

## CAPITULO VI.

### DE LA TENTATIVA.

#### SUMARIO.

1. La tentativa es en todo caso una falta moral. Es una falta civil; un delito aún cuando no vaya seguida de ningun efecto material cuando turba la seguridad.—2. Tres momentos que se distinguen en la ejecucion de un delito.—3. Consecuencias prácticas de esta distincion.—4. La meditacion de un delito no es un delito; no es más que un mal pensamiento; una intencion culpable ó un pecado. Puede, sin embargo, exigir medidas preventivas.—5. Estado de muchas legislaciones sobre la tentativa.—6. Estado de la doctrina en este punto.—7. Ya la ley romana había distinguido entre la tentativa y el delito consumado.—8. De dónde procede el error en este punto.—9. Conclusion.

Hemos dado á conocer más arriba que el delito existe ya cuando sólo se ha intentado la accion; debemos dar alguna explicacion sobre este punto.

Se pueden distinguir con Rossi tres momentos en la ejecucion de un delito; su preparacion, su ejecucion propiamente dicha, y su consumacion.

Estos tres momentos son más ó ménos distintos, segun la naturaleza de los delitos.

La preparacion es interna ó externa.

En el primer caso, se medita pura y simplemente, y entónces escapa á la accion judicial.

En el segundo caso, es visible y puede probarse.

Pero es necesario, para que pueda ser castigada preventivamente y en interés de la seguridad pública, que concurran estas dos circunstancias; la primera, que esta preparacion tenga una conexion cierta con el delito, y la segunda, que el agente no haya renunciado á su proyecto.

Es necesario en todos los casos que la pena sea inferior á la que se aplicaría al comienzo de la ejecucion ó al delito consumado.

Esta distincion es importante por razon de que el delincuente puede renunciar á su designio, miéntras que este

designio no se ha cumplido, y es necesario ofrecerle algun interés para que se arrepienta de su obra.

Ademas es evidente, que bajo el punto de vista material, el que sólo ha preparado ó comenzado á ejecutar un crimen, ha causado ménos perjuicio hasta entónces que el que lo ha consumado por completo.

Añadamos, en fin, que si el legislador fuere demasiado severo, estaría ménos seguro de ser obedecido; la conciencia del jurado se decide difícilmente á reconocer la culpabilidad ante una pena que le parece demasiado dura. De aquí la impunidad y el escándalo que le acompaña.

¿Pero quién decidirá si el criminal deja de cumplir su propósito por la casualidad, el azar ó alguna otra razon contraria á su voluntad? Moralmente, es en estos casos tan culpable como si hubiera perpetrado el delito, pero no lo es tanto bajo el punto de vista puramente material. Y como esta última consideracion es muy importante para la sociedad, y es para los hombres más fácil de apreciacion que la del grado de culpabilidad moral, nos parece razonable no castigar tan severamente en este caso como cuando el crimen ha sido consumado materialmente.

Es necesario, por lo demás, no dar, por razon absolutamente valedera de esta diferencia, el que un criminal que no puede consumir su delito, se encuentra castigado ya hasta cierto punto por el fracaso, por la falta de satisfaccion que experimenta con no haber podido lograr su intento, mientras que el más afortunado experimenta, por el contrario, una satisfaccion que debe hallar su compensacion en la pena. Si este razonamiento fuese justo, sería menester castigar ménos al autor de un delito consumado que tuviera remordimientos, que al de un delito fracasado que no los sintiera. Por lo demás, á quien no ha logrado su tentativa criminal, queda siempre la esperanza de intentarla de nuevo si persevera en su designio, y esta esperanza es muy á propósito para calmar sus remordimientos culpables, mientras que quien ha cometido un mal irreparable, sólo se halla acosado de una idea, de la misma irreparabilidad de su falta.

Sería prudente, sin embargo, dejar al juez la facultad de aplicar el minimum de la pena merecida al crimen materialmente consumado, en el caso en que la tentativa abortada demostrara gran perversidad.

Volviendo ahora á todos los momentos que constituyen la série entera de la tentativa, diremos principalmente que los actos internos no son jamás susceptibles de ser castigados *cogitationis pœnam nemo patitur* (1), puesto que sólo son malas intenciones, pero autorizan, cuando son muy graves y bien probadas, no á que se las imponga una pena propiamente dicha, sino á tomar precauciones ó á realizar actos defensivos, tales como la prision ó el destierro.

Si esto, no obstante, se quiere dar el nombre de pena á estas precauciones defensivas, estas penas tendrán su fundamento filosófico en el justo temor que inspiran las resoluciones criminales: la perturbacion voluntaria de la seguridad de otro es un delito.

En cuanto á los actos preparatorios, es necesario distinguir todavía, segun que son por sí mismos delitos ó no lo son. En el primer caso, pueden siempre ser castigados, hecha abstraccion del fin á que deben servir; en el segundo, no podrían ser perseguidos sino á causa del mismo fin que estaban destinados á preparar. Tal es, por ejemplo, la organizacion de un complot; sus preparativos son una amenaza para el órden público y descubren al ménos una intencion culpable, un peligro social, más ó ménos grande, merecedor de una represion propia para garantizar el porvenir (2).

El comienzo de la ejecucion, si el acto es indivisible, es tambien la consumacion del delito, y sólo se puede distinguir aquí entre la tentativa frustrada y la perpetracion misma. Pero si el acto criminal no es indivisible, si hay en él posible progresion, la culpabilidad es tanto mayor cuanto el crimen se halla más cerca de su término. Puede acontecer, sin embargo, que no haya nada criminal sino en el último momento de la série, siendo necesario para hallarse autorizado á castigar los actos que le preceden, estar perfectamente seguros de que se referian al último; que eran medios y medios eficaces, no medios quiméricos como muchos de los que empleaban los pretendidos hechiceros.

(1) L. 18, D., *De pœnis*.

(2) La preparacion del delito no ha sido siempre distinguida de la tentativa; muchos lo han castigado como intencion culpable.—Philon, *De spec. leg.*, ad. 6 et 7, *prœcept. decalog.*—Joseph, IV, 3, 34; XII, 10, 36, XVII, 5, 5.—*Vendidad-Sadé*, p. 291.

Los jurisconsultos que se hallan de acuerdo en que la tentativa no seguida de efecto, el delito intentado ó el delito frustrado (1) es, sin embargo, punible, convienen no obstante, en que la pena debe ser menor que si se hubiera efectuado. Sólo admiten la excepcion para el crimen de lesa-majestad, de asesinato, de parricidio, de secuestro ó para los crímenes que se llaman atroces en general (2). Esta excepcion puede tener su razon de ser en la gravedad del delito, y, sin embargo, la gravedad de la pena es, por el contrario, una razon suficiente para hacer desaparecer esta excepcion. Otra hay todavía dictada por la prudencia, y es la de no desesperar al autor de un atentado; la de mostrarle, por el contrario, un interés constante para que renuncie á su culpable empresa.

Segun Jousse, el juez no tiene la facultad en los delitos ordinarios, de castigar la tentativa como el delito consumado, hallándose obligado á dulcificar la pena (3). Nuestra legislacion es mucho más severa. Tiene, en cuanto á la letra, el mismo espíritu que las Capitulares de Carlo-Magno (4), que las ordenanzas de 1579, de 1670 y el Código penal de 1791; sin embargo, es más benigno en cuanto á su espíritu, puesto que resulta de la discusion de las Cámaras en 1832 que las disposiciones de este artículo del Código de 1810 sólo han sido mantenidas, porque se ha contado con las circunstancias atenuantes que el jurado no dejaría de hacer valer. Quizá habria hecho mejor el legislador en contar consigo

(1) El delito intentado propiamente dicho ó interrumpido, es aquel que se impide sea ejecutado (lo que no debe confundirse con su preparacion) por una fuerza extraña voluntaria ó no. El delito frustrado es el que no ha sido impedido pero que no ha tenido éxito aunque se hayan empleado los medios propios para consumarlo. Todo delito intentado es un delito frustrado en el sentido amplio de la palabra, pero todo delito frustrado no es un delito intentado en la acepcion propia de la palabra tentativa. Por lo demás, el delito intentado y el delito frustrado son ambos opuestos al delito consumado y el delito impedido es opuesto á los tres así como el delito abandonado. Estos dos últimos casos no tenemos necesidad de explicarlos. Es además evidente que el delito suspendido no puede ser castigado como el consumado. El delito abandonado no debe serlo tampoco al ménos cuando el abandono se verifica en los preparativos. Es necesario, observar, en efecto, que la suspension ó el abandono pueden referirse á los preparativos ó á la ejecucion como en los preparativos de un envenenamiento lento ó en la administracion sucesiva del veneno; importa no confundir estas dos situaciones.

(2) Jousse, t. II, p. 637-639.

(3) *Ibid.*, t. II, p. 639.

(4) Lib. VII, cap. 151.

mismo y en no descargar sus obligaciones sobre el poder discrecional de los jurados (1).

El Código belga castiga con la mayor pena el delito frustrado y el delito consumado, siendo ménos severo con la tentativa propiamente dicha. El del gran ducado de Baden distingue, por el contrario, entre el delito intentado ó interrumpido, y el delito frustrado.

El Código austriaco sólo menciona la tentativa (2), aunque entiende por ella el mismo delito frustrado. En general, la tentativa se castiga ménos severamente por las diferentes legislaciones, que el delito mismo (3).

Los criminalistas modernos hállanse casi unánimes en este punto, principalmente si el delito está en suspenso (4).

No hemos hablado de las disposiciones de la ley romana en este punto, porque la doctrina no parece exenta de contradicción. Sin embargo, las máximas siguientes son bien claras: «Qui hominem non occidit, sed vulneravit ut occidat, pro homicidio damnandus.—Qui ea mente alienum quid contrectavit ut lucri faceret, tametsi mutato consilio, id postea domino reddidit, fur est.—Is qui cum telo ambulaverit hominis necandi causa, sicut is qui hominem occiderit, legis Corneliae de sicariis poena coercetur.—Maleficiis voluntas spectatur non exitus (5).» Y véase otras que no son, en efecto, más oscuras: «Eventus spectetur.—Perfecto flagitio punitur capite, imperfecto in insulam deportatur.—Qui furti faciendi causâ conclave intravit, nondum fur est, quamvis furandi causa intravit (6).» No tenemos que conciliar estos textos distinguiendo, ya las especies, ya los tiempos, ya los hombres. Es por lo ménos evidente que los jurisconsultos romanos distinguían á veces entre la tentativa y el delito, y

(1) V. sobre este punto la *Teoría del Código penal*, t. I, p. 373 y siguientes.

(2) P. 6, art. 7; p. 231, art. 6, traducción francesa.

(3) *Código de las Dos Sicilias*, p. 273, art. 70, traducción francesa.—*Código neerlandés*, *Revista de Fœlix*, I, IX, p. 959 y 969.—*Código sueco ibid.*, t. III, p. 197 y siguientes.—*Código del Brasil*, art. 16.—*Código del canton de Vaud*, *Revista de Fœlix*, Abril, 1844.

(4) Beccaria, Carmignani, Feuerbach, Mittermaier, Weber, Hibans, Bauer, Legraverend, Carnot, Rossi.

(5) L. 13, *divus.*, D., *ad leg. Corn. de Sicar.*; L. 65, D., *De furtis*, L. 7, *Cod. ad leg. Corn. de Sicar.*; L. 14, D., *ad leg. Corn. de Sicar.*

(6) L. 16, § 8, D., *De pœnis*; L. 1, D., *De extr. crim.*; L. 21, § 7, D., *De furtis*.

que esta distincion los conducía á una rebaja de la pena en la tentativa.

No debemos sorprendernos de que la distincion entre la tentativa y la perpetracion del delito, tan universalmente admitida por los modernos, no se haya marcado en las legislaciones antiguas. La causa de todo hállase en la confusion de la moral y del derecho, confusion que no cesa de oscurecer las ideas, y que extravía á los espíritus más seguros. Porque cada uno siente en su conciencia que la culpabilidad moral ó subjetiva, es absolutamente la misma, en el caso en que, en contra de su voluntad bien manifiesta por otra parte, el delincuente no puede llegar á sus fines, y en aquel otro en que el éxito secunde sus propósitos criminales, decidimos sin vacilar que á los ojos de la sociedad, como de la conciencia, y de Dios mismo, debe ser castigado de igual manera.

Esta solucion tiene otro defecto en las legislaciones que no castigan el pensamiento, la mala intencion, la resolucion criminal, aunque se halle indudablemente atestiguada. En esto hay efectivamente una inconsecuencia, puesto que dicha voluntad ha sido mala, tal vez criminal, sobre todo si el individuo no ha cambiado de propósito. Y aun cuando no hubiera renunciado á sus designios perversos, ¿no es culpable el que ha querido el crimen en un tiempo, y no lo quiere ya en otro? ¿Por ventura la sociedad se contenta con que haya cambiado la voluntad del culpable? ¿Cómo podría asegurarse de ello? Si perdona la mala intencion cuando castiga la torpeza ó la impotencia, falta á la lógica, pone entre la volicion de un acto y este acto mismo, una diferencia moral que no se halla en él; pero aquí, como en muchas cosas, la lógica retrocede ante sus extremas consecuencias, porque ve en ellas un vicio que no la contraría en el mismo grado que sus deducciones primeras (1).

En resumen, la culpabilidad va creciendo en el orden siguiente: tentativa abandonada, suspendida, interrumpida y frustrada (2).

(1) *Conrad Franz Rosshirt, Geschichte und System. des deutsch. Strafrechts*, t. I, p. 342, § 208.—Este autor hace de la tentativa un delito aparte.

(2) V. sobre este capítulo Romagnosi, *Genesi del dritto penale*, t. I, p. 216-344.

## CAPITULO VII.

### DEL CONCURSO DE LOS DELITOS Y DEL CONCURSO DE LAS PENAS.

#### SUMARIO.

1. Tantos delitos, tantas penas merecidas.—2. Delitos compuestos, complejos, reiterados y colectivos.—3. Distincion entre el concurso de los delitos y su conexión.—4. Distincion entre el concurso de los delitos y su complicidad.—5. Lo que en general han establecido los legisladores sobre este punto. Excepcion.—6. Otro sentido de la acumulacion de penas.—Reflexiones críticas sobre este punto.—7. Conclusion.

Un mismo individuo puede, relativamente al mismo fin criminal que se propone, cometer dos ó más delitos, por ejemplo, asesinar para robar, asesinar á dos ó más personas.

Este es un delito compuesto.

Es evidente que en estricta justicia, merece todos los castigos reservados por la ley á todas estas faltas cometidas separadamente. En principio, pues, cuantos delitos distintos haya, aunque conexos, aunque conduzcan á un resultado único, tantas penas deben imponerse, sean ó no de tal naturaleza, que puedan ser sufridas simultánea ó sucesivamente.

Habría igualmente doble culpabilidad y doble pena merecida, aunque los dos delitos fueran simultáneos ó distintos en el pensamiento solamente, por ejemplo, si un hijo militar infriese malos tratamientos á su padre, que fuera tambien su jefe en la gerarquía. Aquí el acto material es único. Podrían llamarse complejos los delitos de esta especie.

Un delito puede tambien ser múltiple bajo otro punto de vista, á saber: cuando es repetido contra la misma persona, al cual se llama delito reiterado. Es necesario distinguir este caso del de la reincidencia.

Cuando un delito sólo es castigado como acto habitual ó

colectivo, por ejemplo, el hábito de la usura, forma un delito colectivo (1).

Si la usura es un acto civilmente punible, no es necesario que este acto sea reiterado para merecer una pena.

El delito colectivo se asemeja á los sofismas que los antiguos llamaban *sorites*. Presenta otros dos inconvenientes, á saber: que parece no ser más que un delito ficticio, y si la ley determina el número de actos necesarios para constituir el delito, se podrá referir á ellos impunemente, mientras que si no lo determina, hay una especie de arbitrariedad en hacerlo.

Hay concurso de delitos, propiamente hablando, cuando no existe entre ellos conexión, cuando el uno no es más que el medio ó el fin para la perpetracion del otro, y principalmente, cuando no han sido cometidos en el mismo tiempo ó contra la misma persona (2).

Es necesario no confundir el concurso de los delincuentes en la perpetracion del mismo delito, con el concurso de los delitos; muchos individuos no pueden cometer juntos más que uno solo; este es el caso de la complicidad; así como un solo individuo puede cometer muchos en el mismo tiempo.

Sólo hay concurso de delitos por parte de muchos individuos que obran juntos, cuando el acto del uno es distinto del del otro; en este caso no hay pura y simple complicidad. Por lo demás, la complicidad puede tener lugar en un delito compuesto, para uno de los delitos parciales, y la no complicidad para otros delitos conexos al primero.

En todo caso, el derecho estricto permite que la pena sea proporcionada al delito, y es pura benignidad de parte de la ley, el no imponer sino la pena más severa de todas las que se han merecido.

Esta indulgencia no ha sido admitida por todos los legisladores. El Código brasileño decide que: «Cuando un culpable sea convicto de más de un delito, se le apliquen las

(1) Estas diversas denominaciones son algo diferentes ó están tomadas en otras acepciones que en las que generalmente se las usa. —Cf. *Rauter*, t. 1, p. 226 y siguientes.

(2) *Nicola Nicolini* define la conexión: «Una relacion existente en la intencion del delincuente que tiene por fin en la ejecucion hacer servir la muerte para el cumplimiento de otro crimen ó delito ó viceversa.» (*Principios filosóficos y prácticos de derecho penal*, traduccion francesa, p. 83).

penas establecidas por las leyes para cada uno de ellos; sufrirá sucesivamente las penas corporales separadas y continuas desde la más fuerte á la ménos, teniendo en consideracion el grado de intensidad, no la duracion. Sin embargo, si ha incurrido en la pena de muerte, no podrá imponérsele ninguna otra pena corporal; sólo la de multa podría imponersele en tal caso (1).

Si no hay injusticia en la acumulacion de la penas, hay por lo ménos poca humanidad; debiendo, por lo tanto, aplaudir la benignidad de la mayor parte de los legisladores que han dejado en el olvido las penas debidas á los delitos menores para castigar el más grave. Pero esta indulgencia, necesario es reconocerlo, no es posible sino fuera de los sistemas fanáticos de expiacion, de la justicia absoluta, de la obligacion moral para la sociedad de hacer pagar al culpable hasta el último óbolo. La sociedad no se halla moralmente obligada á castigar, y sólo lo está por su interés. Tiene quizá el derecho de hacerlo sin este interés, pero este derecho puede abandonarlo total ó parcialmente, cuando cree haber atendido suficientemente á su seguridad.

Se puede tambien entender por concurso de penas, acumulacion de penas de naturaleza diferente, por ejemplo, las penas afflictivas unidas á las penas pecuniarias solamente, ó las unas y las otras á las penas infamantes.

Bajo este punto de vista, hay más conexión entre las penas infamantes y las afflictivas, que entre las pecuniarias y las corporales. La infamia moral es la consecuencia necesaria de toda pena grave; la infamia civil ó la incapacidad de ejercer ciertos derechos domésticos, civiles ó políticos, se halla ligada más estrechamente á la pena pecuniaria ó afflictiva, y podría algunas veces quedar separada de ella.

Pero se comprende bien que el que paga con su cuerpo, no puede dispensarse de pagar con su bolsillo, ó recíprocamente. Tambien las leyes de Atenas prohibían la acumulacion de las penas afflictivas y de las pecuniarias.

(1) Art. 61. Primera parte.—V. tambien el Código austriaco, art. 82, 83, 84, 87, 88.—La ley del Estado de New-York admite tambien la acumulacion de penas.—El Código penal chino es más indulgente que muchos códigos cristianos, puesto que sólo impone la pena mayor por los delitos cometidos.—V. Código penal chino. t. I, p. 60; Cf. p. 51.

No es, sin embargo, tan esencial separar estas penas, como aplicarlas bien para cada especie de delito. Si uno de ellos es de naturaleza compleja, y la analogía exige una pena mixta, ¿por qué no se ha de atemperar la pena corporal á la pecuniaria, y ésta á aquélla, de manera que las dos, impuestas juntamente no formaran sino una pena total, que no excediese de la medida del delito?

En resúmen, la culpabilidad va creciendo del delito complejo al delito compuesto, pasando por el delito conexo. En cuanto al delito repetido, pertenece á la cuestion de la reincidencia. El delito colectivo es poco admisible, y pertenece más á la moral que al derecho, pareciéndose mucho á una recriminacion de tendencia ó de intencion. Hállase por otra parte mal definido por la ley, y sólo puede serlo de una manera arbitraria.

Volveremos sobre el concurso de las penas, en el libro siguiente.