

lidad adecuada, y la actuación para evaluar el acto, por parte del juez, recibirá el calificativo con Liszt de prognosis póstuma.

Hippel habla del descubrimiento de la posibilidad —probabilidad— del resultado temido, comparando el curso causal presentado con el que era de esperarse *normalmente*, retrotrayéndose al momento en que se realizó el hecho —prognosis póstuma—; y si el resultado “era totalmente imprevisible para el juicio normal del hombre en el momento de realizarse el hecho, o de tal manera improbable, que su posibilidad aparece irrelevante para la conducta práctica del hombre normal en la vida de relación”, no hay adecuación de la conducta al tipo en proyecto. Las objeciones surgieron cuando la tesis fué primeramente formulada por J. v. Kries —citado por Mezger, Hippel, Ranieri y Antolisei—, pues ¿quién realiza el juicio de probabilidad? Al responderse que por el sujeto que actúa, se hizo insostenible la tesis, por confundir el nexo causal con la culpabilidad y por ello M. Rumelin estableció los “límites extremos”, en los que el juez verifica la evaluación, tomando en

cuenta las condiciones existentes al momento de la acción, aunque fueren más tarde conocidas, y las de las reglas generales de la experiencia, así como las posteriores previsibles (constitución física del sujeto pasivo, falta de atención medica por circunstancias de ambiente).

La tesis, afinada por Liszt, Antolisei, Mezger, Massari, Grispigni, Bettiol, Ranieri, Pannain y Battaglini, viene examinando al mismo tiempo que la intención, la acción que le obedece, y ésta, no sólo en el ámbito de las normas generales, del juicio del hombre medio, del hombre ideal, sino en una apreciación cuali-cuantitativa, para llegar al juicio del hombre superior, en su caso, y siempre alcanzar el juicio de necesidad.²⁶

26 Hippel, *Manuele*, cit., p. 140, enfoca el tema desde su punto de vista de la causalidad adecuada, aceptando el juicio de prognosis póstuma con el límite de lo imprevisible, proponiendo ilustrativo ejemplo *in nota*. Liszt, *Tratado de Derecho Penal*, traduc. de L. Jiménez de Asúa, Madrid, 1926, III, p. 17, formula el juicio de prognosis póstuma. Antolisei, *L'Azione...* cit., pp. 135, 136, examina el tratamiento que merece el juicio de probabilidad del peligro, diciendo: “observamos a propósito que no nos interesa el juicio de este o aquel hombre;

III. Ataque a la esfera jurídica de la víctima.

Carrara varió substancialmente su anterior doctrina, para enunciar la que titula ataque a la esfera jurídica de la víctima. Para alcanzar el distingo

interesa solamente el juicio que pronuncia el juez para establecer, a los efectos del Derecho, la existencia o ausencia del peligro, y este juicio es el que debe ser ilustrado en su procedimiento y modalidades. Destaquemos, pues, que el juicio de probabilidad, el juez no lo pronuncia verdaderamente en forma contemporánea a la acción del hombre, sino siempre en forma posterior. Viene formulado cuando se procede al examen de la acción del imputado para acertar si en ella concurren los requisitos establecidos en la ley para su punibilidad. Mas sobre este juicio debemos fijar nuestra atención. El juicio de probabilidad por su naturaleza mira al futuro, porque se expresa sobre un estado de hecho en relación a un resultado que de él puede seguir. Se trata en todo caso de una previsión relativa a las consecuencias derivables de una determinada situación. Ahora bien, se pregunta: ¿Cómo procederá el juez para pronunciarse sobre la probabilidad de una acción que ya se ha desenvuelto y producido sus efectos? ¿Cómo determinará la peligrosidad de un estado de hecho, cuyas consecuencias son conocidas? La respuesta a la interrogación no es difícil. El prescindirá de las directivas marcadas por el caso concreto y se reportará al momento de la acción, juzgando como si ésta debiese aún tener su efecto. El juez, esto es, no tendrá en

propuesto, separó los actos consumativos de los preparatorios y de los ejecutivos diciendo: "Son actos consumativos aquellos que caen sobre el sujeto pasi-

— cuenta la experiencia derivada del desenvolvimiento del hecho y juzgará *ex-ante*, haciendo abstracción de aquella experiencia. Este procedimiento lógico, que Liszt ha denominado *prognosis póstuma* está afianzado en la realidad de la vida y no da lugar a dificultades considerables"; por otra parte, afirma que el juez no debe seguir el curso de sus personales apreciaciones —como fué requerido por Carrara—, es decir, tomar en consideración lo que para él hubiera sido previsible o hubiese previsto, y que el razonable juicio "del hombre medio" pugnado por Loock, pierde actualmente terreno, ya que debe atenderse al hecho natural de que muchos hombres tienen conocimientos superiores a los que posee el hombre medio, y para ellos "aparecía probable el resultado que para la generalidad de los hombres no tenía ese carácter", y así como para el hombre ideal faltaría el peligro, carecería de substancia la tentativa, "lo que no es ciertamente conforme a las exigencias del Derecho". Esto lo prueba por otra parte, la hipótesis del hombre superior que desenvuelve una acción sabiendo que el efecto no se producirá, por la intervención de un obstáculo desconocido por "el hombre medio", y habría tentativa, cuando realmente la acción no adquiere relevancia para el Derecho penal. Propone, en consonancia con tales ideas, que el juez no debe menospreciar el conocimiento de la generalidad de los hombres, porque va a emitir un juicio con valor para la colectividad, pero que debe, al mismo tiempo, tomar en consideración los

vo de la consumación, esto es, la cosa o persona sobre la cual debía desarrollarse la definitiva violación del derecho. Son actos ejecutivos aquellos que

conocimientos particulares, propios del sujeto activo, y eventualmente ligarlos, para alcanzar "el juicio de la sociedad", pp. 137 a 140. Massari, *Il momento*, cit., edic. 1934, repudia el juicio de valor fundado en el conocimiento del hombre medio, pues se "trata de un juicio no generalizable...; porque la generalización conduciría a negar la originalidad de la expresión criminosa, a reducir a líneas rígidas y esquemáticas el decurso incoerciblemente vario de la acción, a crear un arquetipo de operación práctica del cual ningún hombre podría jamás alejarse", ya que la relación es cuali-cuantitativa, p. 182. Es de advertirse que la tesis de Antolisei que se ha reseñado, extrema no ya el juicio de prognosis póstuma en sus fundamentos últimos, sino en "sus modalidades", puesto que no se trataría del curso causal probable, que conduciría al resultado querido, sino de la "condición" que es equivalente en mérito del "conocimiento superior"; Mezger, *Tra-tado*, cit., I, pp. 246, 247, 248, afirma que no basta la carencia de resultado a la acción para que ésta sea irrelevante en Derecho, pues un hecho "puede, con arreglo a la general experiencia y a las concepciones de la vida práctica, ser *generalmente* idóneo para la producción de un resultado determinado... Y ello revestir importancia jurídica"; que, tal posibilidad de quedar encuadrada la conducta en las normas jurídico-penales, se desprende del concepto objetivo del peligro que parte "de un juicio fundamentado en la general experiencia, en el co-

recaen sobre el sujeto pasivo del atentado. Así, en el homicidio el sujeto pasivo de la consumación es el hombre que se quería matar; en el hurto la cosa

nocimiento objetivo de las leyes que regulan los acontecimientos, que expresa el temor fundado e inmediato de la lesión de un bien jurídico", siendo indebido hablar de peligro como algo puramente subjetivo; que el juicio sobre el mismo varía con el curso del tiempo, por las reglas cambiantes detraídas de la experiencia. A pesar de ello, al glosar la teoría de la adecuación, atrás, I, 235, en mérito del concepto del peligro, apunta: "se trata de un juicio de posibilidad en el que ha de compararse el curso causal realmente desarrollado con el que el normal juicio del hombre esperaba que se produjera, debiendo el juez retrotraerse al momento en que se realizó el hecho (el llamado pronóstico posterior); desde este punto de vista habrá que decidir si el curso realmente producido encaja en los límites de lo conforme a la experiencia", donde resume el criterio de Hippel; y, la teoría de la adecuación "ha dirigido su ataque a la teoría de la equivalencia en un punto falso. Pues niega la conexión causal, cuando lo que procedía era haber negado su relevancia (importancia) jurídica... "Se opone a los intereses vitales del derecho punitivo al dificultar la colaboración con las ciencias experimentales, utilizando un concepto de causalidad concebido arbitraria y unilateralmente desde el punto de vista jurídico", p. 237. Se advierte, pues, la contradicción en que incurre el eminente profesor de Munich. Sobre el tema, que será reexaminado brevemente, consultar Liszt, *op. cit.*, II, p. 293, y la orientación excepcionalmente clara y sugestiva de Soler. en Dere-

que se quería robar . . . Y al contrario, sujeto pasivo del atentado el domicilio que se ha invadido, o la puerta que ha sido derribada para penetrar a fin

cho Penal, I, pp. 261 y ss. Vannini comparte la tesis de la adecuación en *Istituzioni*, pp. 150, 151; Bettiol, *Diritto*, cit., pp. 172 y ss. Grispigni, *Diritto Penale*, II, pp. 126, 127, acepta el juicio de prognosis póstuma, con exclusión de las causas preexistentes y sobrevenidas imprevisibles para el autor al momento de la acción. Rechaza el concepto de causa *générica*, substituyendo el concepto por el de causa —idoneidad de la acción— en el *caso concreto*. A su juicio se trata de un problema “de imputación”, pero ha de resolverse planteándolo de la siguiente manera: “Dada la función de la norma, como medio para impedir un resultado, ¿qué entiende la norma por causa en el momento en el que existe el precepto, en el cual la norma ha de influir sobre la psique del agente?”, respondiendo que causa no puede ser sino la conducta capaz de producir el resultado. Rebate la postura de Mezger afirmando que “la diversidad entre conceptos normativos y conceptos naturalísticos es frecuentísima en el campo del Derecho y se legitima plenamente en consideración al fin práctico y no cognoscitivo de toda norma jurídica”, aduciendo el pensamiento de Honig, para quien “toda valuación en el seno de las condiciones está ya fuera del significado puramente ontológico del concepto de causalidad, porque como es señalado por Sauer, se trata de un problema axiológico y no ontológico” (p. 135 in n.). Concluye: “Nosotros sostenemos, contrariamente, que la ley no se contenta con una condición, verdaderamente requiere una causa; sin embargo, para existir

de cometer el homicidio o el hurto. Actos preparatorios son aquellos que caen solamente sobre el

la *causa* en Derecho, no es necesaria la totalidad de las condiciones, sino que basta una condición calificada por el peligro. El concepto de causa, como condición calificada es un concepto normativo, en parte diverso del que es propio de las ciencias naturales” (p. 136). En donde aparece la confutación a la equivalencia de condiciones; el repudio a la tesis de la causa más importante, la formulación de un concepto normativo de la causa, ciertamente no desdeñado por la construcción mezgeriana, y el reenvío al fin de la norma para la estimativa de la causa *en el caso concreto*. Bettiol, *Diritto*, cit., se adhiere al juicio de prognosis póstuma (p. 360), sostiene para la evaluación del estado objetivo de peligro, la comprensión unitaria del concepto naturalístico con el jurídico (normativo), pues dice: “la idoneidad del acto no va juzgada en abstracto . . . va examinada en concreto, en el complejo de todas las condiciones y circunstancias en las cuales la acción se ha manifestado. En otras palabras, el juez debe colocarse en la posición del agente y ver si en concreto el acto cumplido, completo, podría tener eficiencia causal en relación con el resultado en mira.” Ranieri, *Diritto Penale*, Parte Generale, Milano, 1945, pp. 185, 186, comparte la tesis de Antolisei sobre la naturaleza del peligro y refrenda la importancia del juicio de prognosis póstuma. Battaglini, *Diritto Penale*, Teoría Generale, Bologna, 1937, pp. 246, 247; al examinar la idoneidad de la acción se pronuncia en favor de la causalidad adecuada, con las limitaciones determinadas por Grispigni. No otro es el parecer de Pannain, *Manuale*, cit., pp. 419, 420.

sujeto activo (primario o secundario) del delito que se prepara"; entendiendo por sujeto activo a la persona o las cosas en que se manifiesta un derecho, mas no el derecho concreto que se pretende violar, ni el que es paso necesario para el delito proyectado.²⁷

Obviamente los actos que empiezan a lesionar al sujeto pasivo del atentado, a más de que casi siempre son por sí típicos, pueden comprender un

²⁷ Massari, en la *Dottrine*, cit., p. 170, observa que tal distinción "puede apenas utilizarse en aquellos delitos que tienen un objeto material... mientras no sirve para los delitos en los cuales falta del todo ese objeto". Saltelli y Romano Di Falco, *Commento*, cit., p. 338 in n. abundan en la objeción anterior, al igual Antolisei, *Diritto Penale*, Ristampa, 1946, p. 237, I, pues en ciertos delitos, como la evasión, donde el objeto de la tutela jurídica es un interés social, "es difícil, por no decir imposible, la fijación del momento en que se inicia la ejecución", lo que refrenda en *L'Azione*, cit., p. 128, aunque explica que ello no conduce a negar la posibilidad de la separación, mas no con el punto de vista de Carrara. En el mismo sentido, Liszt, desechando el criterio de Carrara, en *Tratado*, cit., III, pp. 16, 17, e Impallomeni, *Istituzioni*, cit., p. 347, revive además el ejemplo del que envía a su elegida víctima dulces por correo, en que fracasa rotundamente la tesis carrariana, ya que en puridad serían actos preparatorios, y bien es notorio que son ejecutivos.

comienzo de ejecución, y, en todo caso, serviría el criterio sobre la duda apuntado por Carrara y repetido por Manzini, a que antes nos referimos. Pero queda en pie la interrogante al tratarse de los delitos que carecen de objeto material.

a) Florian (*op. cit.*, p. 607 in n.), expone que Leto afirma: "Son actos de ejecución los que se realizan sobre la persona o la cosa, en la cual debe agotarse la consumación de un hecho punible o como medio para llegar a él, sobre otra persona o cosa." No es en verdad una tesis nueva; conserva los mismos caracteres de la que se acota. Sujeto pasivo del atentado, sujeto pasivo de la consumación, y acción que lesiona a éstos, indistintamente.

b) Causa y condición. Heller —*Saggi citici*, Roma, 1930, juicio emitido sobre el entonces Proyecto Rocco— y Mezger (*op. cit.*, I, pp. 245, 246, II, p. 203 in n.), señalan a Birkmeyer como sostenedor de esta postura, en que sería acto preparatorio el que representa tan sólo una condición del resultado previsto por la Ley como delito, y ejecutivo el que tiene el valor de causa eficazísima. Y los mismos

autores coinciden afirmando que no existe lógicamente el distingo entre condición y causa, y el primero agrega que “no resuelve sino aparentemente el problema, así como la teoría de la causalidad no resuelve más que en apariencia el problema de la causalidad”.

c) Con una formulación que sólo cambia de palabras, dejando intacto el pensamiento que nutre la tesis, Impallomeni acude, para la separación conceptual (*Istituzioni*, cit. p. 348), de que se viene tratando, a la siguiente argumentación: “se encuentra la simple preparación si la causalidad criminosa está inerte; habrá actos de ejecución cuando ha sido puesta en movimiento para alcanzar la meta delictuosa, y este movimiento se encuentra siempre que la dicha causalidad sea puesta en condición conforme con el designio del agente para alcanzar el efecto querido”; en tanto que, en la preparación, hay “predisposición de los medios necesarios para realizarlo” (el delito), “mas aquella predisposición no es, a decir verdad, un simple pensamiento, es ya un hecho, mas no es la tentativa”, pues ésta se

da cuando “la causalidad criminosa contenida en los medios viene actuando, operando”.

Varias observaciones deben hacerse: En primer término, se acepta por Hippel que los actos preparatorios facilitan, promueven la empresa,²⁸ pero con Antolisei y Heller, esa probada predisposición (univocidad), no es tentativa, ya que lo encaminado directa e inmediatamente al delito no es por sí ejecución, sino elemento del principio de ejecución. La dirección de la voluntad, exteriorizada por el acto, y su proximidad al resultado, son una mezcla detonante de la univocidad carrariana y el criterio de horario, cronológico que Beling²⁹ coloca en el subjetivismo, y, por último, ya se ha visto que no media diferencia entre causa y condición.

28 Hippel, *op. cit.*, p. 214, afirma que los actos preparatorios son, “los anteriores en el tiempo al acto contenido en el delito, y deben rendir posibilidades, facilitar la empresa, mas todavía no pueden subsumirse bajo la figura del delito”.

29 Beling, *Esquema de Derecho Penal*. La doctrina del delito tipo, B. Aires, 1944. Traduc. de S. Soler, p. 103, expresa: “Según una *teoría subjetiva*, no existe diferencia objetiva alguna entre preparación y ejecución — y corresponde a la ejecución todo aquello *por medio de lo cual el autor quiere llevar a ejecución inmediatamente el hecho*. Pero tal

d) *Voluntad posible y voluntad exteriorizada.*

Para los sostenedores de esta tesis habría simple preparación cuando la voluntad se manifestase por actos que revelaran una intención oscilante, imprecisa, posiblemente dirigida a la consumación de un delito y se presentaría la ejecución en los actos que implicaran la voluntad resuelta, indefectiblemente dirigida al hecho punible. A decir verdad

doctrina sólo es posible prescindiendo de los delito-tipos y de su significación, y creyendo no poder hacer diferencia alguna entre las condiciones de un resultado, en razón de su equivalencia causal (ver en contra 20, II, 3). Por lo demás, esta teoría subjetiva es ilógica: según ella no hay ningún criterio para diferenciar y, sin embargo, el autor debe poder hacer esa imposible diferencia con su voluntad. Si ella toma el término *inmediato* en el sentido de un *en seguida temporal* la compra del arma, según ella, será preparación, cuando el hecho ocurra después de una hora; pero será ejecución cuando ocurra inmediatamente, lo cual no parece convincente." Recuérdese esto en relación con el artículo 12 del C. Penal Federal. Maggiore, *op. cit.*, I, p. 488, interroga: "mas ¿cuándo la causalidad está en reposo y cuándo en movimiento?", porque no pudiéndose distinguir entre causa y condición, tampoco es dable separar la causa inerte de la causa en movimiento, lo que se resuelve en la imposibilidad de separar preparación de ejecución, y siendo de la misma entidad los actos puestas en

es la misma teoría de la univocidad con nomenclatura y términos de expresión diversos. Las críticas dispensadas a ésta pueden válidamente aducirse ahora. Poca fortuna ha corrido tal formulación, sea en el orden doctrinario, sea en el campo jurisprudencial.

IV. *Comienzo de violación de la norma.*

Se afirma que su primitiva enunciación pertenece a Rossi,³⁰ pero que sólo tiene apoyo frente

la serie causal, lo que se castiga es el *un en seguida temporal*, al que obedece, el que está presidido por la intención *univoca*, la *dirección* de la voluntad del sujeto; es decir, el querer malo. Todo acto —inerte o en movimiento— con tal de ser próximo a la consumación, y dirigido con expresa voluntad por el sujeto, es tentativa. Saltelli y Romano, *op. cit.*, pp. 340, ss., al examinar los elementos del delito tentado, acción, idoneidad, dirección, conciben el requisito "directo", "en el sentido de la intención del agente de servirse de un medio para alcanzar un fin", por ello la confesión, aislada, es ineficaz, pues se terminaría por punir el pensamiento exteriorizado; la confesión es uno de los medios, no el único, y unida a los demás puede producir la prueba. Todo acto directo es tanto preparatorio como ejecutivo, no da la tónica al delito tentado.

30 Carrara, *Programa*, vol. cit., p. 264.

al texto legal francés, que requiere tentativa seguida de un comienzo de ejecución del delito, que "no se sale de los actos preparatorios mientras no comienza la violación del Derecho a cuya ofensa se dirigen aquéllos".

Creemos que la postura de Manzini, con ciertas reservas que serán precisadas, es semejante a la del ilustre profesor italiano. En efecto, Manzini dice que su argumento "se presta admirablemente a las sutilezas especulativas y a las diatribas académicas", y que "es natural que los juristas filosofantes tengan predilección por él, para sus ejercitaciones involutivas", porque sostiene que acto de ejecución es aquel que "se convierte en causa que, poniendo directamente en obra un medio idóneo para producir el efecto criminoso, bien concretando en todo o en parte un elemento material constitutivo del delito, inicia la violación efectiva del precepto principal, o bien, dirigiéndose a un acto que constituye circunstancia agravante material del delito mismo, viola un precepto acceso-

rio, y con esto inicia la violación del precepto principal".³¹

No es otro el pensamiento definitivo de Massari, aunque ciertas expresiones conduzcan a una confusión. En efecto: en una de sus obras argumenta diciendo que hay tentativa cuando la acción está iniciando en el bien tutelado, cuando el bien está en el radio de eficiencia del acto causal, del medio operando. Esto, comprendido literalmente, conduciría a la conclusión de que la presencia del objeto en que debe recaer la acción criminoso, y la actividad ya desplegada en tal dirección suponen tentativa. Entonces el acecho para la consumación del homicidio; la espera del ladrón frente a la casa en la que pretende robar, portando los instrumentos de que ha de servirse, constituirían actos ejecutivos, porque "el bien agredido está en el radio

³¹ Manzini, *Trattato*, II, p. 372; Heller, en *Saggi critici*, cit., refutando la univocidad, pues a su criterio "sólo sirve para revelar el propósito criminal, la resolución decisiva, . . . y no puede ser considerada como la nota característica de la tentativa desde el punto de vista objetivo, sino desde el subjetivo . . . proporciona una solución menos firme que el comienzo de ejecución", se adhiere al pensamiento de Manzini como es notorio.