

El peligro posible de la peligrosidad, sintetiza Antolisei<sup>11</sup> “es la conclusión de un silogismo, la premisa mayor está constituida por los postulados de la ciencia criminal y la premisa menor del resultado del examen del delincuente”, mientras que es notorio que en la tentativa del Derecho penal el juicio tiene premisas y conclusión diversas: es el juicio de la probabilidad del resultado, detraído de los hechos y de las leyes de la naturaleza. En otros términos: De la acción desplegada, mirada en relación con las leyes de la naturaleza, se obtiene la conclusión sobre la existencia o inexistencia de un estado real de peligro probable. El anterior juicio es ajeno a la consideración del peligro objetivo.

e) Afiliándonos a la llamada concepción “realística”, en el Derecho penal se pune la tentativa por el peligro real, efectivo, material, objetivo, en que es colocado un bien protegido por la norma principal. Mas el peligro es una estimativa de contornos menos nítidos que la consumación, pues en tanto que en ésta el segundo término —materiali-

<sup>11</sup> Antolisei, *L'Azione e l'evento in el reato*. Milano, 1928, pp. 121, 123, 124.

dad natural o jurídica— da firme asidero, ya que se juzga del acto de voluntad, de la relación causal y del efecto; en la primera careciendo de efectos la actividad, sólo entran en consideración el querer, la acción que le obedece y la relación causal.

Debe por lo anterior señalarse qué naturaleza del peligro es menester para la tentativa, si el probable, o si basta el peligro posible.

Antolisei recuerda que la ley de causalidad natural preside el saber científico, que ella importa una relación constante y de sucesión, entre los fenómenos; que a cada fenómeno está precedido de uno o varios fenómenos, sin los cuales aquél no se presentaría; que por lo mismo para decidir sobre el estado objetivo de peligro es preciso reportar la acción desplegada por el sujeto a la ley de la causalidad, auxiliado el juicio por los datos aportados por las ciencias particulares que hayan estudiado el fenómeno cuestionado; y, sin embargo, un juicio definitivo sobre la causa no es dable, ya que muchas condiciones escapan a la percepción y muchas leyes naturales aún permanecen desconocidas, mas sí sobre la probabilidad, que arranca del conocimiento no-



mológico como premisa mayor, la menor del caso concreto, que es el conocimiento ontológico para arribar a la conclusión sobre "el estado de hecho que lleva consigo la probabilidad de un advenimiento dañoso". Además, el distingo matemático entre probable y posible no existe, pero tampoco es dado entre dolo y culpa, entre actos preparatorios y actos ejecutivos, y sin embargo ello no muestra la bancarrota del concepto, pues habría que renunciar, de aceptarse la incerteza, a todas las conclusiones que cotidianamente las ciencias obtienen manejándolo.

No interesa aquí la formulación última de la causalidad. Dejamos a un lado la investigación de si es categoría del espíritu, si se detrae de la experiencia, pues lo relevante es que tiene una presencia innegable en el espíritu humano. Esta ley llamada de la incondicionalidad de sucesión por S. Mill,<sup>12</sup>

---

12 S. Mill, *Resumen del sistema de lógica*, México, 1897, pp. 102, 103, dice: "De todas las verdades que se refieren a los fenómenos, las más importantes son las de sucesión, que hacen que podamos prever lo futuro... La ley de causación no es más que la ley de la incondicionalidad de sucesión, entre dos hechos independientemente del modo último de producción de los fenómenos; el incondicional antecedente es la causa, el incondicional consiguiente el efecto." Antolisei, *op. loc. cit.*

es la base de la teoría inductiva, pero no resuelve por sí, como ingenuamente algunos piensan, todos los problemas que en forma secante se agregan a la ciencia del Derecho, pues las concausas previstas o imprevistas, las imprevisibles y las previsibles, reciben un trato especial en las normas jurídicas, muy distante del que merecen en las ciencias naturales. Por otra parte, la no aprehensión, por el espíritu humano, de todas las realidades y las limitaciones que las ciencias particulares imponen, evita la formulación definitiva e irrefutable, como asevera Antolisei, de lo que es causa; quien trate de encontrar en el marco del Derecho, y con referencia singular al peligro en el delito tentado, las nociones de causa única, o causa más importante; probabilidad y posibilidad, está de antemano condenado al fracaso, al pretender rebasar las conclusiones de las ciencias, en lo primero, y aplicar un método matemático en lo segundo. La posibilidad es la no repugnancia del juicio con la realidad; la viabilidad aconsejada por otros hechos de los que se han obtenido leyes. Lo imposible es lo que está en la cara opuesta de esos hechos anteriores, de esas leyes de



la causalidad; pero la probabilidad es sólo un grado más camino de la certidumbre, en que se inclina en favor de la facticidad la previsión conceptual, siguiendo el cálculo de las probabilidades.

Ahora bien: No podemos hablar de peligro objetivo sin referirlo a la acción desenvuelta y las leyes de las ciencias. Al juez no le interesa el concepto filosófico de causa, ni la determinación de la "causa" naturalísticamente hablando, sino de la causa jurídica, que es algo más que aquélla. El régimen legal determina concretamente qué causas son las importantes, y entonces se comprende cómo una discriminación de las concausas preexistentes, concomitantes o sobrevenidas, que las ciencias podrían verificar, es inútil para el jurista. El trato especial que la ley ofrece en lo referente a la culpabilidad, restringe o amplía el concepto naturalístico de la causa. Singularmente interesa que si se quiere asignar al juzgador la determinación de la causa, por sí, ello es indebido, por cuanto es obra confiada a los hombres de ciencia, incluyendo los filósofos, pues la impreparación en tal sentido, del juzgador, le impediría la mayoría de las veces emi-

tir su juicio. La acción causal del estado de peligro debe ser apreciada con las limitaciones enunciadas.

El peligro de la tentativa es el peligro probable,<sup>13</sup> lo que verosímilmente puede ocurrir, no su simple posibilidad.

El peligro temido no es una simple creación de la mente, sino que captable por medio de los sentidos por su realidad material, debe ser apreciada normativamente por el juzgador.<sup>14</sup>

13 Ruiz-Funes, *La peligrosidad y sus experiencias legales*, Habana, 1948, expresa: "Lo probable es lo posible próximo. Cuantitativamente lo posible es menos que lo probable... Lo posible implica una aptitud, una potencia... Lo probable es lo verosímil; lo que es lógico que suceda, aunque no llegue a ocurrir", y recordando las palabras de Benedetti, se adscribe a la noción de que "lo posible es un juicio abstracto...; y la probabilidad, un juicio sobre las circunstancias concretas de una persona o de ciertos actos", pp. 12 y 13.

14 Carnelutti, *Il danno e il reato*, p. 17, sostiene que "naturalísticamente hablando el daño no existe", que en el mundo físico se dan fenómenos, y si se estima que lesionan intereses particulares o sociales, débese al sistema jurídico. Entonces el daño importante es el "daño jurídico", pues naturalísticamente la calificación no puede advenir. La exactitud es irremediable: pensemos en los llamados delitos formales que suministran la más elocuente prueba de la valoración, y en los delitos de omisión simple. Sobre el concepto puramente normativo de la causa —peligro, daño—, que en el texto se acepta,



f) De lo anterior habremos de concluir que el peligro de la consumación tiene naturaleza normativa como el daño cuando son satisfechos los requisitos del tipo; que la tentativa no es una "simple expectativa del todo subjetiva", como afirman los sostenedores de la tesis contraria, pues el peligro temido, en ella, es captable por medio de los sentidos; es apreciación subjetiva en cuanto que sólo la mente humana, válida de las ciencias y de la lógica, puede pronunciar el juicio de probabilidad. El peligro no existe fuera de la ley, como tampoco el daño es ajeno a la consideración jurídica, pero

---

véase Grispigni, *Diritto Penale*, II, p. 119, pues apunta: "Precisa, por tanto, recurrir a un concepto de causa diverso del científico (concepto normativo de la causa) el cual, aunque diverso, pueda venir promovido legítimamente como equivalente, al menos desde cierto punto de vista, de aquel científico. Para determinar cuál sea el concepto de causa, desde el punto de vista normativo... debe referirse a la naturaleza y a la función de la norma, y a todas las normas indistintamente... y al momento en el cual es dada la norma, o bien a aquel en el cual la norma debe actuar sobre la psique del destinatario para inducirlo a hacer o a no hacer —momento de la amenaza—", porque sólo en tal momento, para el autor, se puede saber qué significado da la norma al concepto de causa. Se pronuncia en el mismo sentido Mezger, *op. cit.*, I, p. 248.

siempre la acción desplegada en cuanto produce un cambio en el mundo exterior —incluida la comisión por omisión que en puridad es acción— es el asidero objetivo de la tentativa, siendo cuestión de Derecho el acertar sobre su encuadramiento legal.