

CAPITULO QUINTO

TEORIAS SUBJETIVAS

Donde alcanza plena validez la univocidad carrariana, es en el ámbito de las teorías subjetivas de la tentativa. Ellas postergan la puesta en peligro prefiriendo la intención que revela la peligrosidad criminal del sujeto que agita, o sin atender al estado peligroso, estiman la actuación del culpado como causa equivalente a aquella podría haber puesto en peligro el bien tutelado.

Para la primera tesis, basta el acto unívocamente preordenado del culpable, independientemente de su relación objetivo-formal con el tipo, de ello resulta que la figura hipotizada en el precepto penal no adquiere en el exterior la materialidad de su ofensa; la lesión del bien protegido, así sea parcial

—el “comenzar a matar”— es simple meta remota, ajena al proceso causal, ya que el pensamiento exteriorizado del sujeto se juzga por la dirección. El Derecho penal bajo tal signo no es protector de un bien jurídico y de su goce tranquilo, sino que protege a la sociedad del sujeto que tiene aptitud, capacidad para delinquir. La probabilidad del resultado temido, en mérito de la personalidad del culpable, como resumen Grispigni, Liszt y Antolisei, va ligada no objetivamente, sino sólo subjetivamente. Para la segunda se prescinde de la personalidad del imputado y basta su concreta actuación referida al tipo, pues cada uno de los actos puestos en el curso causal tienen el mismo valor natural y jurídico.

Pierde pues toda importancia la separación que la *realística* se empeña en establecer, entre tipicidad y atipicidad por ausencia de cualquiera de los elementos de la figura accesoria. Los medios absolutamente inidóneos, los relativamente inidóneos que sí son incriminables por motivos especiales, diversos de los sostenidos por los subjetivistas, la carencia absoluta de objeto, la ausencia accidental del mismo —justiciable de la misma manera que el acto relati-

vanamente inidóneo—; la instigación de la autoridad —una de las formas del delito putativo para Florian—, no tienen ya razón de ser en el positivismo penal y en la equivalencia de condiciones. Mas ha de preguntarse si en realidad, al trastocar las esencias aún puede hablarse de Derecho penal.

El eminente Ferri,⁴⁰ defensor apasionado del estado peligroso, afirma, con relación al criterio rector que desempeña la aptitud para delinquir del sujeto, en la tentativa, que mientras la Escuela Clásica sigue una dirección objetiva, mira al acto y abandona cualquiera indagación sobre la personalidad del sujeto, el Positivismo Penal sólo toma el acto “como síntoma y expresión de la personalidad del delincuente”; que por ello, la búsqueda afanosa del distingo entre actos preparatorios y actos ejecutivos, a que jamás se pudo llegar, no tiene sentido, pues de la misma manera que el perturbado mental y el sano están sujetos a medios sancionatorios por parte del Estado, “resulta que también todos los actos en cualquier grado o forma de reali-

⁴⁰ Ferri, *op. cit.*, pp. 506, 507 y 597. Ver Vannini, *Il problema*, cit., p. 20.

zación externa del pensamiento delictuoso son punibles por ser la ejecución de un propósito criminal y no indiferentes o legítimos... También con los actos preparatorios hay realización del propósito criminal, y, por tanto, la ejecución del delito ha comenzado, y, en consecuencia el que la realiza debe estar sometido a la correspondiente sanción". La cercanía o lejanía del acto, unida a la peligrosidad sirven para la dosimetría penal, pudiéndose llegar al perdón judicial.

Esta postura ha sido además compartida por Garofalo, Tarde, coincidente con el pensamiento de Maggiore, aludido líneas arriba, al igual que el de Paoli, Arámburu y Z., Delitala, Cavallo y v. Buri, para quienes la resolución manifestada es tentativa.

a) Vannini —*Il problema...*, p. 16— dice que Cavallo afirma: "Los actos que se cumplen, cuando no proceden de un demente, son siempre ejecución de una decisión y por ello siempre ejecutivos."

b) Maggiore —*Principii...*, I— apunta: "Lógicamente hablando, todo aquello que sigue a la *cogitatio* criminosa es ejecución". Repite con Im-

pallomeni: "La tentativa punible es la ejecución frustrada de una determinación criminosa", pero vuelve a su criterio anterior al expresar: "La manipulación de un veneno potente, la preparación de una bomba u otro explosivo, el adquirir un aparejo con flama oxídrica para forzar una caja fuerte, la alteración de la cualidad de una substancia u objeto, a fin de defraudar al comprador —todos ellos medios idóneos— bien pueden constituir tentativa, si resulta de modo seguro probada su preordenación al delito"; y en seguida refuta el fallo de la casación italiana que declaró acto preparatorio el introducir agua en una ave muerta para aumentar el peso, porque aún no había oferta (pp. 549 y ss.).

c) Paoli —*Principii...*, III, p. 17— sintetiza: "Se obtienen los medios, se ponen en la serie causal, y el delito está en marcha."

d) Ferri —Exposición de Motivos, p. 597— declara que "la tentativa de delito... —bien como conato próximo, bien como conato remoto— constituye, con la agresión contra el Derecho, la manifestación positiva de una personalidad criminal". En su obra *Principios...*, p. 493, al rebatir el pensamiento de Manzini, dice: "Los actos preparatorios contienen en sí este principio de ejecución, aunque lejano de la meta, en cuanto —y esto conviene que

no lo olvidemos— son la exteriorización realizadora de un propósito delictivo.”

e) Mezger —*Tratado . . .*, II, pp. 210 a 212— explica que v. Buri defendió la concepción subjetiva argumentando que lo esencial en el delito tentado es la ausencia de algún momento del delito consumado, y si falta cualquier momento no existe lesión jurídica completa, ni una mitad, ni una parte, siendo indiferente por ello la naturaleza del medio o la inexistencia del objeto, para concluir que el criterio que se remonta a la intención, el subjetivo, es el único valedero lógicamente.

f) Liszt —*Tratado*, III, pp. 16 y ss.— afíliase al criterio objetivo-subjetivo; desecha la incriminación de los actos preparatorios; destaca el comienzo de ejecución en los delitos que requieren acciones sucesivas, cada una de las cuales es ya ejecución; lo mismo que en la utilización de medios, expresamente previstos por el tipo: falsificación de documentos y su uso, para la primera hipótesis; la violencia en el robo y el engaño en la estafa. Señala la no incriminación de la instigación o actividad mediata, en sí; pero su punición a causa del comienzo de ejecución por parte del autor material.

g) Garraud —*Traité . . .*, pp. 376 a 382— adopta un sistema de exposición particularmente confuso y frecuentemente contradictorio, como es notorio en todo lo largo de su exuberante y exegética obra, pues en tanto subraya que la tentativa nace en el comienzo de violación a la norma, entiende por ello los actos encaminados directa e inmediatamente al delito; insiste en la importancia que tiene la univocidad del acto para la separación jurídica entre preparación y tentativa inacabada, para después afirmar que es un criterio de relativa validez; y, finalmente, en los ejemplos que propone se adscribe sin duda al criterio objetivo-subjetivo.

h) Battaglini —*Diritto Penale*, p. 245— expresa que Delitala, en torno del precepto relativo del Código Rocco, afirma que ahí se trata de “punir no el hecho violatorio de bienes o de intereses, en cuanto culpablemente querido, sino la voluntad de delinquir en cuanto ha sido manifestada inequívocamente”.

Por su parte el autor sostiene: “con este criterio se terminaría por punir la mera intención delictuosa, en cuanto ha sido probada de modo seguro, lo que contrasta con el criterio adoptado por nuestro sistema penal; porque si para este sistema penal fuese bastante la mera intención delictuosa segura-

mente probada, no se habría requerido el extremo de la idoneidad"; para decir adelante que el elemento causal para realizar la mutación del mundo externo, es imprescindible en el delito tentado; que hay comienzo de ejecución cuando se inicia la agresión al bien protegido en el modelo abstracto de la norma; que en la obediencia jerárquica —p. 188— el superior no responde por tentativa sino cuando el inferior ha iniciado la ejecución; que en el dolo indeterminado el resultado decide; pero probada la intención, puede existir el delito frustrado o tentativa inacabada.

i) Juan P. Ramos —*Curso de Derecho Penal, Segunda Parte*, 1943, p. 288— si bien enuncia primeramente una idea impropia para el logro de la separación conceptual entre preparación y tentativa cuando dice: "actos de ejecución son aquellos que se dirigen directamente a la realización del hecho delictuoso", después certeramente indica que "se reprime la ejecución del delito, no se castiga la maquinación del delito"; que la vida del crimen "comienza con la idea de cometer el hecho delictuoso y termina con el disparo del arma", que en todo "ese proceso el acto de ejecución sólo comienza cuando la persona descerraja el arma", y los anteriores actos son simplemente preparatorios, no

susceptibles de punición; pero que, entre preparación y ejecución no hay una línea precisa.

j) P. S. Mancini —*Proyecto de Código Penal Italiano*, trad. de V. R. y Girón. Madrid, 1879— señala como elementos del delito tentado: La intención en el sujeto activo de cometer un delito, el comienzo de ejecución, la no realización de todos los actos necesarios para la consumación, y la suspensión por fortuito; diferenciado así el delito frustrado. Discrimina, por ser preparatorios, los pensamientos, las resoluciones criminosas, las amenazas, lo mismo que la acción absolutamente inidónea, por no haber peligro y ejemplifica.

k) Arámburu y Z. —*Comentarios a "Elementos . . ."*, Pessina, Madrid, 1836—, después de objetar el criterio del autor sobre la tentativa, indica que algunos delitos admiten fragmentación de los momentos psíquicos y físicos, configurándose el *iter-criminis*; disposición, deliberación, resolución, preparación y ejecución, perteneciendo a esta última fase la tentativa, la frustración y la consumación; y afirma: "si a nosotros se nos pregunta en cuál de estos momentos se da la lesión o infracción del derecho que reclama el empleo de la facultad pu-

nitiva oficial, no vacilamos en responder que la resolución demostrable reúne todos los requisitos necesarios al efecto”, p. 516. En sentido contrario, adhiriéndose al “comienzo de la violación de la norma penal”, Cuello Calón en *Derecho Penal*, I, Barcelona, 1935, pp. 497 y 498.

Garofalo, en *La Criminología. Estudio sobre la naturaleza del crimen y teoría de la penalidad*. Trad. de P. Borrajo, Madrid, 1912, como paladín del positivismo penal, se une a la teoría subjetiva; declara por otra parte su asentimiento a la postura de v. Buri, parcialmente, y con referencia al distinguo entre preparación y ejecución, dice que los actos preparatorios serán punibles en “los casos en que éstos se cometan por delincuentes habituales de la figura especial que ejercitan”; que tales actos debe estimarse como “verdaderas tentativas criminales en los delincuentes habituales o incorregibles, y en todos los que manifiestan de una manera inequívoca su intención”. (Aquí es donde con mayor claridad se nota el ámbito de validez de la tesis carrariana.) Objeta la postura germánica al reclamar la impunidad en los casos en que el sujeto no sea peligroso, pues “la razón de la pena deja de existir; no siendo el delincuente temible no debe ser castigado”; y sintetizando su pensamiento sobre el instituto proclama: “para nosotros es punible el acto

exterior en cuanto revela la criminalidad del agente, y la pena no es más que el medio de desvanecer el peligro que nace del agente mismo”. En lo que atañe al delito imposible por inexistencia del objeto o por inidoneidad absoluta de medios, su criterio permanece congruamente ligado al “presupuesto general de la responsabilidad”, como será acotado en el sitio oportuno, pp. 370 a 388.

El eminente maestro Mariano Ruiz-Funes,⁴¹ señala los beneficios incalculables rendidos por la teoría subjetiva debida al Positivismo penal, en cuanto que la “realística” abandona la acción válida de medios absolutamente inidóneos o dirigida sobre objeto inexistente, sin penetrar al estudio del malvado; pero al mismo tiempo marca la proyección anticientífica que pretende castigar al hombre por su querer malvado o su condición de peligroso.

En su extenso y brillante estudio sobre la peligrosidad encontramos concretas referencias. “De nuevo hemos de subrayar —expresa el maestro español— en relación con esta tesis, el notorio error

⁴¹ Ruiz-Funes, *La peligrosidad y sus experiencias legales*, Habana, 1948, pp. 175 a 177.