

de considerar como acción represiva, de índole penal, la lucha contra el peligro, fenómeno absolutamente distinto de la criminalidad y de la represión. Los hechos mínimos, debidamente valorados, en relación con él, no significan más que una extensión de la defensa social contra aquellas conductas que implican un riesgo para la normal convivencia colectiva." De lo anterior aparece evidenciado que la tesis sintomática confunde y mezcla la puesta en peligro, la lesión a un bien o interés jurídico, con la personalidad del sujeto.

Beling y Longhi —citados por Jiménez de Asúa⁴²—, proponen medidas de seguridad para los individuos que han cometido actos preparatorios no punibles, "cuando no se aparten espontáneamente de la ejecución del acto y cuando de ellas pueda esperarse una conducta contraria al orden jurídico". Igualmente sujetan a las mismas medidas, en su construcción teórica, a los que preparan un delito con medios absolutamente inidóneos, tratan de hacer caer la acción en un objeto que absoluta-

42 Luis Jiménez de Asúa, *El nuevo Código Penal Argentino*. Conferencias. B. Aires. Madrid, Reus, 1928, pp. 102 a 106.

mente no existe, y cuando el mandato no ha sido aceptado. A ello se adhiere el cultísimo profesor español citado.

Por distinto sendero, como fué indicado, alcanza idénticas conclusiones que el Positivismo penal, la teoría de la equivalencia de condiciones. Partiendo de la afirmación de que causa es la totalidad de las condiciones de un resultado, causa es cualquiera de las condiciones. Quien ha puesto una causa en el proceso de producción naturalístico, que inseparable de las demás que intervinieron —natural y jurídicamente—, es bastante para establecer el nexo entre su autor y el resultado dañoso o peligroso, por lo que, según Ranieri,* no puede fundamentarse la aplicación de la pena, en la ortodoxia de la causalidad equivalente, desde el ángulo objetivo, realístico, pues faltando el resultado peligroso, por la

* Ranieri, *La causalità nel Diritto Penale*. Milano, 1936, pp. 13, 16 y 26. Riccio. *Los presupuestos del delito*. Trad. de Raúl Berrón M. "Riv. it. di Dir. Pen." Padova. 1934, pp. 750 y ss. Mezger, *Tratado*, I, pp. 222 a 226; II, pp. 208 a 211. Grispigni, *Diritto*, I, p. 94; II, p. 122; Carnelutti, *Teoría*, p. 92; Soler, *Derecho Penal*, I, pp. 281 y 282; y sobre la conducta en II, p. 234.

carencia cuando menos de una de las condiciones indispensables para el hecho, "la conducta por ello, no puede tener importancia causal"; así la *contradictio in termini* daría lugar a llegar a la punición de la tentativa en mérito de la manifestación de la idea criminosa, "independientemente de su valor causal en la especie". Ahora bien: si en el caso concreto la conducta es inoperante, si no produce el estado objetivo de peligro, sin éste faltaría la base para la incriminación de la tentativa, pero en la equivalencia de condiciones aquí también mediaría la exigencia represiva, porque si bien la acción fué inidónea, precisamente la estructuración del instituto parte del hecho de que la conducta ha sido "absolutamente inapropiada"; pues si hubiese sido, por el contrario apta, se estaría ante la consumación: entonces es impropio hablar de inidoneidad relativa o absoluta, pues cabalmente tal momento es contemplado para la creación del Instituto; el delito tentado se reporta a la intención; la acción inepta es su complemento.

En puridad, no conduce la sistemática de la tesis que se acota a pensar en un *curso causal equi-*

valente en la tentativa; bien por el contrario, como su mismo autor lo hizo notar, la tentativa siempre acude a la intención del agente. La *equivalencia* funciona en la consumación, no puede serlo en la tentativa porque precisamente para v. Buri ésta es el lado opuesto de aquélla, su negación objetiva. El proceso causal, necesario en la consumación —naturalísticamente concebido—, falta en el delito tentado; no se puede juzgar de una relación de causalidad porque está suprimida en la figura accesoria. El delito se consuma o no se consuma, cuando esto último ocurre viene la tipicidad principal, con el curso causal *necesario* o *equivalente*; pero si no se consuma es impropio el tratamiento de un curso causal que no se presentó, y al existir la figura accesoria, ella vive por obra de la ausencia de consumación y de la intención delictiva del agente.

Obviamente, como anota Mezger, parte de premisas inaceptables la tesis de v. Buri.

La conducta, válida de un medio, tal como lo determinan Riccio y Pannain, tiene un poder de causación concreto; a su desenvolvimiento cooperan

causas humanas o naturales, previstas o imprevistas; queridas, aceptadas como riesgos o no queridas, o bien imprevisibles. La apreciación en la equivalencia no miraría a la conducta, en la tentativa, sino a la simple dolosidad de la acción, y a nuestro criterio es bastante para fundar la punición desde la resolución manifestada hasta la frustración.

Prescinde del estado objetivo de peligro esta formulación; del peligro de la consumación, con pretensiones dogmáticas y no antropológicas.

Si la equivalencia de condiciones hubiera procedido *lógicamente*, lo que parece un desatino, tomaría un curso causal equivalente para la imputación de la tentativa, supuesta la intención.

Por esta vía, la culpabilidad habría penetrado a su seno, purificándola, aunque ciertamente el curso causal independiente, productor del estado peligroso, no invalidaría la responsabilidad.

Cuando ancla el juicio de reproche en lo querido o aceptado como riesgo por el agente, no se revisa el valor causal de la conducta, sino que "lleva a dar valor causal no ya a esto que es causal de hecho,

sino a aquello que el agente toma como causal", destaca Ranieri. No es teoría de la causalidad, sino de la culpabilidad.

Desde el momento en que el hombre actúa para algo y que la naturaleza en cierta medida le obedece, la causa natural no puede equipararse a la causa que pone en existencia el hombre, como ha sido precisado por Grispigni. Si en la consumación la tesis que se acota incide en este error y recoge en una ciencia normativa las enseñanzas de las ciencias de la naturaleza, en la tentativa sepulta los principios generales detraídos de la experiencia y acude exclusivamente a la valoración del elemento interno. La tentativa se fundaría pues no en el peligro de la consumación, en el peligro corrido, en la causa o condición; en el ataque a la esfera de poder jurídico; en la protección, en una palabra al goce tranquilo de los bienes o intereses, sino en que debe castigarse el querer malo al que traicionó el fortuito.

Debemos repetir, que lo jurídicamente relevante no es lo que se aprecia con valor causal, o lo que

se quiere producir, sino lo que en el mundo fenoménico ha ocasionado por el sujeto el resultado dañoso o peligroso. Sería transportar el problema de la causalidad al de la responsabilidad, si la idoneidad de la acción viniera acordada no objetivamente, sino tan solo captando la intención y previsiones del agente. Mas de aceptar íntegramente las objeciones a la causalidad adecuada, la intención —comprendido lo previsto y querido, la dominación de la naturaleza, la participación de ésta en el acto— quedaría fuera del juicio de probabilidad del resultado, como si el delito tentado fuese exclusivamente materialidad. Precisamente porque el hombre tiene “poder de causación”, porque él actúa para alcanzar una meta, y recurre incluso a la fuerza ciega de la naturaleza, que coopera, en ciertos tipos el dolo es un elemento del tipo y en la tentativa está expresamente requerido. No en vano el concepto de causalidad se agranda o restringe, en Derecho, por imperio de la culpabilidad. El que infiere una lesión leve a un hemofílico, sabiendo que padece esta enfermedad, y cuenta con ella para su propósito, responde a título distinto del que infiere la

misma lesión e ignora la enfermedad, aunque el resultado sea igual. Consecuentemente la lesión sin el resultado, será tentativa en la primera hipótesis, no habrá en cambio homicidio en grado de tentativa en la segunda, y en ambas habrá ocurrido el estado de peligro.

Alejándonos de la intención en la figura accesoría, fracasa cualquier intento por encontrar una tesis de la causalidad que por sí resuelva el tema. Sin embargo, una desorbitada función se asigna a la intención, en determinados aspectos —Mezger, I, 244—, pretendiéndose que el dolo presida todo el proceso causal.

Sin duda que el juicio sobre la idoneidad de la acción basado en un conocimiento general, sobre el conocimiento del hombre medio, del hombre ideal, implica una abstracción, algo irreal, ahumano; impide la individualización y pugna con las exigencias jurídicas.

No debe olvidarse con Florian y Antolisei que el “delito es un todo indivisible; por así decirlo, el agente se compenetra con él y es por él absorbido. Una causalidad puramente física no tiene impor-

tancia en sí misma ni siquiera en el Derecho penal vigente; por lo menos no la tiene en el mayor número de los casos”, como lo anotara el “mayor dogmático de la ciencia del derecho penal, Binding”; y que “siempre, sin excepción, un hecho no puede estimarse antijurídico si no se considera el elemento subjetivo . . . , para que exista injusto, se necesita una cierta dirección de la voluntad”. Como escribe Del Vecchio, “la acción no consta de dos cosas, de dos entidades objetivamente separadas, sino que por sí misma es una sola, aunque su unidad presente un aspecto doble”; pudiendo aducirse con Antolisei las afirmaciones de Maggiore y Carnelutti, en el sentido de que el delito es algo unitario, *monolítico*, cualquiera que sea el ángulo desde el que se le contemple, y sus elementos no son porciones separadas y separables, sino aspectos del mismo. (Florian. Pte. General, p. 576; Antolisei, *Problemi*, Cap. VIII, Maggiore, *Principii*, I, p. 162; Del Vecchio, *Il concetto*, pp. 11 y ss.)

En nuestro sistema jurídico-penal, el legislador recoge la tesis de la equivalencia de condiciones, paliada, quizá en el sentido de la *causa concreta*,

o *del caso concreto*, como la expone Grispigni —vid. retro. cit. 26— en el delito de homicidio. Artículos 303 a 305 del C. Penal. Cuando se ignora la actividad que produjo el resultado y por la participación —artículo 309 fracción I, segunda hipótesis—, hay una extensión de la responsabilidad, por la culpabilidad. La previsión legal viene desde la Ley de 5 de enero de 1857, artículo 33, que sin duda desenvolvía mejor las hipótesis de la responsabilidad correspectiva. En la fracción II del artículo 309 citado —excluidas las calificantes— puede ser un delito *preter intentionem*, de consecuencia necesaria, rijoso o tumultuario, donde ciertamente el resultado acarrea la responsabilidad, al contacto con el artículo 9 del mismo C. Penal (ver Mezger, I, pp. 227, 228). La fracción III comprende igualmente el homicidio simple, el rijoso y el tumultuario — el dolo con las modalidades señaladas antes. Queda suprimida, por la excepción, la figura accesoria, que bien puede darse (vid. Carrara, Parte Especial, I, pp. 415, 416; Altavilla, *Delitti*, pp. 173 a 177). En cuanto a la última fracción ya el doctor González de la Vega la ha criticado certeramente.

Del mismo modo la tentativa queda absorbida por la figura privilegiada (vid. Carrara, *op. loc. cit.*, p. 406; Liszt, *op. cit.*, p. 128; Mezger, *op. cit.*, I, 227 n.).

En el artículo 14 del C. Penal se amplía la responsabilidad por el curso causal favorecedor, querido previamente. La coparticipación da mérito al título, que puede ser consumado o tentado. El sujeto responde del segundo resultado —dañoso o peligroso— por el acto primo doloso (ver Mezger, *Tratado*, I, p. 240; Manzini, *Trattato*, II, pp. 451 a 454).

Fuera de estas hipótesis, el legislador abandona a la jurisprudencia el problema de la causalidad, donde la interpretación sistemática y teleológica obliga a reconducir el problema a los términos propuestos para el homicidio, sin necesidad de acudir a la analogía *in bonam partem*, pues ciertamente tal analogía es *in malam partem*, ya que no es tan favorable al acusado el criterio de causalidad adoptado por el C. Penal, si se toma en consideración, como debe serlo en rigor jurídico, la culpabilidad psicológica y sus modalidades (artículo 9). Esto

se proyecta a los delitos de resultado. En los formales, siempre la primera actividad es ya tentativa. No se exige el "comenzar a usar el documento" para que su falsificación sea delito en sí y fraude en grado de tentativa, en concurso ideal.

El Código Porte Petit, para el Estado de Veracruz-Llave, contenía en el artículo 9 una disposición genérica, aceptando la tesis de la causa adecuada; suprimió la antigua reglamentación del nexo causal en el homicidio. En la responsabilidad correspectiva, artículo 235, dió borrosa definición. Conservó la extensión de la responsabilidad en el concurso de personas (artículo 14), y definió la tentativa con los mismos términos empleados por Garraud y el C. Penal de 31.