

de eficiencia del medio puesto en acción"; pero la concepción total, unitaria, que Massari tiene del acto ejecutivo convierte en estériles las objeciones de Manzini. Si aquél hace un expreso refrendo a la postura de Manzini, lo cual ciertamente sería por sí bastante para suprimir las críticas que se le dirigen, además motiva abundantemente su filiación científica y la ilustra con ejemplos, no hay razón para suponer que repudia la tesis que se reseña.³²

32 Massari, *Il momento...* cit., edic. 1934, pp. 128 a 132, al examinar los elementos de la tentativa, evalúa la intención, la acción puesta a su servicio en referencia al tipo; adelante, p. 175, propugna por la medida de la conducta concretamente, no en abstracto como señalara Carrara en la univocidad; posteriormente, p. 183, acota: "No existen actos preparatorios en sentido absoluto... Se trata de nociones esencialmente correlativas al contenido general y especial de cada delito," en donde aparece la expresa captación del significado del tipo para la comprensión de la actividad desplegada. Ver el ejemplo en p. 227. En *Dotrine*, cit., p. 179, es más explícito al respecto, pues afirma: "Nuestro criterio. Se debe sostener con Zachrie, Chop, Pessina, Manzini, Vannini, que la noción del acto ejecutivo no podrá obtenerse sino del contenido de la norma penal. Dicen bien tales autores, que la actividad ejecutiva surge cuando comienza la violación de la norma penal. Nosotros creemos que el principio puede afir-

En la construcción jurídica de Manzini la ejecución no es algo dado, de naturaleza abstracta, reconocible *per se*, de caracteres inmutables, y por ello adosable a cualquier tipo. La intención es un "presupuesto", un elemento *sine qua non* de la figura accesoria, pero su presencia justificada no es bastante para proclamar la existencia de delito tentado. Con la intención probada la indagación acude al acto —potencia causal—, y al tipo. Sólo se puede comenzar a violar la norma, en la tentativa, cuando se quiere la agresión del bien o interés protegido, y es dable esa lesión en mérito de la consideración del tipo penal y de la acción causal.

La primera y brillante enunciación de Vannini

marse más claramente afirmando que la actividad ejecutiva debe establecerse para cada tipo de delito, en relación al contenido general y especial de cada incriminación. En el robo los actos pueden iniciarse con la adquisición o fabricación de la escala o la llave falsa, mas es claro que hasta que el escalamiento no sea iniciado o la apertura de la puerta, o su efracción, no se ha comenzado mediante el uso de los instrumentos apropiados la ejecución, y no se puede hablar de actos ejecutivos... Tanto los actos preparatorios como los ejecutivos presuponen esencialmente una aptitud causal."

sobre el tema,³³ aunque de aparente raigambre psicológica, puede ser reconducida a los términos de la postura de Manzini. Por otra parte, en trabajos posteriores, el ilustre autor acoge aquella tesis.

Para Vannini, la norma jurídica tiene por objeto formar en el destinatario estados de conciencia opuestos a lo que Kelsen titula la norma jurídica

33 Vannini, *Recostruzione sintetica de la dotrina del reato*, cit., arguye: "En el estado de conciencia en el que se elabora el plan criminoso externamente revelado por el cumplimiento de la actividad preparatoria, la sanción no es todavía una fuerza que lucha, no es aún un imperativo que combate el sentimiento para superarlo: es siempre una fría expresión jurídica, un elemento de juicio. Sólo cuando se quiere el hecho contrario a la norma (y quererlo significa naturalmente actuarlo), existe la violación de la norma, porque solamente en este momento hay un contraste hipotético de la voluntad que se resuelve en un conflicto real." Manzini aprovecha la siguiente expresión de Vannini, ciertamente muy ambigua, para refutarlo. Aquél, *Il problema giuridico del tentativo*, Milano, 1943, p. 18, "el delito se quiere cuando el sujeto tiene la sensación de realizar esto que la norma prohíbe realizar, cuando, en consecuencia, en la conciencia del culpable la acción se afirma como el rehusarse a asumir la norma en calidad de regla de conducta", y antes había dicho: "cuando alguno puede decir: no quiero comenzar, está todavía en los actos preparatorios; cuando por el contrario, se ve precisado a decir: quiero desistir, entonces sus actos están ya en ejecución". Vid. Manzini, II, p. 374.

secundaria. Siempre, detrás del precepto que prohíbe u ordena, se encuentra otro precepto legal que condiciona la efectividad de la pena al cumplimiento o incumplimiento, respectivamente, de aquello vedado o requerido. La norma, con la amenaza, pretende que el sujeto evite el entuerto; por ello, para Vannini, hay simple preparación cuando la sanción no combate con el propósito criminal, y existe ejecución si la actividad desarrollada por el sujeto entra en contraste con el contenido volitivo del precepto penal.

Una es la intención de preparar el delito y otra la intención de llevar a término el delito mismo: los actos que cumplen aquella resolución son siempre preparatorios, mientras que los cumplidos "con el exacto entendimiento de conducirlo a término", son actos ejecutivos.

El pensamiento de Beling no difiere substancialmente del de Manzini, si bien la tesis se encuentra robustecida con la cabal y sistemática exposición del papel que desempeña el tipo.³⁴

34 Beling, *Esquema*, cit., p. 102, concisamente escribe: "La forma accesoria *tentativa* —por oposición al delito *con-*

Para el ilustre jurista alemán, la consumación exige la satisfacción de todos los elementos objetivos del tipo, unida a la culpabilidad y la antiju-

sumado— se vincula con las figuras delictivas autónomas a las que la tentativa se refiere de modo que el delito-tipo de la correspondiente figura, sólo es representado en un simple comienzo de ejecución, C. Penal, art. 43 (del C. Penal francés de 1810: *comencement d'exécution*), es decir que en lugar, p. ej., del requisito matar a un hombre, está el requisito de comenzar a matar a un hombre. Con lo cual, para que exista tentativa, es preciso que el cuadro específico de la tentativa se cumpla objetiva y además culpablemente... El dolo para la tentativa es idéntico al dolo para la consumación." Adelante apunta: "II. Para comprender el significado del *principio de ejecución* debe tenerse presente que este concepto significa evidentemente una clase determinada de las posibles maneras en que una acción puede no adecuarse a un delito-tipo. Este concepto debe, pues, comprenderse por una parte, en el campo de la *carencia de tipicidad*, pues las acciones plenamente adecuadas al tipo ya están reguladas por medio de las figuras delictivas autónomas"; y su procedimiento selectivo, a base de exclusión por atipicidad, p. ss., arranca de "a) acciones que todavía no son adecuadas, acciones preparatorias". En lo referente a la "racionalidad" que preside la no inclusión de los actos preparatorios en el cuadro estricto de la ley, a que nos referimos antes (vid. cit. no. 19), dice: "El legislador, con toda seguridad, ha querido dejar impunes las acciones preparatorias (a). Precisamente por eso ha exigido en el art. 43 un comienzo de ejecución. Cuando le ha parecido necesaria la punición de ciertas acciones preparatorias, ha creado particu-

ridicidad. Así, en el homicidio, es preciso matar antijurídica y culpablemente a un hombre, en tanto que al delito tentado basta el hecho de comenzar a matar a un hombre, culpable y antijurídicamente. El comienzo de ejecución se diferencia formalmente del acto preparatorio, en que éste aún no es adecuado al tipo, y precisamente porque al legislador no le interesa tal acto, ha exigido un "comienzo de ejecución" como base objetiva de la tentativa, y cuando estima oportuno punirlo, crea figuras autónomas. El dolo de la tentativa es el mismo que el de la consumación; y la ejecución tiene su especial significado, al contacto con cada tipo particular, con cada previsión legal. No existe la acción preparatoria abstracta, como tampoco la ejecutiva amoldable a cualquier figura delictuosa; precisa la consideración particular del trato jurídico, para la determinación de lo que es preparación y de lo que es característico de la ejecución.

—
lares figuras delictivas autónomas... El deslinde entre *preparación* y *ejecución* surge objetivamente en cada caso del contenido de cada delito-tipo."

Ranieri,³⁵ con toda precisión señala los mismos caracteres dados por Beling en la indagación de la actividad ejecutiva, y, añade a nuestro modo de ver un elemento substancial, que si bien podríamos considerar implícito en la formulación del sabio jurista germano, por contener un principio de orden general, ya que es atinente a la interpretación de la ley, cobra resonancia en la voz autorizada del profesor italiano. En efecto: para Ranieri la actividad ejecutiva es la del "tipo singular", es la propia, la adecuada a esa figura delictuosa. No hay, por contrapartida, actividad ejecutiva genérica, referible a todos los tipos, sino actividad singular, captable en un momento dado como perteneciente a un tipo, en mérito de la descripción legal, y, cuando no pueda ser obtenida por tal procedimiento, habrá que acudir al fin de la norma.

Igualmente Hippel,³⁶ pone de relieve el hecho de que la actividad ejecutiva se descubre sólo al

35 Ranieri, *Diritto*, cit., p. 292.

36 Hippel, *Manuale*, cit., p. 214, quien agrega: "es cuestión de hecho acertar sobre la acción y el programa del autor. Al socorro del fin perseguido, la misma acción puede ser preparación o ejecución, y aquí tentativa... Es con-

contacto del tipo y que no puede hablarse de actividad preparatoria en sentido abstracto, como tampoco de actividad ejecutiva referible a todos los tipos.

Bettioli y Pannain,³⁷ siguen la dirección marcada por Manzini y Vannini; es más, acuden a la

ceptualmente problema de Derecho el establecer cuáles acciones sean contenido de un delito. La regla legal indica esto con una palabra que expresa actividad. Cuando excepcionalmente la ley exige determinados medios o requiere más actividad sucesiva, es principio de ejecución —esto es, tentativa—, ya el uso del medio o el inicio de la primera actividad conforme a la figura delictiva". Para el autor, "los actos preparatorios son los anteriores en el tiempo al acto contenido en el delito, deben rendir posibilidad, facilitar la empresa, más todavía, no pueden subsumirse bajo la figura del delito". En la tentativa lo único que falta es el resultado, cuando la conducta carece de cualquiera otro de los elementos lo que se produce no es tentativa, sino atipicidad (p. 229).

37 Bettioli, *Diritto*, pp. 359, 360, a pesar de que siguiendo a Giacomo Delitala afirma que al legislador no debe preocuparle qué actos son preparatorios, y cuáles ejecutivos, sino la determinación de los actos punibles y de los impunes, observa que Vannini ha estudiado con gran agudeza el tema, y sostiene: es acto de tentativa "el que tiene en sí eficacia para producir el resultado lesivo; el acto que agrede el bien protegido, y allí es usado en la esfera de incidencia del sujeto pasivo". La última frase recuerda, sin variantes, la de Vannini acotada, motivo de la objeción formulada por Manzini. Por

propia terminología de estos autores para destacar la esencia del comienzo de violación. Para aquellos tratadistas, el acto ejecutivo se diferencia del preparatorio, en que agrede ya el bien tutelado por el precepto penal; en que la ejecución supone

otra parte, la *esfera de incidencia del sujeto pasivo*, tónica para la acción ejecutiva, carece de solidez en cuanto se consideren los delitos que lesionan bienes sociales; intereses de Derecho público, en que el sujeto pasivo primario es "la fe pública", o la seguridad del "Estado", p. ej. El sujeto pasivo, carente de individualidad humana, de *corpus*, está siempre en la llamada esfera de incidencia de la actividad culpable, y por ello desde la preparación habría ejecución. Pannain, *Manuale*, pp. 404, 405, comparte la concepción objetivo-formal, pues apunta: "la ejecución de un delito se inicia con los actos de agresión al bien jurídico protegido, es decir, cuando el agente comienza a ponerse en posición de neto contraste con el mandato legislativo, cuando se comienza a poner en existencia una actividad que bien puede ser causativa del resultado prohibido"; recordando las argumentaciones de Vannini y Sabatini (vid. retro. cita no. 26), especialmente el criterio de Grispigni sobre la causa, que ayuda a la comprensión de la actividad ejecutiva, en orden al fin perseguido por la norma al tutelar determinado bien o interés, sea individual, sea de carácter social. En extremo significativas las indicaciones de Antolisei, en *Problemi*, cit., pp. 40, 65, 67 y 86, para la comprensión del fin de la norma, que es tanto como decir la científica interpretación de la ley.

una actividad que puede ser causativa del resultado prohibido.

Mezger³⁸ se afilia decididamente a la concepción objetivo-formal beligniana; recurre por ello

38 Mezger, *Tratado*, II, pp. 200 y ss. Con interrogantes que reviven las expresiones de Vannini, el profesor germano parte de la consideración subjetiva de la tentativa, pues debe previamente indagarse si el sujeto ha preparado el delito, o si ha comenzado su ejecución; que por tal motivo la intensidad de la voluntad delictuosa manifestada, no es asidero firme para el distingo, ya que en todo caso la voluntad está presente en el acto preparatorio como en el ejecutivo (vid. retro. d.); supuesta la voluntad de delinquir, sólo con un criterio objetivo es dable la investigación, sin que sea "fácil recoger en una fórmula de validez general la delimitación neta y terminante entre los dos grupos de acciones (actos preparatorios, actos de tentativa). Frank, parágrafo 43, II, 2, afirma incluso: "tal deslinde neto y terminante..., no se ha conseguido hasta ahora, y no es siquiera posible". Rocco así lo asegura en la *Relazione*, insisten Saltelli y Romano, comparte el punto de vista Antolisei y lo refrenda Hippel. Acepta Mezger la postura de Beling, acudiendo al tipo y al mismo tiempo al "bien jurídico protegido por la ley". Habla de los tipos que requieren medios o varios actos, donde el uso del medio y con el primer acto hay comienzo de ejecución. Descartando la procuración de medios "e instrumentos para cometer el delito, el estudio del instante más oportuno para cometerlo, el trasladarse al lugar de ejecución, el acecho, las precauciones tomadas para evitar el

al tipo y al bien protegido, desde el lado formal, y a la intención probada unida a la acción idónea, en el ángulo objetivo.

descubrimiento, etc.; pues las medidas de esta índole no son generalmente necesarias y por ello no pertenecen a la ejecución, esto es, al tipo". No compartimos el punto de vista del autor, en lo que atañe al acecho, como podría serlo también la simulación de amistad con el propósito de delinquir —calificativas de lesiones u homicidio en nuestro C. Penal—, por cuanto que substanciando parte de la norma accesoria, están ya agrediendo el bien tutelado. Aquí nos adscribimos al pensamiento de Hippel, que será desarrollado al tratar de la tentativa circunstanciada. El profesor de Munich acude a las delimitaciones formales, y ofrece la expresión "núcleo del tipo", así como el verbo utilizado por la ley, "que encierra en sí el resultado". Añade: "En consecuencia, existe especialmente una delimitación material, cuando en vez del tipo formal se coloca en primer plano el 'bien jurídico' y el ataque contra él dirigido: así entiende, por ejemplo M. E. Meyer, 352, como actos de ejecución aquellos que atacan al bien jurídico. En dirección análoga marchan Kohler, 447, y Sauer, 463, este último rechazando de modo expreso el criterio formal-típico y con parcial referencia a la teoría de la causalidad (pensamiento de la adecuación)." Señala: p. 206, "el punto de partida lo constituye fundamentalmente la concepción jurídico-positiva-formal... Como en otro caso, también aquí todo problema de la interpretación científica de la ley es una actividad que discurre desde el punto de partida formal a la captación material del sentido. En este sentido habrá que afirmar siempre la existencia de una acción que

Creemos que la postura del distinguido jurista ibero don Luis Jiménez de Asúa es la misma de Beling, al hablar de las acciones que penetran en el "núcleo del tipo", como constitutivas del comienzo de ejecución, discriminando las acciones que facilitan la empresa pero que aún no lesionan el bien protegido en el precepto penal. El verbo da la tónica a la acción; él nos indica en cada caso concreto cuándo la acción se adecúa al tipo y en qué momento aun no es de las propias del tipo. Y el mismo penalista incide en la salvedad de que no hay una separación matemática entre preparación y ejecu-

pone en peligro el bien jurídico, por tanto, de una acción punible de tentativa, cuando el autor haya hecho todo lo que, según su criterio, es necesario para la consumación del delito". La afirmación final tampoco la compartimos: la tentativa acabada pierde en el pensamiento de Mezger su asidero objetivo, material, para convertirse en tentativa completa a causa de la creencia, muchas veces errónea, del sujeto que agita. A ello se aludirá posteriormente, y la transcripción obedece al interés de que sea captado el criterio de tan ilustre escritor, en torno del delito tentado; entra en consideración el fin de la norma, el bien protegido, si bien ya en la tentativa acabada no es el bien tutelado y la acción lo que deciden, sino contradictoriamente el puro pensamiento del culpado.

ción; que cada acto debe ser estimado en referencia al precepto penal, al fin de la norma.³⁹

En síntesis:

Habremos de desechar la concepción carrariana de la univocidad, porque ella castiga el probado propósito de delinquir.

De igual manera habrá que rechazar la tesis del ataque a la esfera jurídica de la víctima, pues cuando ésta se encuentra alejada del sujeto activo, como en el ejemplo de Impallomeni, no habría ejecución sino preparación, lo cual es ab-

³⁹ Jiménez de Asúa y Oneca, *Derecho Penal conforme al código de 1928*, Madrid, 1929, pp. 148 y ss. Al tratar de los actos preparatorios y de los ejecutivos advierte la dificultad de proporcionar un criterio firme para su distinción, pero explica que en la práctica no lo es tanto, aduciendo ilustrativo ejemplo. Este refleja el criterio objetivo-formal. Funda la punibilidad de la tentativa "de un lado, en la voluntad criminal, que se da igual que en el delito consumado, y de otro lado, en el peligro en que ha estado en un momento dado el bien jurídico que se atacaba, así como la alarma, o daño social que ocasiona". Igualmente al reseñar in extenso valioso estudio sobre la tentativa, dirigido por él, refrenda la postura. "El Criminalista", IV, B. Aires, 1944, pp. 207 a 250, y en "La Ley y el Delito" con acabada técnica analiza la *actuación típica de ejecución*, y señala los casos límite. pp. 590 y ss.

surdo; y al faltar el sujeto pasivo individualizado entra en bancarrota la teoría. Por otra parte, la acción que agrede al sujeto pasivo del atentado puede ser delito en sí, puede ser tentativa, a esto último ayuda la comprensión unitaria de la acción y no el sentido abstracto con que la tiñe el autor. Digamos sin embargo que el ejemplo dado por el egregio Carrara, no alude a la acción que agrede al sujeto pasivo del atentado y es ejecución, como él reconoce.

El pensamiento de Manzini, compartido por Vannini y Bettioli, aparece iluminado en las exposiciones de Ranieri, Mezger, Hippel y Pannain, bajo el signo de la tipicidad de Beling. Es preciso, conforme a tal postura:

I. El peligro corrido, lo cual supone la acción idónea, pues si ésta es absolutamente inidónea es inconcebible la puesta en peligro del bien tutelado.

II. El juicio de *prognosis póstuma* de Liszt.

III. El dolo de la consumación (aun el indeterminado y el eventual, las dos formas del preterintencional serán examinadas posteriormente).

IV. La comprensión unitaria de la acción; es decir, su cabal análisis en mérito del sujeto activo, del sujeto pasivo, del bien tutelado y de todas las circunstancias, como ha sido subrayado por el fino espíritu de Massari y refrendado por Antolisei, Mezger, Saltelli y Romano Di Falco.

V. Los requerimientos materiales del tipo principal; la actividad propuesta por el verbo dan la nota característica a la acción ejecutiva. Si el delito-tipo exige acciones sucesivas, ya las primeras son comienzo de ejecución; de igual manera la actuación, completa o incompleta, de la circunstancia, es ejecución.

VI. En todo caso el fin de la norma, la agresión al bien tutelado, la consideración finalista en la interpretación de la ley, sirven al acertamiento de la actividad propia de la ejecución.

VII. Todos los actos que obedecen a la intención de preparar el delito, los que facilitan la empresa, no son adecuados al tipo, son meros actos preparatorios, sin que precise la distinción carrariana de preparatorios absolutos y preparatorios contingen-

tes, pues en ocasiones los primeros son delitos *per se*, en atención al bien tutelado en la norma de la que derivan.

VIII. Es imposible prescindir del concepto de causa para la elaboración de la teoría de la tentativa; ella nos interesa como referencia al resultado propuesto, que permanece como simple peligro. Causa natural, restringida por la culpabilidad, desempeña un papel de orden primerísimo en el concepto de tentativa.

IX. Peligro-causa, tienen función normativa. No puede suprimirse el carácter emocional del juicio, aunque predominen los factores de orden objetivo. La esencia de la causa viene de la norma, ya explícitamente, ya implícitamente, por analogía, como es destacado por Grispigni y Delitala. Sobre tal base adquiere relevancia el juicio del peligro, que es puramente subjetivo en cuanto que sólo el que juzga lo forma, pero objetivo por fincarse en una realidad tempo-espacial.