

del entonces Proyecto de Código Penal italiano, Rocco expone: "...se ha querido, desde luego, abolir la distinción, a menudo imposible de conseguir en la práctica, entre actos preparatorios y actos ejecutivos" —p. 39— y en la 100, agrega: "Innovaciones radicales han sido introducidas en la disciplina de la tentativa, suprimiendo la distinción entre actos preparatorios y actos ejecutivos..., era pues necesario prescindir de tal distinción y tomar en cuenta la idoneidad del acto..., y su valor sintomático, o sea la revelación de una voluntad dirigida a cometer un delito... Así, pues, idoneidad y carácter unívoco son atributos suficientes de los actos."

A pesar de las afirmaciones anotadas, para la doctísima Comisión redactora del Proyecto Preliminar del nuevo Código Penal italiano, en la Exposición de Motivos se asienta que: el Código vigente pretendió suprimir el distingo entre tentativa y frustración, al mismo tiempo que entre actos preparatorios y ejecutivos, pero ello no es sino "el fruto de un error", ya que en la vida existe la separación entre tentativa inacabada y tentativa

acabada, y que lo único viable en Derecho es igualar ambas conductas para los fines represivos; y, también, el acto preparatorio, si bien es difícil de encerrar en una fórmula, y acertar a su encuadramiento en muchas hipótesis que la realidad ofrece, se diferencia del ejecutivo. La ley puede, y lo hace frecuentemente, considerar como delitos autónomos ciertos actos preparatorios, y ello demuestra cómo para el legislador el acto preparatorio tiene su individualidad y permanece fuera de la incriminación genérica.<sup>19</sup>

---

<sup>19</sup> *Progetto preliminare del Codice Penale. Lib. primo. Relazione e testo.* Roma, 1949, pp. 32 y 33, en que criticando el Código Penal vigente, y exponiendo que la norma relativa peca por extensión, atemperada por la jurisprudencia, dice: "La ley puede eliminar una diferencia de tratamiento jurídico, no así suprimir una distinción que existe en la realidad de los actos humanos; puede equipararse el delito tentado al frustrado para el fin de la pena; puede eventualmente incluir entre los actos punibles como tentativa también actos meramente preparatorios, mas no puede suprimir la diferencia que, aun cuando sea difícil de fijar en una fórmula concreta, sin embargo sigue subsistiendo entre preparación y ejecución... La distinción, entre actos preparatorios y actos ejecutivos vuelve a manifestarse en la exclusión, igualmente explícitamente declarada, de algunos actos preparatorios del catálogo de los

Las dificultades que ofrece el instituto no son pocas, pues Manzini y Maggiore<sup>20</sup> piensan, al igual que la Comisión a que nos hemos referido, que el precepto legal del Código italiano que hipotiza el delito tentado —artículo 58— incrimina, sin quererlo los legisladores, la Comisión redactora ni el Guardasellos, tanto los actos preparatorios como los ejecutivos. Pacheco, hace ya cerca de una centuria, elude cautelosamente el distinguo, y presenta un cuadro de borrosas líneas.

---

actos punibles, como por ejemplo la preparación del veneno, también si se integra con la misma confesión.”

20 Manzini, *Istituzioni di Diritto Penale italiano secondo il Codice del 1930*, Vol. I, Pte. Gral. 8ª Padova, 1936, p. 155. Maggiore, *Principi di Diritto Penale*, I, pte. generale. 4ª Bologna, 1943, pp. 490 y 494, donde apuntan que los actos, preparatorios o ejecutivos, son punidos en la norma del C. vigente. Comparte el criterio Pannain, *Manuale di Diritto Penale*, Parte Generale. Roma, 1942. Vol. I, p. 406, pues afirma que la expresión “en manera no equívoca”, del precepto legal que acota, “está solamente delimitando el valor sintomático de los actos, como expresión de la dirección subjetiva, de la intención; por eso el destaque no es decisivo, pudiendo ser actos preparatorios intencionalmente dirigidos a cometer un delito”. En términos parecidos puede aducirse el pensamiento de Grisigni, *Diritto Penale*, II, p. 345 in n. Pacheco, *Estudios*, pp. 89 y 90, con formulación verbalista, imprecisa.

c) *Criterios diferenciadores.*

I. La bibliografía señala uniformemente a los prácticos italianos de la Edad Media como los primeros que alimentaron la preocupación por hallar la línea que separara los actos preparatorios de los ejecutivos, siendo los primeros alejados en el tiempo de la consumación, los remotos, distantes, que facilitan la empresa; y constituirían los segundos, aquellos próximos a la consumación, concluyendo con los de frustración.

Invariablemente hoy se opina que se trata de un círculo vicioso; que la noción empírica, de horario, no procura firme asidero, pues en ocasiones el acto preparatorio está lindando con la misma consumación, de manera que el “un en seguida temporal a nadie convence”, según el argumento de Beling.

II. El eminente Carrara,<sup>21</sup> estudia los distintos momentos del delito: considera que el delito es

---

21 Carrara, *Programa*, I, pp. 241, 242, Teoría cit., pp. 98, 105. (Recuérdese que para el profesor pisano el dolo ad-

imperfecto cuando no alcanza su objetividad jurídica a causa del fortuito, si bien el actuar del

quiere cuatro grados —*op. cit.* Parte General, I, p. 74, 76 y 77—, en el de primer grado concurren frialdad del cálculo y perseverancia en el querer. Así se integra la calificativa de premeditación, y es reminiscencia de las enseñanzas de Carmignani, aceptado por Garraud, *op. cit.*, IV, pp. 572, 573; Chauveau y Helie, *Théorie du Code Pénal*, 4<sup>a</sup> París, 1863, III, p. 461, y entre nosotros por el doctor González de la Vega, *D. Penal mexicano*, I, pp. 121, 122, en que aduce un ejemplo proporcionado por Chauveau y Helie, a fin de demostrar que sin calma de ánimo no media la calificante. Con ciertas restricciones, y dándole por otra parte una extensión desorbitada a la “perseverancia” en la resolución, Maggiore, *op. cit.*, II, p. 621. Para una confutación admirable, ver la brillante obra de Peco —*El uxoricidio por adulterio*, B. Aires, 1929— en donde expresa: “Ni la provocación excluye la premeditación, ni la premeditación excluye la pasión . . . la pasión más intensa permite comprender toda ilicitud del acto”, de manera que el ánimo tranquilo y su perseverancia hacen dudar fundamentalmente del estado normal de la mente del culpado. Se adhiere a esta formulación E. Gómez, *Tratado*, II, pp. 51 y ss. El dolo de segundo grado sólo exige perseverancia del querer, sin la frialdad del ánimo, donde quedaría realmente comprendida la formulación de Maggiore, aunque él pretende como elemento de la calificante la preordenación de los medios. En el tercero la súbita resolución seguida de la acción —ánimo frío sin perseverancia, por ausencia del factor cronológico; y, en el cuarto grado “pasión ciega”, en donde falta la calma de ánimo y la perseverancia.)

sujeto es conforme a su intención e idóneo para llegar al fin tenido *in mente*; que en la escuela italiana se castiga por tentativa la intención y el hecho que la concreta, es decir, el comienzo de ejecución. Por ello, a su entender, quedan sin reprimir “los deseos, los pensamientos, las deliberaciones, aun manifestadas por vía de amenazas o acuerdos o de instigaciones”; pero en realidad hace partir la construcción del principio de la univocidad, pues tales actos no revelan de modo cierto la intención de ejecutar, es decir, son equívocos, y aun en el supuesto de que lo fuesen, “no son en sí mismos principio de ejecución del delito pensado, deliberado, amenazado, instigado, o aun acordado”, son verdaderos actos preparatorios. Entonces son las consideraciones que fundamentan la impunidad de tales actos: su equivocidad y la ausencia del principio de ejecución. Actos de tentativa se confunden con actos que comienzan la ejecución del delito; actos preparatorios son los que no demuestran de modo inequívoco la voluntad criminal y aquellos que no obstante la prueba que reciben sobre el querer deciso, carecen del principio de ejecu-

ción. La teoría de la univocidad es un desacierto rotundo; el principio de ejecución sobrevive, aunque con distintos nombres, en la dogmática más reciente.

A pesar de lo anterior, el maestro de Pisa invalida la principal de sus conclusiones, en holocausto a la univocidad.

En efecto: el principio de ejecución, en que se hace consistir el conato, el acto primero punible por tentativa, "comienza cuando los actos antijurídicos adquieren univocidad hacia el delito", sostiene el ilustre maestro, y repite el concepto líneas adelante: "cuando adquieren univocidad (esto es, están indudablemente dirigidos al delito) asumen el carácter de actos de ejecución". Es más, requiere la intención prueba de que es directa y perfecta, pues si del delito consumado el hecho hace derivar la presunción de dolo, por ser "más frecuente que el hombre ejecute lo que se propuso ejecutar", no ocurre lo mismo en la tentativa, a su entender, ya que faltando el hecho material, el resultado, el acto podrá ser causa probable de un efecto, pero no evidente prueba de la intención dirigida a ese efecto no realizado. Esto se evidencia, explica, al considerar que en oca-

siones la causa existe, pero la intención no va unida al resultado probable. Si la intención no es directa es imposible la tentativa, siendo un "contrasentido jurídico" imputar por tentativa culposa, aun justificado el peligro corrido; del mismo modo, no habiendo perfección de la voluntad no puede surgir el delito tentado, debiendo aceptarse la fórmula *dolus indeterminatus, determinatus ab exitu*, donde no arrastra la materialidad de la acción a la culpabilidad, y lo mismo es referible al dolo de cuarto grado, y por ello la riña.

En el dolo de cuarto grado faltaría la certeza de la determinación, y se trataría de saber, a juicio de Carrara, si basta la naturaleza de la acción para deducir de ella la intención. El opta por el éxito, ya que el medio puede conducir a un fin tanto como a otro, y ante lo súbito del actuar no puede argüirse una intención perfecta, sino dubitativa, indeterminada, alternativa; y sólo cuando de la normal, ordinaria potencia causal del medio se pueda inferir esa intención, habrá lugar a la imputación por el más al que faltó el resultado. Pero en los demás casos, suplir este indicio con cálculo, es "ciega

precipitación y aun diré audacia”, exclama Carrara, para añadir que esa elaboración mental implica descubrir pensamientos que nunca cruzaron por la mente del infeliz, utilizando razonamientos que tienen todos los caracteres de malabarismos de la imaginación; y precisa: “la regla sostenida por algunos como precepto jurídico de derivar de la naturaleza del arma, de la clase de proyectil o de la dirección del golpe, la presunción de un propósito homicida, constituye verdadero abuso de doctrina”, y, por ello, “si la condición material era incierta, igualmente debía serlo el daño”.

Con proyecciones históricas determina que el juicio de valor sobre el peligro corrido debe ser ex-ante.

Separemos lo que aún sobrevive del magistral desarrollo de Carrara.

En primer término la tentativa representa lo que Mezger ha calificado de delitos de tendencia,<sup>22</sup> y en que una conducta idéntica puede conducir en ocasiones al tipo y otras ser perfectamente jurídica

---

22 Mezger, *op. cit.*, I, 334, 335.

conforme al *sentido* que le imprima el sujeto a su acto.

La indeterminación del pensamiento malvado, en orden al delito en proyecto, no tiene los caracteres asignados por Carrara; en la riña puede darse el homicidio tentado; la súbita resolución no excluye el querer el resultado mayor, y, como anota Manzini, “Cuando . . . subsiste la duda, no sobre la voluntad de cometer un delito . . . sino sobre la intención de cometer este más bien que aquel delito o sobre la dirección de los actos hacia este o aquel efecto dañoso de un mismo delito, el juez aplicará el principio general de lógica jurídica, en virtud del cual, si se duda acerca del más y del menos, nada puede considerarse probado; pero si se duda del más, pero no del menos, sólo éste debe tenerse por probado: por consiguiente, el culpable será castigado por la tentativa del delito menos grave . . . porque solamente respecto de ella se alcanzó la prueba.”<sup>23</sup>

---

23 Manzini, *Trattato*, II, p. 370. Ver el ejemplo propuesto por Carrara en *Teoría*, cit., pp. 155, 156, de correcta formulación. Y realmente la cualidad del sujeto y el acto

Dos argumentos, pues, destruyen la afirmación carrariana: La pasión no invalida el conocimiento de la acción y del resultado, y por ello el querer ambas, y, la duda sólo opera sobre la base de la improbación del más y del menos, dando mérito a la no imputación, pero la certeza del menos deja prendida la culpabilidad por esta tentativa, independientemente del dolo de cuarto grado que pueda presidir la intención dañada.

En cuanto atañe al criterio de la univocidad, Carrara adoptó una postura abstracta pretendiendo descubrir con el acto la intención, y ello aisladamente, sin el auxilio de las demás circunstancias que concurrieron en el hecho; incurre pues en dos errores fundamentales: no interesa al Derecho penal exclusivamente el fenómeno, sino la conducta que es capaz y el hecho que la concreta. El delito no es solamente cambio en el mundo exterior, sino esto y, previamente voluntad humana. Hablar de acción sin intención, dada la naturaleza de la tentativa, es sepultar un elemento del tipo; y, en segundo

---

pueden dar la tónica al delito tentado, como la doctrina imperante acepta.

término, considerar la acción en sí, para detraer la intención, ajena al querer, a los medios, a las concausas preexistentes y concomitantes, previstas o imprevistas, es olvidar la vida de la acción; su correlación con la mente del sujeto y con el ambiente en que se desenvuelve.

Lo primero, la naturaleza de la intención, su valor, había sido destacada por el mismo Carrara; pero la menosprecia inexplicablemente en la tentativa, pues querer saber si el acto revela la intención a delinquir, es querer saber la dirección del pensamiento del sujeto; sin embargo jamás se llegará por tal camino a la adquisición de una base firme para la apreciación de la ejecutividad de la acción, porque entonces, todo acto dirigido inequívocamente al delito es ya tentativa. Lo segundo, muestra de modo claro, que la interpretación del acto en la construcción carrariana, posterga el significado psicológico-jurídico de la acción, y que la pretendida dicotomía del delito se convierte en concepción unilateral del delito, pues el pensamiento criminoso que se prueba dirigido a un tipo penal es delito tentado.

Massari habla de la neutraleza incolora del acto en sí,<sup>24</sup> a lo que se adhiere Manzini, y el propio Massari,<sup>25</sup> Impallomeni, Vannini, Maggiore, Pan-

24 Massari, *Il momento*... cit., edic. 1934. Napoli, fundamenta su objeción diciendo: "El acto en sí no es más que un movimiento incoloro, uniforme, elemento no susceptible de valuación autónoma, y solamente relacionándolo con los otros actos que le pueden dar su tono y su individualidad, su caracterización, es posible catalogarlo en esta o aquella categoría de actividad práctica", demostrando esa sinergia al aludir a los elementos finalista, y de ambiente, pp. 128 a 132. Manzini, *Trattato*, cit., II, p. 369, participa de tal criterio al asegurar que: "precisamente porque se trata de interpretar el significado psicológico de dichos actos, es lícita e incluso debida, la ayuda de todo elemento de prueba conveniente, cuando sea necesario", para acertar al plan del autor y la naturaleza del acto. Para el examen general del estudio dogmático del delito, Antolisei en *Problemi*, cit. Estudio II, "El error fundamental."

25 Massari, *Il momento*, cit. edic. 1923, p. 115, al referirse a la distinción por la que pugna Carrara, que tilda de absoluta, apunta: "creo esencialmente el poder establecer la adscripción —a preparación o ejecución— más que por la esencia de una o de otra acción, por la particular estructura del propio acto, independientemente de todo ligamen con los demás actos que concurren a dar vida al proceso ejecutivo"; en la *Dottrine Generale del Diritto Penale*, segunda, Napoli, 1930, p. 170, rechaza la univocidad, pues a su entender con ella "se constriñe al juez a obtener la univocidad del acto a través de una búsqueda sobre el elemento intencional del

nain, Antolisei, Saltelli y Romano Di Falco, repudian la univocidad por ser de valor sintomático, pues ella corresponde en verdad a la concepción subjetiva del delito o a la equivalencia de condiciones, pero no a una construcción realística. Se

delito"; que, en puridad, tal subjetivismo se resuelve en que "el problema del contenido confúndese con una cuestión de prueba y de convencimiento del juez acerca de la intención de aquel que actúa", de manera que la dirección de la voluntad es el único dato para la estimativa, lo que resulta insostenible por unilateral. Impallomeni, *Istituzioni di Diritto Penale*. Opera póstuma, Torino, 1908, t. I, p. 345 in nota, con meridiana claridad y evidente acierto escribe: "no sirve, o por lo menos es del todo insuficiente, el criterio de la univocidad de los actos... también con la condición de que la univocidad sea objetiva, vale decir, que se obtenga del acto mismo: la cuestión de si los actos cumplidos por el agente son ejecutivos o preparatorios, se reduce a simple problema de certeza... a examinar si hay prueba bastante por la que conste que él había tenido la intención de cometer un delito, y esto es arbitrario... e inconcluyente. Todo acto preparatorio es un hecho que tiene su propia objetividad; es siempre directo a la perpetración de un delito, y por esto no hay conocida preparación de un delito que no revele la intención de cometer un delito." Vannini, *Il problema*, cit., p. 21, cita a Delitala Giacomo como autor de la siguiente expresión: "Incriminar los actos preparatorios cuando el propósito criminal resulta claro de la univocidad de los actos... significa trasportar la esencia del delito del hecho

equiparan principio de violación y voluntad decisa; acto ejecutivo y acto unívocamente dirigido al delito, y la captación abstracta del acto invalida la naturaleza de la acción. Por ello es preciso no olvidar la conducta precedente del sujeto y su concreta actividad, para saber si ha cometido delito tentado. Así aparece de los mismos ejemplos dados por Carrara, y refrendados por Impallomeni y

al pensamiento, punir no el hecho violatorio de un bien o interés, en cuanto culpablemente querido, sino la voluntad de delinquir en cuanto ha sido inequívocamente manifestada." Comparten el punto de vista que se reseña Maggiore, *Principi*, I, p. 490, Pannain, *op. loc. cit.*; y Saltelli y Romano Di Falco, *op. cit.*, I, pp. 339, 340, piensan que la teoría carrariana encuadra perfectamente en la teoría de la equivalencia de condiciones. Antolisei, *Diritto*, cit., p. 236, arguye que esta tesis "confunde la naturaleza del acto con la prueba de la intención del agente". Estas objeciones adquieren singular importancia al ser referidas al texto legal vigente, pues el artículo 12 del C. Penal, señala como elementos del delito tentado, en sus dos modalidades, la dirección del "hecho" y su carácter inmediato, con referencia al delito venido a menos. Bettiol, *Diritto*, critica igualmente el criterio de lejanía o proximidad del acto, diciendo, "es definitivo considerar no ya la proximidad o lejanía del acto, sino su capacidad concreta a producir", el resultado, reclamando además la concreta idoneidad de la acción (p. 359, ver adelante, cit., núm. 29).

Manzini, la integración del juicio, que aquél desprecia al señalar los caracteres generales de la figura accesoria.

El acto aislado carece de valor, sólo adquiere su fisonomía en contacto con la intención que lo provoca, con el objeto al que se dirige, el medio de que se vale, y en general con todas las circunstancias en que se desenvuelve, incluida la personalidad del sujeto. La intención probada por el acto, lleva el problema al ámbito subjetivo; el valor equivalente del acto conduce a la tesis de la causalidad de v. Buri; la personalidad peligrosa revelada por el acto, en cuanto substancia una intención malvada, desplaza la punición a la postura de la Escuela positivista.

La afirmación de Carrara sobre el juicio de valor tiene dos aspectos fundamentales: el uno que atiende a la normal eficiencia causal del medio, que produce presunción de la intención, y el otro atañe al momento del juicio, en que se prescinde del ulterior desenvolvimiento de la acción.

En realidad se funda la presunción en lo que posteriormente se conocerá con el título de causa-