

DR 29 337

Hola, buenas noches. Comenzamos con esta sintonía en la revista de Derecho de hoy viernes 24 de febrero. A partir de este momento y hasta las diez y media aproximadamente, 85 minutos dedicados a comentar y analizar temas del mundo jurídico.

Un tiempo de radio elaborado por los profesores de la Facultad de Derecho y el CEMAP de la Universidad Nacional de Educación a Distancia. La revista de Derecho está pensada para vosotros, los alumnos de la UNED, y también para todas aquellas personas con vocación y curiosidad jurídica. Antes de ofreceros los contenidos que vamos a tener esta noche, una rápida mirada por los titulares de las materias de hoy dedicadas a segundo curso de carrera.

Iniciaremos nuestro tiempo radiofónico del mundo del derecho con penal. El profesor Alfonso Serrano Gómez nos contará qué es el delito consumado y agotado. Seguirá el profesor Enrique Vivó, de Canónico, con una introducción al derecho matrimonial.

Los siguientes minutos estarán ocupados por la economía política. El catedrático Juan Antonio Jimeno expondrá el tema equilibrio macroeconómico. Cerca de las diez menos cinco, Político 2, contaremos con la presencia del catedrático Antonio Torres del Moral y la profesora Yolanda Gómez para hablarnos de la monarquía parlamentaria.

Y finalizaremos la revista de Derecho con Civil 1. El profesor José Manuel Martín Bernal nos ofrecerá el tema el domicilio y su nueva problemática. Según acabamos de anunciar, el primer tema que vamos a escuchar en la revista de Derecho pertenece a la materia de penal, delito consumado y agotado. Según dice el artículo tercero del Código Penal, uno de los delitos punibles es el consumado.

De éste nos hablará a continuación el profesor Alfonso Serrano con más amplitud. Dentro de los grados de presionamiento del delito, el artículo tercero del Código Penal nos habla de que son punibles el delito consumado, el frustrado, tentativa y la conspiración, proposición y provocación para delinquir. Hay delito frustrado cuando el culpable practica todos los actos de ejecución que deberían producir como resultado del delito y, sin embargo, no se producen por causas independientes de la voluntad de la gente.

Y el último párrafo de este artículo tercero nos dice que hay tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores y no practica todos los actos de ejecución que debieran producir el delito por causa o accidente que no sea su propio y voluntario desistimiento. Vemos como el Código Penal nos da una definición o nos concreta lo que es el delito frustrado en el párrafo segundo del artículo tercero y también lo que es la tentativa en el párrafo último de este artículo tercero. Sin embargo, no nos define lo que sea el delito agotado.

Vamos a tratar hoy del tema terminación del delito o delito agotado. Desde que surge en la mente del autor la idea de cometer un delito hasta que llega a realizarlo ha de pasar una serie

de etapas. Este proceso recibe el nombre de intercriminis o vida del delito.

Comprende en definitiva las distintas fases por las que ha pasado el delito, desde el deseo de ejecución hasta que se consuma. No es necesario que llegue a agotarse pues el delito se perfecciona con la consumación. Por terminación del delito hay que entender no la consumación sino el momento en que el autor ha conseguido lo que se proponía.

A veces, sin embargo, puede coincidir la consumación con terminación como sería el caso de sustraer un objeto determinado a una persona. Por tanto, hay que considerar como delito terminado no cuando el sujeto ha realizado todos los elementos del tipo sino cuando además ha conseguido el fin que se proponía. Tradicionalmente se ha venido empleando la denominación de delito agotado, acabamiento del acto y consumación material para determinar lo que ha de entenderse por la terminación del delito.

Entre nosotros Rodríguez de Besa ya utiliza esta fórmula de terminación o conclusión del delito. La noción de delito agotado no tiene todavía una sigla de un siglo de existencia. Parece que ha de buscarse su origen en Farande aunque fuera desarrollado un año después por Basanti, en el año 1885.

Un año más tarde se ocupa del tema Carrara en la sexta edición de su programa, para lo que añade el parágrafo 49 bis. Sin embargo, ya en el año 1860, Jean Pablo Ptolomei se ocupa de la consumación desde el punto de vista del delincuente que tiene lugar cuando ha conseguido el resultado apetecido. Aquí podemos encontrar el origen del delito agotado.

Pone Ptolomei algún ejemplo para completar su idea. A veces dice hay que violar varios derechos, como sería el caso de quien recurre a estragos y devastación para conseguir el cambio de la forma de gobierno. Prender fuego a una casa para que muera determinada persona.

Para el delincuente estaría la consumación, el no supuestos indicados en el cambio de la forma de gobierno o en la muerte de la persona. La doctrina italiana, representada especialmente por lo menos en sus comienzos por Carrara, dice éste que entre delito simplemente perfecto y delito perfecto agotado es la distinción. Para que el delito sea agotado, continúa diciendo, es menester que el delito haya producido todos los efectos dañosos que eran consecuencia de la violación y a los cuales tendría la gente.

De modo que éste no puede impedir ya tales efectos. Florian apenas difiere de Carrara, considerando que la pena debe ser mayor para el delito agotado que para el simple consumado, ya que el daño es mayor. Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que a veces coincide el delito consumado con el agotado o terminado, por lo que también coincide la pena.

Ferry considera útil la distinción, pese a que son muchos los autores que no la aceptan. Estima que tiene valor para determinar una mayor capacidad criminal del sujeto, lo que debe reflejarse en una mayor pena. Rosco no fue partidario del delito agotado, debido a que todo delito puede

producir infinidad de resultados, por lo que normalmente el daño causado va más lejos de lo que pueda suponer la violación de la ley.

En el mismo sentido, se pronuncian Antolisse y Regineri. Betiol también admite la concepción del delito agotado, entendiendo que se da éste cuando se produjeran todas las consecuencias que lógicamente debieron producirse. Considera que el delito nunca se agota, aunque jurídicamente delito agotado equivale a delito consumado.

El delito no agotado, dice, puede llevar a una disminución de la pena e incluso a su eliminación. Pasamos ahora a ver la doctrina alemana. No ha tenido gran aceptación la denominación delito agotado en la doctrina alemana, aunque en los últimos años son varios los autores que se ocupan del tema.

Iseck dice que hay que diferenciar la consumación del agotamiento. Se da el agotamiento cuando, además de cumplir las características objetivas del tipo, se lesiona de la forma plena el objeto de protección. Estima que es posible la tentativa entre consumación y agotamiento.

La prescripción comienza con el agotamiento del hecho. Bessel distingue entre consumación material y consumación formal. Hay que tener en cuenta el tipo del delito para saber cuándo está formalmente consumado, lo que se da con el total cumplimiento del tipo.

La ley dice, normalmente identifica consumación con producción de un resultado dañoso. Sin embargo, hay casos en los que la propia ley anticipa la consumación formal a la producción del resultado legivo, cosa que puede suceder, por ejemplo, en la estafa, que es independiente en relación a que el sujeto consiga o no el fin que se propone. La consumación material tiene interés en la participación, concurso ideal y prescripción del delito.

En materia de participación, si consideramos la consumación en una detención ilegal en el momento del encierro, resulta que aquí no se agota el delito, lo que tendría lugar en el momento de la puesta en libertad. Resulta que hasta ese momento es posible la complicidad, los mismos se puede decir, de todos los delitos permanentes. Fuera de los delitos permanentes, la participación no está supeditada a la consumación formal, sino a la material.

En los delitos mutilados en los actos, así como también en los de resultado cortado, hay separación entre la consumación material y la consumación formal. Hasta el momento de la consumación material cabe la participación, de ahí la importancia que tiene la terminación del delito, que vemos puede tener nuevas consecuencias jurídicas antes de que se consiga esa terminación. Una falsificación queda formalmente consumada en el momento que se manipula el documento.

Sin embargo, quedará materialmente consumada cuando se obtiene el fin perseguido. Desde la falsificación documental cabe la participación de un tercero como cómplice, que lleva dolosamente el documento a persona a quien se piensa engañar. Pasamos a ver ahora la materia del concurso.

A veces es necesario que el delito se termine para que pueda surgir el concurso. Pensemos en los casos de falsificación y posterior estafa. También la terminación del delito puede tener repercusiones en la prescripción, pues unas veces comenzará a correr ésta en el momento de la consumación y otros en el momento de la terminación.

Sánchez y Roheder diferencian consumación y acabamiento del acto. Esta expresión tiene estrecha relación con el delito agotado que idearon los italianos. Supone el acabamiento que una vez que se han realizado todos los elementos objetivos del tipo, se efectúan también los resultados que buscaba el sujeto.

En el incendio dicen que hay consumación en el momento de iniciarse éste. Por el contrario, el acabamiento será cuando se consigue el fin perseguido, como puede ser la destrucción de la cosa. Consideran importante esta distinción porque entre la consumación y la terminación cabe la participación de terceros.

Quintano dice que se trata de una construcción teórica sin trascendencia alguna. En las descripciones delictivas forma parte de la consumación. Sucede esto, dice, en la amenaza condicional que da lugar al delito agotado cuando el autor consigue lo que se había propuesto.

Otras veces es la propia ley quien refleja el momento de la consumación. En el artículo 512 del Código Penal se dice que los delitos de robo quedarán consumados cuando se produzca el resultado adhesivo para la vida o la integridad física de las personas, aunque no se hayan perfeccionado los actos contra la propiedad propuestos por el culpable. Plantea dificultades el momento consumativo y el agotamiento en los delitos de hurto.

La moderna jurisprudencia exige un mínimo de posibilidad de disposición. Parece que aquí el agotamiento es anterior a la consumación, ya que el momento de apoderarse de la cosa el sujeto ha conseguido lo que se proponía. Sin embargo, hay que esperar a la posibilidad de disposición para la consumación, porque en otro caso podríamos encontrarnos ante el delito frustrado.

El párrafo último del artículo 408 dice, si el culpable diera libertad al encerrado o detenido dentro de los tres días de su detención sin haber logrado el objeto que se propusiera, aquí hay delito consumado pero no delito terminado. Si la determinación del delito se puede argumentar en los delitos dolosos, no parece que tenga posibilidad de éxito en los delitos culposos. El Tribunal Supremo en alguna sentencia se ha hecho eco del delito agotado.

Así, en la de 26 de enero de 1984, considera que no deben confundirse los momentos de consumación y agotamiento del delito. El primero tiene lugar cuando el hecho reúne todas las características del tipo penal, como es el apoderamiento de una cosa, mientras que el agotamiento supone la utilización de lo sustraído para los fines que el autor se proponía. Puede suceder que el sujeto consiga lo que se proponía y, no obstante, no exista terminación del delito, ya que no tuvo lugar la consumación por conducta atípica, lo que puede darse cuando falta la relación de causalidad.

Tal es el caso citado por Maura del fraude del mendigo, pues aunque con la concurrencia de engaño, error, etc., el donante que es objeto de esas maniobras engañosas hubiera entregado de todas formas la limosna. El delito terminado está estrechamente ligado con el delito consumado, por lo menos en aquellos supuestos en los que hay dificultades para determinar la consumación. No cabe duda que, cuando terminación y consumación no coinciden, hay que conocer el momento consumativo para poder llegar a conocer la terminación del delito.

Ni uno ni otro han sido objeto de una excesiva literatura. Hay una obra de Carlo Adornato, El momento consumativo del reato, y dice éste que se ha estudiado el delito consumado pero no el momento consumativo. Se ocupa de este momento en diversos tipos de infracciones, que van desde los delitos formales, pasando por los habituales y otros, hasta el momento consumativo en los delitos culposos.

En nuestro código penal no se define, como apuntábamos antes, el delito consumado. Se utilizan los términos ejecutar, cometer, consumir, que no coinciden con la terminación del delito. Quizá el término menos afortunado sea el de cometer, tan utilizado por las legislaciones.

Battaglini considera que la comisión es una parte de la ejecución. Para Ranieri, comisión comprende el proceso ejecutivo en su conjunto. En realidad, puede equipararse a consumación, ya que suele entenderse que ha consumado un delito todo aquel que lo comete.

Delito consumado tiene interés, y así se recoge en la ley de enjuiciamiento criminal, en su artículo 14, y en el código penal, en el artículo 114. En el código penal se hace referencia al momento en que debe comenzar a correr la prescripción, mientras que en el artículo citado de la ley de enjuiciamiento criminal, se ocupa de la competencia. La comisión dice, se refiere precisamente al proceso ejecutivo del delito, y por tanto también a la tentativa, frustración, etcétera.

Criterios de consumación. Tiene este tema interés en cuanto puede servir de pauta para conocer la terminación del delito. Los términos que el delito se consuma cuando se lesiona el bien jurídico protegido.

En esta línea, Carrari-Pellegrini. Adecuación con el tipo legal. Medeguer-Antolisei-Ranieri.

La primera de las posturas se aproxima más al delito terminado. De todas formas, los autores no suelen ser partidarios de definir la consumación. Helmut Mayer distingue entre la consumación material y consumación formal.

Para que se consume el delito o no, de la parte especial es necesario que se dé la lesión del bien jurídico. En el homicidio o lesión corporal, se habla de consumación material, mientras que la consumación formal es anterior. En el hurto, la consumación formal se puede dar cuando se quebranta la custodia ajena, aunque no haya un peligro serio para la propiedad.

Interesa aclarar en relación con la terminación del delito algunas excepciones relacionadas con la consumación. Hay casos en que la consumación no lleva consigo un daño material, como

sucede en los delitos de peligro. En los delitos de resultado cortado o anticipado, no es necesario que se consiga el fin perseguido, por lo que la terminación del delito resulta confusa.

En el delito preterintencional, la terminación va más lejos de lo que pretendía el sujeto. Los delitos permanentes no se cuentan con la consumación. Normalmente terminan cuando finaliza la permanencia.

En el delito continuado, la situación es similar al caso anterior. También es difícil conocer si hay terminación o no en los delitos de omisión de socorro, cuando el sujeto no pretende resultado lesivo alguno. No es posible la terminación en la tentativa y frustración, ya que no se produce el resultado apetecido.

Vamos a escuchar ahora en Revista de Derecho un tema de canónico. El profesor Enrique Vivó va a hacer una introducción del derecho matrimonial. En primer lugar, definirá qué es el matrimonio y seguirá con las características, condiciones y requisitos que debe cumplir.

Nada mejor como introducción al estudio jurídico del matrimonio que dedicar esta charla a la definición del mismo. Si se ha dicho siempre que *omnis definitio injure periculosa est*, en el caso del matrimonio hay que decir que más que peligrosa es difícil. Barberena, en *Miscelánea*, comillas, volumen 16, 1951, abordaba esta cuestión.

Las instituciones fundamentales de la vida social son las más rebeldes al análisis y las más difíciles de ser atrapadas en una definición. La misma noción de derecho es trabajosísima. Otro tanto podemos decir de la propiedad privada sobre la que se dan explicaciones dispares acerca del elemento esencial que la define.

Su elasticidad e indeterminación lo hacen un concepto escurridizo. La autoridad social, otra institución fundamentalísima, tiene también grandes dificultades que saltan a la vista con sólo observar las variadísimas formas en que históricamente se ha realizado. Junto a la propiedad y la autoridad social, el matrimonio es el tercer punto que completa la base de estabilidad del cuerpo social y también su definición ha sido objeto de las más agudas disquisiciones que en nuestros días se han renovado.

Tal como se presenta en la realidad humana, el matrimonio que no fracasa es una institución complejísima cuya densidad ha subrayado Leclerc en *Les Hommes de Droit Naturel*, volumen tercero, hasta calificarla de misterio. Estas tres instituciones se parecen en cuanto a su indeterminación de un modo sorprendente. Las tres pueden realizarse con plenitud y las tres pueden perder densidad hasta quedar reducidas a casi nada.

No es pues extraño que la literatura jurídica haya sido muy fecunda en disquisiciones sobre la naturaleza del matrimonio y sobre su definición. Existe además otra dificultad que impone diversidad de definiciones en el caso del matrimonio, a saber, su consideración en dos aspectos o momentos distintos, el matrimonio como acto y el matrimonio como estado, matrimonio *in fieri* y matrimonio *in facto* ese. El cardenal Gasparri, refiriéndose a esta necesaria e

importante distinción, dice, si quieres evitar erróneas consecuencias debes retener estas simples y verdaderas nociones.

A la cabeza de todo tratado de derecho matrimonial canónico es imprescindible esta distinción, que puede ser más o menos subrayada. La palabra matrimonio se aplica indistintamente a dos cosas en realidad diferentes. Primero, a la sociedad conyugal o comunidad que forman marido y mujer, a la que la terminología canonística llama matrimonio infacto ese.

Es el matrimonio estado o vínculo permanente entre el marido y la mujer, la relación de vida resultante de la válida celebración del matrimonio. A él se refiere el canon 1055 párrafo primero, el consorcio permanente entre el varón y la mujer. Se trata del sentido más propio de la palabra matrimonio.

A él se refiere generalmente la doctrina al utilizar este término. Segundo, se llama matrimonio también al acto constitutivo o inicial válidamente celebrado. A él se refiere el canon 1057 párrafo primero.

El matrimonio lo produce el consentimiento entre dos personas hábiles según derecho legítimamente manifestado. A este acto o momento inicial y causal del estado matrimonial se le aplica el bloqueo matrimonio por extensión. Es más exacto denominarlo con aquellas expresiones que ponen de relieve su carácter causal, dinámico, transitorio.

Nupcias, celebración del matrimonio, pacto conyugal, contrato matrimonial. En el lenguaje vulgar no se llama matrimonio sino boda, casamiento. En el derecho romano tal distinción no tiene relevancia, cosa no extraña porque el matrimonio entre los romanos es más una relación de hecho comparable a la posesión realizada en cada momento por la *afeccio maritalis* y no una institución jurídica.

El matrimonio existe mientras existe la *afección*. En la dogmática cristiana es donde adquiere relevancia dicha distinción porque al establecer Cristo el matrimonio como sacramento y como indisoluble el momento en que el matrimonio comienza a existir adquiere una consideración de primerísima importancia. De ahí que la ciencia eclesiástica que nace cuando en Europa se restablece el orden después de la avalancha de los bárbaros se preocupe de dar fórmula jurídica a este momento inicial.

Las definiciones del derecho romano. Entre las formulaciones construidas por la reflexión racional en la tentativa de definir sintéticamente los contenidos, los fines y las notas esenciales de este específico proyecto de existencia humana que es el matrimonio todavía permanecen clásicas las del derecho romano. Atribuida a Ulpiano I en instituciones de Justiniano 191, *vir et mulieris coniunctio individuum consuetudinem vite continens*, la unión del varón y de la mujer que contiene la comunión habitual e indivisible de vida.

La segunda de Modestino en Digesto 23.4.1 *coniunctio maris et femine consortium omnis vite divini et humanis iuris communicatio*. Unión del varón y de la mujer consorcio de toda la vida y

comunicación del derecho divino y humano. Es indudable que tanto la *individua vite consuetudo* cuanto el *consortium omnis vite* sintetizan la característica concepción romana del matrimonio con su riquísimo contenido humano, ético, social y religioso.

Pero es claro que en su específica formulación se revelan totalmente adecuadas a expresar la noción de la vida conyugal según aparece en la reflexión racional. Ello explica su difusión aún en la actualidad. La cuestión de la genuinidad de estas dos definiciones.

La genuinidad de la definición de Ulpiano, que también llegó a ponerse en duda, ha quedado resuelta después de las investigaciones de Contardo Ferrini, *BASE*, *Buletino*, *Istituto di Diritto Romano* 1900. Resulta de interés la controversia en torno a la genuinidad de la definición de Modestino. A través de ella vemos la interpretación que se da de los elementos que componen la definición, tanto por parte de los defensores de la genuinidad como por los que propugnan que existen en la misma interpelaciones cristianas.

Para Albertario, en *Studi di Diritto Romano*, volumen primero, es genuina. Lo que ocurre es que esta definición correspondería al matrimonio *cum manu*, matrimonio príncipe en el derecho romano. Téngase en cuenta que Albertario admite en otros lugares múltiples interpelaciones.

Para Bonfante, en *la Famiglia*, volumen primero, *Corso di Diritto Romano*, en esta definición se dan dos importantes interpelaciones cristianas, *consortium omnis vite*. Según los partidarios de la interpelación, esta expresión se refiere a la indisolubilidad del matrimonio, introducida como elemento constitutivo del matrimonio por el cristianismo.