciencias Jurídicas PUCMM. Este trabajo fue preparado para el Conversatorio del día 25 de noviembre de 1988, Día de la No Violencia contra la Mujer.

Esa aseveración es como el iceberg de los mares del norte, que solo muestra una parte de la verdad y el resto que oculta es mayor y cargado de consecuencias para la mujer; conviene, pues, limitar la creencia en las supuestas bondades de la legislación penal hacia la mujer y cuidarse de atribuirle el carácter de verdad absoluta.

En efecto, si bien es cierto que el delincuente, sin distinción de sexo comparece ante los tribunales para responder de su conducta antisocial y se le aplican eventualmente las sanciones establecidas para castigar las diferentes infracciones que pueda haber cometido, no es menos cierto que en esa misma legislación existen situaciones de discriminación contra la mujer, a lo cual se suma además, que la aplicación práctica de sus preceptos es fuente de desigualdad.

Importa destacar, por otra parte, que la legislación penal ha descuidado erigir en infracciones hechos que fomentan la desigualdad, la discriminación contra la mujer, vaciando de contenido el canon constitucional contenido en los artículos 8, ¶ 5, y 100 que establecen la igualdad de todos los dominicanos.

Esas constantes en la legislación dominicana, hacen necesario, en consecuencia, analizar: I.- Las violencias sancionadas; II.- El tratamiento judicial de las violencias sancionadas y III.- Las violencias no sancionadas.

## **I.- Las Violencias Sancionadas en la Legislación Penal** Los delitos contra la honestidad (Arts. 330 a 340).

El título II, ¶ III, Sección IV del Capítulo I del Código Penal, que comprende los artículos 330 a 340, sanciona los llamados delitos contra la honestidad. Esos artículos contienen previsiones que tipifican y sancionan:

- 1.- El ultraje al pudor;
- 2.- El atentado al pudor cometido con violencia contra un menor de edad (abuso sexual infantil);
- 3.- El estupro;
- 4.- Atentado contra las costumbres (incitación a la prostitución y la corrupción de menores);
- 5.- El adulterio;

- 6.- La bigamia;
- 7.- Las circunstancias agravantes de esas infracciones;
- 8.- Las condenaciones accesorias a la pena principal establecida para sancionar la comisión de esas infracciones, y,
- 9.- Las causas de interrupción, prescripción y caducidad de la persecución y/o condenación del adulterio.

Como se observa, en un sólo intitulado "Delitos contra la honestidad", el Código Penal recoge, tipifica y sanciona infracciones diversas, conexas y disímiles. En esa mezcla abigarrada, confusa y disparatada de infracciones y disposiciones legales, se dá la igualdad de la mujer? De ningún modo. Es precisamente esta parte de la legislación penal, la que contiene mayor dosis de discriminación y vejación contra la mujer.

En efecto, entre las infracciones señaladas, unas son sancionadas con una escala de penalidad variable atendiendo a la edad de la víctima, correspondiendo mayor penalidad a menor edad, gradación que no es fortuita y que revela que lo que la legislación penal sanciona no es la violencia contra un individuo con iguales capacidades y potencialidades que el otro (ya que el substratum de la legislación es que son delitos cometidos contra la mujer), sino la transgresión a los valores morales y sociales que ese individuo representa. Otras infracciones son tratadas con una clemencia que raya en la despenalización.

Entre las violencias sancionadas en la legislación penal, unas son simples delitos porque la sanción que conllevan es correccional (a) y otras son crímenes (b).

#### **a) Violencias Correccionales.**

En el primer grupo de las violencias sancionadas, se encuentran los atentados al pudor.

El artículo 330 del Código Penal, sanciona con prisión correccional de tres meses a dos años y multa de cinco a cincuenta pesos, el que cometiere públicamente un ultraje al pudor. Conviene destacar entonces, qué es un atentado público al pudor.

La valoración ética de lo que es el pudor depende la época y el lugar. Básicamente, entre nosotros, el ultraje al pudor es el o la

exhibicionista que se pasea total o parcialmente desnudo en la vía pública, (es importante señalar, que en este caso como en muchos otros, se sobreentiende que el infractor es el hombre, ya que para la mujer como mercancía social, su desnudez es a los ojos de la comunidad un espectáculo agradable y muchísimo menos censurable que la de un hombre).

En otras épocas constituía un ultraje al pudor un hombre sin camisa en la calle, o una pareja heterosexual acariciándose en un lugar público. Actualmente, podría constituir una infracción de este tipo una pareja homosexual haciéndose arrumacos y carantanas en la vía pública, pero tal vez no, quién sabe!

Hay que observar que si el ultraje al pudor es privado, no es sancionado. Nada impide entonces, que un patrón, un pariente, un amigo, se libre a exhibiciones en el ámbito de una casa de familia, frente a menores y adultos que están bajo su subordinación. En este sentido, la legislación penal recoge y refrenda la noción de orden a mantener que es el público; el desorden en las costumbres sino trasciende al público, no es sancionado, reprimido.

## **b) Las Violencias Criminales.**

Inmediatamente después del ultraje público al pudor, cuya sanción permite deducir que a los ojos del legislador era una infracción banal e irrelevante, se inician los delitos graves que el Código sanciona con penas criminales.

Esas infracciones son:

- El abuso sexual infantil (que el Código eufemísticamente llama atentado al pudor);
- El estupro.

*El abuso sexual infantil* o atentado al pudor es castigado con la pena de reclusión de 2 a 5 años, si este abuso es realizado por un tercero y sin violencia. El atentado al pudor con violencia es sancionado con la pena de reclusión de 3 a 20 años.

Es importante apuntar que aunque el incesto no es sancionado en la legislación penal, constituye sin embargo, una causa de agravación del abuso sexual infantil, y en este caso se sanciona con la pena de reclusión (3 a 20 años).

*El estupro.* Según la definición del diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, el estupro es: "el acceso carnal del hombre con una doncella, logrado con abuso de confianza o engaño". Según ese mismo diccionario antiguamente llamábase estupro a la relación sexual con soltera núbil o con viuda, logrado sin su libre consentimiento.

Por otra parte, violar, dice el diccionario es "tener acceso carnal con una mujer por fuerza o hallándose privada de sentido, o cuando es menor de doce años".

El Código Penal en el artículo 332, prevé:

"El estupro o ayuntamiento carnal normal e ilícito de un individuo con una persona de sexo femenino y sin la participación de la voluntad de ésta".

A simple lectura se observa que el legislador deja claro quién es individuo (el hombre, claro está) para el cual se escribieron los derechos individuales.

En segundo lugar, la infracción prevista contiene un elemento cuya ausencia impide la tipificación de ella: la víctima es siempre y necesariamente, una mujer.

En tercer lugar se observa que el Código englobó en una infracción circunstancias distintas como son la edad, la ausencia de consentimiento, la utilización del engaño, el uso de la violencia, lo que conlleva que la infracción tipificada en el artículo 332 es un híbrido, del cual se derivan consecuencias dañinas para la mujer.

La disposición legal comentada establece la necesidad de la reunión de varios elementos para que la infracción esté tipificada. Esos elementos son:

1.-El estupro sólo puede ser cometido por un hombre contra una mujer; lo que excluye la realización del mismo entre individuos del mismo sexo;

2.- La relación tiene que ser normal, es decir la conjunción del órgano sexual masculino con el órgano sexual femenino, lo que tiene como resultado excluir la sodomía y otras prácticas sexuales;

3.- La ilicitud, es decir, debe tratarse de una mujer que no es la propia. La violencia sexual ejercida dentro del ámbito de la pareja sancionada socialmente -ya sea por el matrimonio legal o por la vía de la unión de hecho o concubinaria-, es inexistente. En ese contexto, la relación misma naturaliza y admite el recurso de la violencia como una de las

prerrogativas del hombre en exigencia del cumplimiento de los deberes conyugales;

4.- Finalmente, el Código exige la ausencia de consentimiento. La violación implica un ejercicio de violencia mediante el cual se obligaría a la víctima a una relación sexual indeseada. Pero esa violencia es física, "debe haber asalto. Las diferentes formas de coacción sexual: chantaje afectivo, engaño, disuación de la resistencia mediante la amenaza de mayor violencia física, no son contempladas como elementos conformantes del acto de violación".

Otro elemento que no está formalmente contemplado en este artículo, pero que sin embargo incide de manera capital en la sanción de esta infracción es la edad de la víctima, que se convierte en factor de mayor o menor severidad en el tratamiento judicial de la misma.

El artículo 332 del Código Penal establece una gradación de las penas atendiendo a la edad de la víctima: si la víctima es menor de once años, la pena es de reclusión de 3 a 20 años; si es mayor de once años, pero menor de dieciocho, la pena es de detención; si es mayor de dieciocho años, la reclusión de 2 a 5 años.

Esa gradación, conlleva en sí misma la admisión como causa de atenuación de la infracción, de elementos subjetivos como la reputación de la víctima o su transgresión a las pautas conductuales fijadas socialmente a la mujer, permitiendo de este modo que los organismos jurisdiccionales proporcionen una magra acogida a una mujer que abandona el ámbito familiar o que circula sola o por lugares solitarios.

Esta disposición legislativa contiene además un elemento que las mujeres no deben perder de vista: la valoración ética que de ella hace anticipadamente el legislador. La infracción no es sancionada en razón de la violencia ejercida contra un individuo de la sociedad; es sancionada en razón de los valores morales y sociales que la mujer encarna, por ello una mujer que tiene dieciocho años o más es objeto de un tratamiento judicial divorciado con la agresión que ella ha experimentado, en razón de que subyace en el texto de la ley, que a su edad ya ella ha entrado o está en aptitud de entrar en el comercio sexual y por tanto la sanción que recibe su agresor está en concordancia con esta aptitud. Lo contrario ocurre con una menor que no está aún en esa aptitud, a la cual hay que proteger hasta lograrla.

*La seducción.* La legislación penal no sanciona al que con engaño, persuasión, chantaje u otro medio, obtiene una relación sexual con una mujer, relación que de otro modo no hubiera obtenido. Es decir, en este caso, el dolo no lo corrompe todo. Sin embargo, si un individuo hace grávida a una joven reputada como honesta, se expone a las sanciones contenidas en el artículo 355 del Código Penal.

Hay que advertir, sin embargo, que esta disposición no sanciona que un hombre haya engañado a una mujer, o haya ejercido violencia contra ella. Lo que se sanciona es que fuera de los lazos del matrimonio la haya hecho grávida siendo menor de edad. Estimamos que la represión legal de tal acción se debe fundamentalmente al temor de introducir en la familia legítima un hijo natural.

En esta infracción, al igual que en la sustracción de menores, el legislador no sanciona la agresión de que es víctima la mujer (evidentemente sólo una mujer puede ser la víctima de ella), sino el atentado contra la autoridad del padre sobre sus hijos, tal como dice la parte *in fine* del artículo 354: desplacen los menores "a otros lugares distintos de aquellos en los cuales permanecían bajo la guarda, la protección y el cuidado de la persona a quien correspondan..."

## II.- El Tratamiento Judicial de la Violencia.

En la República Dominicana, es un lugar común que las estadísticas no son confiables y en el caso de la violencia contra la mujer, con mayor razón aún puede decirse. En efecto, no obstante que es un hecho notorio que la violencia a todos los niveles ha ido en aumento no se encuentran estadísticas sobre la violencia contra la mujer.

Este fenómeno que no es exclusivamente dominicano, se debe en gran medida, a que las mujeres saben desde hace tiempo la atención que una agresión contra ellas merece de los órganos jurisdiccionales y prefieren evitarse la molestia de llevar al conocimiento de dichos órganos las agresiones de que son objeto.

Las mujeres no acuden a los tribunales a buscar protección para ellas, castigo para sus agresores, porque reciben de los órganos jurisdiccionales una acogida denigrante para ellas y de lenidad

para sus agresores. Ahora bien, la actitud de las mujeres está más que justificada cuando se sabe que desde hace cientos de años, la doctrina en el Derecho Penal exige las siguientes condiciones para sancionar el estupro:

- 1.- Que la víctima haya presentado una resistencia constante e igual a la violencia del agente;
- 2.- Que haya desigualdad de fuerzas;
- 3.- Que la víctima haya gritado;
- 4.- Que sobre la víctima hayan quedado algunas señales producidas por el agente culpable;
- 5.- Que en el agresor queden señales de la defensa empleada, tales como arañazos o mordidas.

De donde resulta que si en un momento cualquiera las fuerzas de la víctima decaen y la resistencia no es constante, no hay estupro.

La exigencia de esas condiciones implica para la mujer que se arriesga a hacer del conocimiento de la justicia la agresión de que ha sido objeto, una violencia igual a la de la agresión original. Los interrogatorios vejatorios, sarcásticos y las exhibiciones de mal gusto a que se libran funcionarios judiciales son medios más que disuasivos de la denuncia de las mujeres y garantizan la impunidad del autor de una infracción de este género.

### III.- Las Violencias no Sancionadas

"La persona, en el sentido del derecho, recibe del legislador plena fe de su valor. Ella tiene el poder y el mérito de dominar su destino. Las instituciones fundamentales del orden jurídico citado conciernen principalmente a la garantía de la propiedad privada y a la libertad individual limitada por la fuerza de la responsabilidad personal".

Las mujeres no hemos recibido de nuestro legislador plena fe de nuestro valor. La contribución legislativa en este sentido ha sido mediocre.

Los movimientos que convulsionaron el mundo, dando lugar a nuevas legislaciones, aun en países de menor desarrollo que el nuestro, no han encontrado eco en el legislador dominicano.

Ello explica porqué en la legislación civil las reformas han sido tímidas; explica asimismo, porqué diferentes formas de violencia

contra la mujer no han sido erigidas en infracciones a las leyes penales. Entre las más sobresalientes citamos:

- 1.- La discriminación sexual en el trabajo;
- 2.- El acoso o asedio sexual en el trabajo, y
- 3.- Los golpes y heridas recibidos por la mujer de su marido.

## 1º La discriminación sexual

No hay duda alguna que en la República Dominicana la discriminación en razón del sexo es una constante. A pesar de las leyes que consagran la plena capacidad civil de la mujer, ella es discriminada en la sociedad, que consagra y reconoce estereotipos conductuales que definen y tipifican al hombre y a la mujer; es discriminada en los lugares de trabajo, donde no obstante su participación creciente y sostenida, se le asignan los empleos peor remunerados, donde no percibe un salario igual por igual trabajo; en los cuales el estado civil y la cantidad de hijos es un factor de considerable importancia al momento de obtener el empleo.

Es discriminada en la prensa que publica a instancias de los patronos ofertas de empleos en los cuales la pertenencia a un sexo determinado inhibe en algunos campos la participación de la mujer.

Todo ello en contradicción con las disposiciones contenidas en el artículo 8 ¶ 5 de la Constitución que establece que la ley es igual para todos, y del canon constitucional del artículo 100 que prevé:

"La República condena todo privilegio y toda situación que tienda a quebrantar la igualdad de todos los dominicanos entre los cuales no deben contar otras diferencias que las que resulten de los talentos o de las virtudes".

Ha faltado que en consonancia con esas disposiciones constitucionales, el legislador haya erigido en infracción la discriminación en razón del sexo. Situación ésta que no sólo beneficia a la mujer que es discriminada, sino que también aprovechará a los hombres que se ven relegados y enmarcados en estereotipos que no les permiten aspirar a posiciones cuya humildad, hace coto cerrado de las mujeres.

## **2º El acoso o asedio sexual**

La legislación penal dominicana desconoce otra forma de violencia contra la mujer, que es el acoso o asedio sexual, particularmente en los centros de trabajo. En efecto, los avances y requerimientos sexuales que hacen algunos patronos o jefes a sus empleadas y de cuya aceptación depende el mantenimiento en el trabajo, la obtención de mejoras salariales y el estatuto laboral particular, constituyen una agresión, una violencia no sancionada contra la mujer.

Esos hechos son particularmente graves porque se amparan en el manto de la clandestinidad y no dejan pruebas materiales, ya que ningún patrón, jefe o supervisor hace avances sexuales a una empleada en frente a sus compañeros de trabajo.

## **3º Las sevicias o maltrato conyugal**

Los golpes y heridas voluntariamente inferidos están sancionados en el artículo 309 del Código Penal, sin embargo, no es ocioso señalar que muchas mujeres son golpeadas por sus compañeros. En ese caso, los organismos encargados de sancionar esas violencias se escudan en la excusa de que "son pleitos de marido y mujer", y los despiden sin que la mujer reciba ninguna protección.

No es suficiente con la sanción de los golpes y heridas voluntariamente inferidos para dar a la mujer la protección de la justicia; es preciso que esas violencias "conyugales" sean tipificadas en un delito especial que sancione efectivamente esos hechos y que permita una protección adecuada a una mujer desamparada.

## **IV.- Conclusiones**

Es evidente que la legislación penal no es ese oasis, ese remanso de igualdad entre hombre y mujer que algunos pretenden. La discriminación palpable y evidente de sus disposiciones es muchísimo más grave que la contenida en la legislación civil.

Por otra parte, la aplicación práctica de esta legislación, pone de relieve que la mujer es objeto de escarnio y humillación cuando acude a la justicia en búsqueda de sanción para los autores de violencia contra ella.

Resulta chocante además, que los funcionarios judiciales que son tan diligentes para admitir circunstancias atenuantes en favor de delincuentes masculinos, no muestren la misma premura en admitir las que favorecen a la mujer como con las que se derivan de los periodos de menstruación, menopausia y embarazo, que todos los médicos están contestes en afirmar modifican la conducta de la mujer.

Igualmente, hay que señalar que formas de violencia que sólo son posibles con el auge de los medios de comunicación, no han sido inculminadas y que violencias tan viejas como las sevicias no hayan merecido la protección del legislador.

A riesgo de pecar de reiterativa no puedo menos que concluir en el sentido de que se hace necesaria una reforma profunda de la legislación dominicana, que suprima esas violencias, la desigualdad, la discriminación. En ese sentido, entiendo que las reformas en materia penal deben comprender, entre otros, los siguientes aspectos:

En materia de los llamados "delitos contra la honestidad", convendría introducir algunas innovaciones e incorporar nuevas figuras penales, dividiendo en títulos y subtítulos enlazando entre sí las disposiciones que sancionan diferentes infracciones. A modo de ejemplo, un primer título en el que estaría englobado el ultraje al pudor, puede llamarse "Delitos contra la moralidad y las buenas costumbres". El adulterio y la bigamia, deberían estar en un título con el nombre "Delitos contra la familia".

La violación, entendiéndola por ella toda agresión sexual violenta sin distinción de sexo, ni de edad, en un título aparte llamado "Del crimen de violación". De igual manera se debe proceder con el estupro.

Por otra parte, la seducción debe ser tipificada y sancionada como infracción, en la cual se sancione el que obtiene una relación sexual con promesa de matrimonio, así como el que abuse de su calidad de funcionario o patrón para obtener una relación sexual.

La discriminación en razón del sexo así como el acoso o asedio sexual deben ser tipificados como infracciones, con lo cual una amplia gama de violencias contra la mujer dejarían de ser impunes en el ordenamiento jurídico dominicano.

## UNA MUESTRA DE LA JURISPRUDENCIA DOMINICANA EN MATERIA DE VIOLENCIA CONTRA LA MUJER.

Considerando, que son hechos constantes en la sentencia impugnada: a) que sometido el nombrado G.M. a la acción represiva, inculpado de los delitos de violación de domicilio y atentado al pudor, en perjuicio de la señora D.V., intervino sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia del Distrito Judicial del Seybo, en fecha veintiuno de Noviembre de mil novecientos treinticinco, que condena al referido G.M. a sufrir la pena de tres meses de prisión correccional, a pagar veinticinco pesos oro de multa, compensable con prisión a razón de un día por cada peso y al pago de los costos, por considerarle convicto de haber penetrado con violencia en el domicilio de la señora D.V. y de ultraje público al pudor; b) que contra la mencionada sentencia, interpuso recurso de casación el inculpado G.M., quien lo funda especialmente en la violación del artículo 330 del Código Penal, por ausencia de comprobación del elemento publicidad;

Considerando, que toda sentencia que pronuncie condenación por el delito de ultraje público al pudor, previsto y sancionado por el artículo 330 del Código Penal, debe comprobar cuidadosamente los dos elementos esenciales de esta infracción: un hecho material de ultraje al pudor y la publicidad; que, por lo tanto, la ausencia de cualquier especificación en los hechos, a este respecto, pondría a la Corte de Casación en la imposibilidad de verificar si la Ley penal ha sido o no correctamente aplicada; que el ultraje al pudor es público, por el solo hecho de la publicidad inherente al lugar en que se ha realizado, aunque no hubiere sido visto por ningún testigo, y presenta asimismo este carácter, cuando realizado en un lugar privado, ha sido percibido por terceros, en ausencia de precauciones suficientes, de parte de sus autores, para mantenerlo en secreto;

Considerando, que la sentencia impugnada, si bien comprueba los hechos, que a juicio del Juez *a quo* constituyen el elemento material del delito de ultraje público al pudor, hace en cambio una mención imprecisa del elemento publicidad, puesto que esta circunstancia resulta exclusivamente de la frase, "saliendo de la casa por la puerta que dejara abierta el temible aparecido", mención a todas luces insuficiente, porque no siendo la casa de la señora D.V. un lugar público, se hacía necesario especificar los hechos de tal modo que esta Corte pudiese hacer la verificación que le corresponde; en efecto, la sentencia mencionada describe y admite los hechos como ocurridos en el interior de la casa de la señora V., pero no especifica si la puerta que dejase abierta el incul-

pado G.M. abre hacia el camino, ni si los hechos constitutivos del ultraje pudieron ser vistos u oídos por los vecinos o transeuntes; la presencia posterior de la testigo H.S., no basta para constituir la publicidad, puesto que según la sentencia impugnada, ella ha concurrido al lugar, atraída por los gritos de la señora V., y solo a tiempo de encontrarse con ésta, antes de llegar, y de ver al inculpado G.M. que salía huyendo de la casa, actitudes que por otra parte, no suponen necesariamente que un ultraje al pudor acababa de cometerse; preciso es, pues, acoger este medio del recurso y casar la sentencia recurrida, por carencia de base legal, ya que las comprobaciones relativas al elemento publicidad, que constan en la sentencia impugnada, son insuficientes para justificar su dispositivo;

Considerando, que, en verdad, la sentencia impugnada comprueba, a cargo del inculpado G.M., el delito de violación de domicilio, previsto y sancionado por el artículo 184 del Código Penal, el cual no ha sido objeto de medio alguno en este recurso, y las penas impuestas al inculpado, están dentro de la escala fijada por este texto legal; pero como el Juez *a quo* aplicó las penalidades mencionadas, en virtud del principio del no cúmulo de penas, se hace imposible determinar, si hubiese impuesto exactamente las mismas penas, en el caso de considerarle culpable exclusivamente de la última de estas infracciones, o sea, de la violación de domicilio; preciso es convenir, que el inculpado G.M. tiene interés, y que procede la casación de la sentencia, para que el Juez de envío juzgue nuevamente y aplique en consecuencia las penas legales que estimare equitativas.

Por tales motivos, casa la sentencia...

21 de diciembre de 1936

## DOCTRINA

### El Comienzo de Ejecución de la Tentativa

Gregory Castellanos Ruano\*

A pesar de la diferencia de redacción entre el artículo 2 del Código Penal de Francia y el artículo 2 del Código Penal de la República Dominicana, ambos coinciden en cuanto a la exigencia, para la tentativa, de un comienzo de ejecución.

El texto francés dice, refiriéndose a la tentativa: "...cuando ha sido manifestada por un comienzo de ejecución..."; y el dominicano: "...cuando se manifieste con un principio de ejecución..." Pero, cuándo, material y objetivamente, se produce el comienzo de ejecución?

En el maestro francés de Derecho Penal René Garraud pueden distinguirse varios Garraud cuando trata el comienzo de ejecución. Esto es, Garraud adopta varias posiciones de enfoque sobre el comienzo de ejecución de tal suerte que hay un Garraud adversario de la teoría carrariana de "l'univocité"; hay un Garraud refinador o partidario refinado de "l'univocité"; un Garraud partidario de "l'univocité"; un Garraud creador de una teoría propia sobre el comienzo de ejecución; y un Garraud que se aproxima considerablemente a la teoría correcta.

Analícemos cada una de estas cinco posiciones doctrinales increíblemente adoptadas por el maestro francés en una misma edición (la tercera), de su *Traité Theorique et Practique du Droit Penal Français*.

---

\*Licenciado en Derecho UCMM, 1983. Actualmente, ejerce privadamente la abogacía. Se publica este artículo en dos partes, netamente diferenciadas, debido a su extensión. La segunda parte se titula: El Comienzo de Ejecución en la Tentativa de Homicidio.

## El Garraud Adversario de l'univocité.

La tesis de "l'univocité" fue creada por el maestro Francesco Carrara, de Italia. Según ella, los "actos de ejecución solos serían unívocos por oposición a los actos de preparación que serían equívocos". (Garraud. *Op. Cit.* T. I. P. 494, Nota 12) Esto es, que los actos de ejecución son inequívocos, en tanto que, por el contrario, los actos preparatorios si son equívocos. Garraud manifiesta su juicio de valor sobre esta teoría, reprobándola, de la siguiente manera:

"La idea que los criminalistas italianos expresan por el término, in traducible en nuestra lengua, de l'univocité de los actos de ejecución es un concepto muy relativo, pues, según las circunstancias, tales actos: el escalamiento, la fractura, serán ora actos de ejecución, ora actos preparatorios". (Garraud. *Op. Cit.* p. 494)

La expresión "muy relativo" de que es contentivo el párrafo citado no deja lugar a dudas del desacuerdo de Garraud con la tesis del maestro italiano. Pero el mismo Carrara, bastantes años después de su teoría haberse enseñoreado del campo doctrinal logrando cimera predominancia, se retractó de su creación teórica admitiendo que la misma era errónea.

## El Garraud Partidario Refinado de L'univocité

El siguiente párrafo que escribe Garraud nos lo presenta, sin embargo, como un partidario refinado de "l'univocité":

"Pero no se puede pensar en atender únicamente a la naturaleza del acto considerado en sí mismo, sin vincularlo extrínsecamente este acto a las circunstancias y al objeto que perseguía el agente. Hay, en efecto, dos categorías de actos de ejecución: aquellos que consisten en el hecho mismo del delito, y aquellos que consisten en hechos vecinos del delito, que son el comienzo de ejecución. Los primeros solos no dejan ninguna duda sobre la intención del agente; ellos son unívocos (según la expresión de Carrara); los segundos tienen un carácter menos determinado, ellos son equívocos, y deben ser aproximados a esta intención, cuya búsqueda previa se impone al juez". (Garraud, *Op. Cit.* pp 489-90)

Tanto es así, que Garraud hace acopio y uso, como se ve, de la terminología carrariana.

## Garraud partidario de L'univocité

De la citada y evidente simulación refinada pasa Garraud a presentarse como abierto partidario de la esencia de la doctrina del célebre maestro italiano. En efecto, el siguiente desglose de explicación que hace Garraud no deja lugar a dudas:

"La tentativa nace con el comienzo de ejecución. Es en este momento solamente que se revela, DE UNA MANERA NO EQUIVOCA (mayúsculas más G.C.), al mismo tiempo que la intención del agente, la irrevocabilidad y la persistencia de esta intención... Los actos preparatorios tienen todos primeramente un carácter equívoco; ellos no se vinculan a una infracción determinada. Son actos que tienen doble sentido, doble portada. Sin duda, la compra, sea de un arma, sea de una sustancia venenosa, puede constituir la preparación de un asesinato o de un envenenamiento; pero este acto puede ser igualmente indiferente, si el comprador solamente ha tenido en vista un uso lícito del objeto cuya posesión se ha procurado. La voluntad de cometer el delito no es, en estos casos, de ningún modo manifestada por el hecho considerado en sí mismo, y esta incertidumbre sobre la relación entre la infracción y los actos que sirvieron para prepararla es, ciertamente, uno de los motivos que ha puesto la ley al dejar los actos preparatorios impunes". (Garraud. *Op. Cit.* pp 484-5)

El maestro español Luis Jiménez de Asúa, que captó también las contradicciones doctrinales de Garraud, aunque únicamente las reduce a dos, se refiere a él diciendo "que para él (Garraud, G.C.)... la univocidad carrariana es la que le sirve para caracterizar los actos de ejecución y distinguirlos de los preparatorios". (Jiménez de Asúa, Luis. *Tratado de Derecho Penal*. 2ª Ed. T. VII. pp 531-2)

## Teoría Propia de Garraud

Pero Garraud no sólo se mostró partidario de la tesis de Carrara, sino que también llegó a elaborar una tesis propia. Esa teoría garraudiana puede denominarse "de la relación directa e inmediata".

Comenta el también maestro francés Emile Garçon que:

"En su primera edición M. Garraud proponía el criterio siguiente: 'los actos que constituyen un comienzo de ejecución son aquellos que tienden directa e inmediatamente a la realización del crimen tal como la ley lo

ha definido, mientras que por el contrario los actos preparatorios no tienen una relación necesaria ni aun directa con un delito determinado'. Pero esta fórmula desapareció en la segunda, en la cual M. Garraud, retomando la cuestión, la analiza con mucho cuidado". (Garçon, E. *Code Penal Annoté*. p. 20)

No es cierto, sin embargo, este comentario de Garçon: Garraud no modificó nunca el contenido, la esencia del primer párrafo de la cita; y en lo que al segundo párrafo de la misma respecta sí hubo un cambio, el cual consistió en suprimirlo, en borrarlo, pero ese cambio o, más bien, esa sustracción o borradura fue aparente, pues en otro párrafo sobre el mismo tema, y el cual analizaremos más adelante, Garraud recae sobre su errónea idea original, según la cual "los actos preparatorios no tienen una relación necesaria ni aun directa con un delito determinado".

Según Garraud: "Se está de acuerdo en reconocer que siendo los actos preparatorios los que se encaminan hacia el delito, se pueden distinguir tres clases: los actos preparatorios; los actos que tienden a la ejecución del crimen; los actos de ejecución del hecho material que está incriminado... En una palabra, lo que el artículo 2 incrimina, es el comienzo del crimen; la ley quiere que el agente haya ya comenzado no el crimen mismo, es decir, el acto incriminado, sino la ejecución del crimen, es decir, la serie de actos en vinculación inmediata y directa con el objeto criminal a realizar". (Garraud. *Op. Cit.* p. 487)

Más adelante, Garraud agrega: "Lo que es necesario y suficiente, es que el acto incriminado como comienzo de ejecución de tal crimen tienda directamente e inmediatamente a su perpetración y que se pueda considerar el agente como estando en acción del crimen que él quiere realizar". (Garraud. *Op. Cit.* p. 494)

Como supraindicáramos, esta teoría de Garraud puede ser llamada "teoría de la relación directa e inmediata".

## **Crítica de la Teoría de la Relación Directa e Inmediata**

El criterio de la relación directa es equívoco o erróneo, pues todos los actos preparatorios, desde el más próximo hasta el más lejano, guardan relación directa con la realización del crimen o con su tentativa.

El acto preparatorio de comprar el arma o el veneno guarda una

relación directa con el crimen: Hubiera podido el agente matar con esa arma si no la hubiera comprado o adquirido? o hubiera podido envenenar a la víctima sin haber adquirido el veneno empleado? o podría el agente intentar matar con un arma sin adquirirla o intentar envenenar sin procurarse el veneno?

La adquisición del medio empleado para la realización de un crimen o para su tentativa guarda relación directa con este o con dicha tentativa en tanto cuanto el agente no podría ni intentar ni consumir su proyecto criminal sin el medio concebido en su plan. Es decir, el acto preparatorio consistente en la adquisición o disposición del medio es *conditio sine qua non* para la realización del proyecto criminal y por ello guarda relación directa con este.

Modernamente la inserción del criterio del "plan del autor" para determinar la existencia de la intención en la tentativa viene a reforzar esta posición. Ese criterio corresponde analizarlo cuando se trate la intención en la tentativa. Empero, avancemos que todo acto del agente que forme parte de su plan es preparatorio excepto aquel o aquellos que entran en la esfera de la tipicidad.

El propio Garraud admite "que los actos preparatorios tienden también a la ejecución del delito... (Ramos, Leoncio. *Notas de Derecho Penal Dominicano*. p. 186)

Cómo no se apercibió Garraud de esta *contradictio* de esta posición doctrinal suya? Pues, repetimos, si los actos preparatorios tienden también a la ejecución del delito es porque guardan relación directa con él.

Ya el argentino Julio Herrera, tratando de demostrar que lo inequívoco no es un criterio correcto para precisar cuando hay comienzo de ejecución, había llegado a la conclusión de que "el hecho de estar en relación directa con el delito no lo hace ejecutivo". (Herrera, Julio. *La Reforma Penal*. p. 505)

Para el también argentino Rodolfo Rivarola, "la relación directa no es más que la univocidad..." (Rivarola, Rodolfo. *Exposición y Crítica del Código Penal de la República Argentina*. T. I. p. 274)

Es decir, para Rivarola el criterio de la "relación directa" no representa criterio alguno de avance respecto de "l'univocidad", porque aquella es ésta y viceversa.

Para el francés Trebutien, el acto del agente constituye el co-

mienzo de ejecución si dicho acto "tiene una relación directa y necesaria con una infracción determinada". (Trebutien, E. *Cours Elementaire de Droit Criminel*. 2ª Ed. p. 378)

Aparte de lo ya dicho, valga para Trebutien que su acerto es intrinsecamente superfluo ya que la relación directa implica la relación necesaria y viceversa, esto es, hay indisolubilidad entre uno y otro concepto.

Eugenio Cuello Calón desde la Madre Patria estima, también equívocamente, que "... es preciso que hayan empezado a ejecutarse actos dirigidos a la perpetración del delito... un verdadero principio de ejecución... no existe mientras no se produzcan actos encaminados de modo directo contra una norma penal determinada". (*Derecho Penal General*. p. 529)

Cuando decimos que el criterio de la relación directa es equivocado a lo que hacemos alusión es a que es impreciso ya que no sirve para indicar tajantemente la frontera entre los actos de ejecución y los actos preparatorios, pues tanto guardan relación directa con el crimen los unos como los otros.

Tratemos ahora el criterio de la inmediatividad o de la relación inmediata que coyunda Garraud al ya tratado de la relación directa.

El maestro Emile Garçon es partidario de que la distinción del acto preparatorio y del comienzo de ejecución "se vincula a la distinción de los actos que tienden mediatamente e indirectamente al crimen y de los actos que tienden inmediatamente y directamente. La doctrina no puede, creemos nosotros, proporcionar ningún criterio más preciso". (*Op. Cit.* T. I. p. 20)

Este criterio que, según Garçon es el más preciso que ha podido aportar la doctrina, es, sin embargo, erróneo, pues hay actos que guardan una relación mediata con el crimen y, no obstante, constituyen el comienzo de ejecución; y, también, hay actos que guardan una relación inmediata con el crimen, empero no constituyen el comienzo de ejecución. Verbigracia de la primera situación: el agente coloca la sustancia venenosa en la comida servida en el plato de la víctima, la cual salió unos veinte minutos antes y comerá esa comida en la noche, tras su retorno a casa. Hay en este ejemplo la tentativa de envenenamiento.

Obsérvese, no obstante, la relación de mediatividad: hay un am-

plio espacio de tiempo entre el mediodía y la noche; entre el momento en que la comida es puesta a su disposición en la mesa y el momento en que ciertamente se sienta a la mesa.

Otro ejemplo de esta primera situación: el agente coloca la bomba para que explote dentro de tres días al pasar el primer vehículo por ese lugar de la carretera que para esa fecha será inaugurada. Aquí hay también comienzo de ejecución.

Verbigracia de la segunda situación: el agente blande el puñal homicida escasísimos segundos o fracciones de segundos antes de acometer contra la víctima; este acto guarda una relación inmediata con el crimen, pero no constituye un acto de ejecución, sino un acto preparatorio.

Así, pues, este criterio, que es cronológico, no es el más preciso (no por ser cronológico), como plantea Garçon.

De modo que es evidente que esos criterios de Garraud no constituyen una fórmula general y precisa para determinar cuándo se produce o tiene lugar el comienzo de ejecución. Por desgracia, sin embargo, la Corte de Casación francesa parece estar orientada por ellos y es así como vemos que fundamentos tan errados norman sus decisiones: en un fallo suyo de fecha 3 de enero de 1913 se lee lo siguiente:

"...los delincuentes habían 'entrado en el período de EJECUCION (mayúsculas mías G.C.) del crimen', puesto que habían llegado ante la puerta de un banco dispuestos a lanzarse al interior para asaltar y despojar a un muchacho encargado de guardar el dinero (garçon de recette), en el momento en que descendía la escalera del establecimiento; fue, entonces, mientras acechaban a su víctima, cuando la policía les sorprendió". (Sirey.I.281)

Posteriormente, el 5 de julio de 1951, la Corte de Casación del país origen de nuestra legislación dicta otra decisión análoga: unos individuos "habían hecho el proyecto de apoderarse de una caja fuerte colocada en la oficina de una empresa. Provisos previamente de instrumentos para fracturas, fueron de noche junto al inmueble en un camión destinado a asegurar la sustracción de la caja. Se aproximaron a la puerta de entrada, examinaron desde allí lo que ocurría en el interior y llegaron hasta a tocar los barrotes de una ventana para probar su solidez. Pero al comprobar la inesperada presencia de obreros y de gentes que pasaban, se fueron sin llevar más adelante la realización de su designio". (Bull. Crim. p. 198)

La lectura de estas dos decisiones confirma lo erróneo de aceptar el criterio de la relación directa e inmediata.

En ambos casos lo que había era un peligro inminente, el cual tampoco es criterio acertado para la determinación de cuándo hay el comienzo de ejecución, como veremos más adelante.

Descartado entonces el criterio cronológico de la inmediatidad y, más aún, su conjunción con el de la relación directa, a qué criterio debemos adscribirnos?Cuál es el correcto? Más adelante lo veremos.

### **Leoncio Ramos se adscribe a la Teoría de Garraud sobre la Relación Inmediata y Directa**

El profesor Leoncio Ramos, tras referirse a la teoría seguida por Jiménez de Asúa la descarta ex-abrupto, inopinadamente, y proclama su preferencia por la tesis de Garraud diciendo: "...nos parece más acertado decir, como lo hace garraud..."(*Op. Cit.* p. 187)

En efecto, el profesor Ramos, evidentemente poco conocedor de la teoría formal de la tentativa, en un comentario no acertado la califica de "un tanto restrictiva, y puede dejar fuera muchos otros casos que quedarían impunes". (*Ibidem*)

Tras citar a Garraud, Ramos resalta que según éste "lo que es necesario y suficiente es, que el acto tienda directa o inmediatamente a la realización del crimen". (*Ibid.* p.188) Por su parte, el fenecido catedrático de la Universidad de Santo Domingo, llega a la siguiente y también errada conclusión:

"Dicho todo lo anterior, podemos definir los actos de ejecución diciendo: Son actos de ejecución, aquellos por medio de los cuales el agente pone en acción los medios o instrumentos para la ejecución de un delito, y que tienen una relación directa e inmediata con el mismo, demostrada al comprobar la intención delictuosa". (*Ibidem*)

Este enfoque de Leoncio Ramos yerra acremente porque se centra sobre el uso o la utilización de los medios de que habrá de valerse el agente para la ejecución de la infracción. Hay actos en los cuales el agente pone en acción los medios o instrumentos para la ejecución de un delito y, sin embargo, no son actos de ejecución, sino preparatorios, actos preparatorios que guardan también una rela-

ción directa e inmediata con dicha infracción. Ejemplo: el agente activo espera escondido tras unos arbustos cuchillo en mano. Sabe que la víctima se aproxima a caballo. El agente corta algunas lianas con su afilado cuchillo y las amarra desde el arbusto en que está hasta los más próximos a su frente, para hacer caer el caballo y a quien lo cabalga y así irle encima a éste y darle muerte.

En este caso el agente hizo uso de su arma poniéndola en acción no para principiar la ejecución del crimen, sino para realizar un acto preparatorio que le permitiere muy poco tiempo después principiar dicha acción criminosa.

"Poner en acción los medios o instrumentos para la ejecución de un delito" es una frase muy genérica, abarcadora también de actos preparatorios, aun con la siguiente frase que le conecta el profesor Ramos, como ya hemos visto.

Su seguidismo propio de afrancesado, por lo menos en este tema, pierde al profesor dominicano, quien, como se ha apreciado, manifiesta a título de proclamación la aceptación de una tesis de un iuspenalista francés que sólo en su más agudo razonamiento llega a tocar, sin desarrollarlo, el punto de partida correcto para edificar la teoría de la tentativa, pero que difumina sus esfuerzos en cinco frentes doctrinales contradictorios casi todos.

### **Garraud atisba o se aproxima a la teoría correcta y Leoncio Ramos acoge la cuarta posición doctrinal de Garraud**

La quinta posición doctrinal de Garraud le llevó a aproximarse bastante al punto de partida correcto, y esa posición suya la resume Garraud en el siguiente párrafo:

"Los hechos de ejecución son aquellos cuya serie y conjunto constituyen el cuerpo del delito. O, el cuerpo del delito no es otra cosa que el delito mismo". (*Op. Cit.* p. 484)

Ese párrafo que escribe Garraud en su *Traité* es el que le permite a Jiménez de Asúa decir:

"Acaso podría citarse a R. Garraud, como otro ejemplo de aproximación verbal a la teoría del tipo... Sin embargo, nos permitimos transcribir debidamente traducido, este párrafo, previa recordación de que

el *corpus delicti* es el origen del *tabstand*, o TIPCIDAD" (mayúsculas más G.C.)(Jiménez de Asúa. *Op. Cit.* T. VII. pp 531-2)

Hay otro punto en el cual parecería que se podría afirmar que Garraud acierta y es cuando dice que hay el comienzo de ejecución cuando "se puede considerar el agente como estando en acción del crimen que él quiere realizar". (*Op. Cit.* p. 494)

Es inexplicable cómo el autor francés no desarrolló esos dos conceptos suyos que hemos citado; si lo hubiera hecho hubiese llegado a la misma conclusión que el maestro alemán Ernesto Beling, creador de la teoría formal del comienzo de ejecución.

Así, pues, Garraud dió dos pasos sobre la pista de la teoría formal, pero sus contradicciones doctrinales torcieron su rumbo en este terreno teórico.

Pero acaso el propio Leoncio Ramos hubiera podido aproximarse al punto a que llegó el propio Garraud, pues, en una cita que aquél hace de éste y la cual se refiere a que hay comienzo de ejecución cuando "se puede afirmar que el agente está en el período de ejecución de su designio, que está en acción criminal", ya que a esto el profesor Ramos agrega "... pues que pone en obra los medios que ha preparado y REUNIDO" (mayúsculas más G.C.)(*Op. Cit.* p. 188). Sin embargo, esta última frase aparece inexplicablemente colocada junto a la de Garraud como si fuera una continuación de ella, más bien como si fuera de ella, es decir, como si la idea entera fuera de Garraud, lo cual realmente no es así.

Pero no toda acción es criminal aunque parezca o merezca serlo (ver los fallos citados de la Corte de Casación francesa): lo que le faltó al profesor dominicano fue la referencia al tipo, y a pesar de todo, ese poco avance que logró lo malogró el propio Ramos cuando externa lo que él parece considerar su más acabada conclusión:

"Dicho todo lo anterior, podemos definir los actos de ejecución diciendo: son actos de ejecución, aquellos por medio de los cuales el agente pone en acción los medios o instrumentos para la ejecución de un delito, y que tienen una relación directa e inmediata con el mismo, demostrada al comprobar la intención delictuosa". (*Ibidem*)

La palabra "reunidos" aquí empleada manifiesta o expresa una culminación, un agotamiento en el acopio de la preparación a realizar el crimen: ya solo falta comenzar el crimen. ¡He ahí la frontera entre los actos preparatorios y el propio comienzo de ejecu-

ción! Pero esa frontera sólo puede ser trazada por la referencia al tipo legal.

El acto posterior al último acto preparatorio es ciertamente el comienzo de ejecución, pero la clave para determinar cuando todavía se está realizando un acto preparatorio y cuándo se está comenzando a ejecutar el crimen nos la da el tipo. Es decir, la delimitación de la naturaleza de los actos sólo se logra refiriéndonos al tipo, de lo contrario sería imposible saber si todavía se está realizando un acto preparatorio en vez de un comienzo de ejecución.

Decir que el acto posterior al último acto preparatorio es el comienzo de ejecución es un razonamiento absolutamente lógico que aunque aparentemente cierto no nos arroja luz, pues no parte de la base jurídica que es el carácter de la tipicidad de la infracción penal.

Puede decirse, en conclusión, que Garraud se aproximó bastante al punto de partida de la teoría correcta y que Leoncio Ramos acoge la cuarta posición doctrinal de Garraud.

### **Teoría Formal: El Núcleo del Tipo**

El maestro germano Ernesto Beling pudo darse cuenta de que era falso lo que se decía o se dice en el sentido de que cuando un individuo comete un delito se viola tal o cual artículo de ley penal porque dicho acto delictual es contrario al mismo; es decir, Beling llegó a la correcta conclusión de que era todo lo contrario, que el acto del agente no viola el artículo penal en cuestión, sino que encaja en él, se adecúa, se corresponde a él.

Este certero descubrimiento suyo lo extrapoló al plano de la tentativa y sobre ésta llegó así a la conclusión de que hay el comienzo de ejecución cuando el acto del agente activo penetra en el núcleo del tipo.

El núcleo del tipo es el verbo que en la ley expresa el acto prohibido, así, hay tentativa de robo cuando se comienza a sustraer el bien mueble, pues el acto prohibido es la sustracción (fraudulenta) en el robo. Huelga decir que el comienzo de la realización del acto debe hacerse dentro de las condiciones que conforman la prohibición del mismo.

El también maestro alemán Roberto Von Hippel explicita satisfactoriamente la esencia de esta teoría:

"La acción ejecutiva es la acción típica del delito en particular, es decir, aquella conducta que lógicamente cae ya, como típicamente adecuada, bajo el tipo del delito, porque corresponde, in concreto, a la conducta generalmente puesta allí bajo una pena. Así, por ejemplo, la acción de matar, en el homicidio, el apoderamiento en el hurto... Por el contrario, las acciones son acciones preparatorias aquellas que preceden temporalmente a la acción típica y cuya existencia hace posible o facilita, pero que aún no son subsumibles bajo el tipo delictivo; es decir, no son típicamente adecuadas. Así, especialmente, la procuración del medio para el acto, informarse de la ocasión, concertarse elección del lugar para el hecho, etc". (Von Hippel, Roberto. *Deutsches Strafrecht*. Vol. II. p. 398)

Un compatriota de Beling y de Von Hippel, el célebre Edmundo Mezger, trata de expresar la idea de la tentativa mediante el recurso o la alusión a una figura escultórica:

"El delito aparece 'consumado' cuando se realizan todas las características del tipo, y es 'tentativa' cuando ciertamente ha dado comienzo la ejecución, pero ésta queda en un torso". (Strafrecht. Ein Lehrbuch. p. 379)

Acaso tan o más descriptivas que el ejemplo de Mezger son las siguientes comparaciones de semejanzas con la tentativa:

a) Hay en el piso un molde para vaciar en él el material fundido para hacer una estatua. El material fundido se vierte por la parte que corresponde a los pies y se va llenando y expandiendo hacia las otras partes del molde.

b) Al abrirse la correspondiente esclusa en un canal de riego, el agua comienza a inundarlo y a expandirse en él.

En el primer ejemplo, si algún obstáculo material introducido allí impide que el material fundido pase a la cintura de la estatua, ese obstáculo es comparable a la causa contingente. Y aún si impide que siga extendiéndose desde los pies. Son sólo ejemplos.

Y en el ejemplo segundo, si también algún obstáculo colocado en el cauce del canal impide que el agua llegue a su parte final, dicho obstáculo del canal también es comparable a la causa contingente que impide que el acto criminoso llegue a su término o, lo que es lo mismo, a completarse.

Para el maestro Enrique Ferri la tentativa es un "delito imperfecto". Esta aseercción del maestro italiano es más comprensible aún a la luz del ejemplo mezgeriano y de los nuestros, pues ciertamente, es un delito cuyo agente no quería dejarlo en esa fase de trunco, sino que quería hacerle producir su consecuencia normal de no haber sido interrumpido.

Aunque Ferri cree que para determinar si el acto es ejecutivo el acto que realice el agente debe reflejar su peligrosidad personal y que ello basta para fines de punición.

Es increíble, pero los franceses, que en Europa se encuentran a la zaga en el desarrollo de la dogmática del Derecho Penal General, y que dentro de éste casi podría decirse que sólo conocen y tratan uno de los caracteres del delito, como lo es la tipicidad o elementos constitutivos, paradójicamente no han podido darse cuenta, a pesar de ésto, que precisamente es el tipo legal el punto de partida para determinar cuándo hay comienzo de ejecución. Aunque creo hay sus excepciones, las cuales lamentablemente no han llegado a convertirse todavía en opinión predominante, precisamente por la falta de desarrollo conceptual doctrinal.

Entre esas excepciones hay que citar a Molinier, para quien para que haya tentativa es menester "que el delito mismo haya comenzado en sus elementos constitutivos".(Molinier, Víctor. *Traité Theorique et Practique de Droit Penal*. p. 447)

Aunque la exigencia de este autor es muy tautológica y casi nada esclarece o aporta, no deja de tener razón desde un punto de vista totalizante.

Garraud, como hemos visto, se aproxima también a esta teoría con una de sus posiciones doctrinales, pero de todas ellas esa no fue la que se convirtió en la más aceptada, sino la de la relación directa e inmediata.

Además de que él no trató aquella con la importancia que sí merecía, pues apenas sí hace una brevisima alusión a la misma, que, incluso, podría ser tildada de tímida.

Lo que nosotros consideramos es el punto de partida, para Garraud es, sin embargo, un punto de llegada que él mismo no percibió a plena conciencia. Hasta ahí llegó el maestro francés, no se percató a profundidad de lo que era la meta a que había llegado y

por eso se pierde en intrincados y contradictorios razonamientos de corte impreciso como superficial, que aunque *prima facie* permanecen impactantes, su contundencia se desmorona cuando se le somete a un profundo y riguroso examen.

Y acaso quienes sí fueron firmes en la posición que asumieron basándose en la figura jurídico-penal en cuestión, lo fueron Chauveau y Helie, para quienes el principio de ejecución se reduce a la esfera de la conducta principal que de acuerdo a la ley conforma la infracción penal (*Theorie du Code Penal*. 5ª Ed. T. I. p. 369)

Lamentablemente, Chauveau y Helie no desarrollaron esa posición suya, pero nos atrevemos a considerarlos como los primeros autores franceses conscientes de esa posición doctrinal a que llegaron.

Leoncio Ramos, al referirse a Jiménez de Asúa, quien es abierto partidario de la teoría formal, dice lo siguiente:

"Jiménez de Asúa, de acuerdo con Belling y Frías Caballero, sostiene lo siguiente: 'para que haya acto ejecutivo, precisase que se realice lo que llamaríamos el núcleo del tipo', o mejor dicho, se necesita que el agente desarrolle su conducta en la actividad expresada por el verbo principal de la definición; es decir, cuando se habla de homicidio, que es matar a un hombre, hay que empezar a matar; cuando se habla de robo, hay que empezar a robar. Todo lo que no sea dar comienzo a la muerte, que se compre el arma y se planee el hecho, no es acto de ejecución, sino acto preparatorio".

Esta posición de Jiménez de Asúa es desacertadamente cuestionada por el profesor Leoncio Ramos, calificándola, como ya citáramos, de "un tanto restrictiva y puede dejar fuera muchos otros casos que quedarían impunes". Perdido en una oscura nebulosa, Ramos sigue diciendo: "es, pues, por esto que NOS PARECE MAS ACERTADO DECIR, como lo hace Garraud, QUE LA TENTATIVA NO CONSISTE solamente en el comienzo de ejecución del acto mismo que constituye el crimen, tal cual es definido por la ley: de la sustracción en el robo, del homicidio en la muerte, sino EN EL COMIENZO DE EJECUCION DEL CRIMEN, POR ACTOS QUE ESTAN FUERA DEL CRIMEN, cuando además esos actos manifiestan, por la intención de su autor, que éste ha tenido la intención de cumplir el crimen que ha proyectado" (*Notas*. pp. 187-8)(Mayúsculas más G.C.)

Los actos que están fuera del crimen podrían dar lugar a apa-

riencia de crimen: no todo lo que parece crimen es crimen: hay actos preparatorios que dan esa apariencia.

Evidentemente el profesor Leoncio Ramos no captó bien la idea que a través de ese párrafo transmite Jiménez de Asúa: desde el momento mismo en que éste dice: "para que haya acto ejecutivo, precisase que se realice lo que llamaríamos el núcleo DEL TIPO" (mayúsculas mías. G.C.), está diciendo que el acto que expresa el verbo principal debe realizarse dentro de las condiciones previstas por el tipo legal, de manera que al comenzar a ejecutar dicho acto en esas condiciones hay "el comienzo de ejecución del crimen" a que parecería referirse el profesor Ramos. Además, si se penetra en el núcleo del tipo se presupone que primeramente, o simultáneamente, se ha pasado por la periferia del núcleo del tipo la cual está "dentro" del tipo, y que no se debe confundir con la periferia "exterior al tipo". La periferia exterior al tipo no tiene importancia desde el punto de vista de la tipicidad, pero lamentablemente estos dos autores, Garraud y Ramos, se la dan y eso los pierde. Pero no solo eso: esa exigencia de Garraud y Ramos, igual que la de Molinier es meramente tautológica, si es que partimos del supuesto de igualar ambas concepciones, pues aunque "parecidas" no son iguales.

Ni Garraud ni Ramos tuvieron, como ya hemos sostenido, una concepción acabada, precisa, de cuando una acción es realmente comienzo de ejecución.

Además, Leoncio Ramos ni captó ni estudió a fondo esta teoría por la que propugnaba el también fenecido Jiménez de Asúa, y Frías Caballero.

En definitiva: cuál debe ser el criterio o el punto de partida para establecer cuándo verdaderamente hay acto de ejecución?

Respuesta: el acto prohibido por el tipo legal: ese es el punto de partida para determinar tal cosa.

Conviene precisar, antes de seguir adelante, que cuando la actividad del agente penetra en el núcleo del tipo, esa actividad se realiza también dentro de las condiciones o elementos constitutivos previstas por aquel. En esto no nos podemos perder.

Leoncio Ramos y Garraud sí se pierden: la supuesta exigencia que parecerían hacer de que hay tentativa cuando se comienza a ejecu-

tar el crimen se diluye cuando hablan de que el crimen se empieza a ejecutar por "actos que están fuera del crimen", lo cual demuestra lo tautológico de su supuesta exigencia.

En la última cita que de él hiciéramos, Leoncio Ramos parecería llegar a aceptar parcialmente la tesis seguida por el iuspenalista español, pero la frase: "... la tentativa... consiste... en el comienzo de ejecución del crimen, por actos que están fuera del crimen..." (pp. 187-8); y esta otra, que es, como ya dijéramos, su más acabada conclusión:

"Dicho todo lo anterior, podemos definir los actos de ejecución diciendo: Son actos de ejecución, aquellos por medio de los cuales el agente pone en acción los medios o instrumentos para la ejecución de un delito, y que tienen una relación directa e inmediata con el mismo, demostrada al comprobar la intención delictuosa". (p. 188); evidencian la poca estima o, más bien, la total exclusión de la teoría formal para la elaboración de la explicación del comienzo de ejecución.

Cómo podría el agente activo "comenzar a ejecutar el crimen" "por actos que están fuera del crimen", como dice Leoncio Ramos?

El crimen sólo puede comenzar a ejecutarse principiándose a ejecutar "el crimen mismo" no "actos que están fuera del crimen".

Un crimen es un "acto" específico con particulares características, de manera que el comienzo de ejecución necesariamente lo es el comienzo de realización de ese acto específico, no el comienzo de realización de una actividad diferente a él.

La necesidad de que se comience a realizar la actividad prohibida para que pueda considerarse que hay comienzo de ejecución de la misma es una exigencia de la tipicidad.

De ahí que "la actividad prohibida" que expresa el verbo principal del tipo es la que debe servir de guía, no una actividad que está fuera del tipo.

Los "actos que están fuera del crimen" no son actos típicos, por lo tanto no puede considerarse que si ellos son comenzados a realizar o si se realizan, constituyen un comienzo de ejecución.

Si el comienzo de ejecución es un acto típico, es el tipo el que nos debe brindar la pauta y la luz que nos guíen al hallazgo del comienzo de ejecución y no el océano de actividades que rodea el islote del tipo legal.

Esos "actos que están fuera del crimen" podrían, como ya hemos dicho, tener incluso la apariencia del crimen de tentativa, pero es el tipo legal y no cualquier apariencia, por próxima que fuera a éste, el que nos deberá ayudar para determinar si realmente ellos constituyen el comienzo de ejecución.

Con "actos que están fuera del crimen" se comienza a preparar o se prepara el crimen, pero no se comienza a ejecutar; el comienzo de ejecución tiene lugar principiando a realizar el acto típico.

Si aceptáramos la tesis de Leoncio Ramos habría que punir "actos que están fuera del crimen", es decir, actos preparatorios, como si ellos fueran el comienzo de ejecución de la actividad típica o criminalosa.

La tipicidad exige que se puna únicamente la actividad "típica" no los "actos que están fuera del crimen" (= actos preparatorios= actos atípicos).

Punir "actos que están fuera del crimen" sería extender la penalidad a actos preparatorios, lo cual sería contrario a la tipicidad y, consecuencialmente, al principio de interpretación restrictiva que debe dominar la lectura de todo texto de ley contentivo de sanción penal.

## **El Comienzo de Ejecución y el Tipo Legal Particular**

Si el agente principia a realizar un acto que, visto formalmente, es decir, a la luz del tipo legal, se corresponde con éste, hay o existe la apariencia de que hay un comienzo de ejecución de la infracción contemplada por dicho tipo legal.

El problema de determinar el comienzo de ejecución no es tal cuando se trata de un tipo legal que indica claramente, con el verbo empleado, y hasta con ciertos elementos constitutivos, la actividad prohibida; el problema se presenta cuando el tipo legal no indica o no especifica exactamente cómo o los medios a través de los cuales se puede lograr la actividad prohibida.

Generalmente esto sucede en los llamados "delitos de resultado". En ellos hay que determinar entonces, cuándo, con el medio que se emplee, si se está principiando a ejecutar la infracción.

Ante semejante situación en que la referencia al tipo casi nada o

nada arroja expresamente, cuál es o debe ser el criterio distintivo para determinar cuándo hay el comienzo de ejecución?

Lo primero que debe hacerse es establecer o determinar cuál es el bien jurídico que se busca proteger a través de dicho tipo legal.

Hay que examinar, además, las condiciones previstas por el tipo legal, si es que acaso las señala, y dentro de las cuales ha de desenvolverse el agente para poder cometer la infracción que se ha propuesto: el tipo legal debe constituir siempre la base, la guía y el fundamento para la determinación del comienzo de ejecución.

Si el tipo legal no señala esas condiciones o elementos constitutivos de la figura jurídica que instituye ya que la letra del mismo no hace referencia expresa a ellos, entonces hay que recurrir al aspecto implícito a que esa letra hace alusión, el cual se establece mediante la interpretación lógica que de ella se haga.

Mediante esa interpretación lógica, aún en los delitos de resultado, pese a su aparente imprecisión, se puede ubicar o captar la forma o apariencia del comienzo de ejecución, ello así en base al establecimiento del momento en que la actividad que realiza el agente -que puede tener o expresarse en diferentes modalidades- es capaz de provocar, en condiciones normales y en las circunstancias concretas u objetivas, y de completarse o llegar a su término, el resultado prohibido y buscado por dicho agente, debiendo tener dicha actividad la apariencia total de un acometimiento actual y con un medio específico contra el bien jurídico y en ese sentido.

Ahora bien, acometimiento no es cualquier uso del medio, ni siquiera aún por el hecho de que ese uso guarde relación directa e inmediata respecto del crimen como ya se supraindicó.

Es acometimiento el uso actual del medio en cuestión sobre y en contra del bien jurídico de que se trate, de tal suerte que de continuar esa actividad logrará cometer el delito, que es el resultado normal, natural y ordinario de ese tipo de acción, más bien, de esa acción de uso.

El acometimiento, pues, ha de ser actual y no inminente.

No basta con que sea inminente: si fuere solo inminente el agente no podría ser punido por tentativa ya que no llegó a realizar la acción prohibida.

Lo inminente es acción todavía contenida, aunque próxima, y por tal razón todavía no es realmente acción delictual.

**Colección Revistas Ciencias Jurídicas  
PUCMM**

Obra donada a la biblioteca virtual de la Escuela Nacional de la Judicatura por la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM).

Esta colección contiene doctrina, legislación y jurisprudencia de los volúmenes históricos de la revista desde el año 1977 a 2015, constituyendo un aporte a la cultura jurídica y el estudio del Derecho.

