

CAPITULO SEXTO

NUESTRAS LEYES

El venerable Código de 1871, ofrece en lo que respecta a la tentativa un cuadro poco coherente.

Es conato "ejecutar uno o más hechos encaminados directa e inmediatamente a la consumación; pero sin llegar al acto que la constituye". Art. 19. ¿Es la tentativa inacabada? ¿Es el comienzo de ejecución? En puridad es el acto preparatorio. La actuación del agente dirigida en línea recta y próxima, cercana al delito, pero que aún no agrede el bien o interés tutelado en la norma, que no penetra en el "núcleo del tipo", que no materializa uno de los elementos o una circunstancia del mismo, es sólo preparación.

Estamos frente al “un en seguida temporal” de Beling, que “a nadie convence”; a la pena para el sujeto que ha demostrado, con su actuación —la compra de un arma, el mandato, la instigación— su voluntad de delinquir. La univocidad hace aparición, pues justificada la proximidad del acto a la consumación y la decisa voluntad que lo guía, el proceder del culpado es punible. Ahora bien: como tal asidero de cronología es del todo inadecuada, según se ha revisado con los más eminentes juristas, la voluntad de la Ley de 71 fué incriminar el acto preparatorio, siguiendo para ello la dirección sintomática, pues la creación del delito intentado junto al conato, y la declaración del ilustre Martínez de Castro, contenida en la Exposición de Motivos, de que “cuando se intenta un delito para cuya ejecución hay imposibilidad, sea absoluta o relativa, revela el reo una perversidad que causa alarma y que no debe quedar sin castigo”, dan la postura positivista del autor y del Código. Anotemos, desde ahora, que tienen distinto significado jurídico las acciones absolutamente imposibles que las relativamente imposibles, pues en éstas vive la

“impresión” a que válidamente se refiere Martínez de Castro, invocada por Carrara y Mezger entre otros, mientras que en aquéllas falta la agresión al bien protegido: se castiga el “querer malo”, la perversidad del reo, y se olvida la antijuridicidad objetiva.

Entonces, el Código de 71 prescinde de esa antijuridicidad, sanciona el síntoma, la univocidad que revela la intención de delinquir, por cuanto que proviene de un sujeto perverso, pero sin más no acude al “presupuesto de la responsabilidad”, base de la construcción positivista.

En efecto, para Florián, Ferri y Garofalo, como adelante será precisado, al tratar de la acción inidónea, no basta el acto delictuoso, es menester, en el cenit, presidiendo la incriminación, que el delincuente sea peligroso. No se sanciona —pena, medida de seguridad— al delincuente. El destinatario de la sanción, del trasplano que ocupaba en el clasicismo pasa a ser la primera figura en el Positivismo; no se castiga al delincuente, sino al delincuente que posee el atributo del estado peligroso, pues “imputable —con la frase de Florián—, es cualquier

autor de delito; responsable, en el sentido de quedar sujeto, en concreto, a los medios defensivos penales, es cualquier autor de delito que se manifieste socialmente peligroso, sea cual fuere la razón de ello". Si no tomamos ya la acción que lesiona o pone en peligro el bien protegido, sería lógico que se tuviese en cuenta la personalidad íntegra del sujeto, para llegar al juicio enunciado por Antolisei; pero como la norma en comento sanciona la voluntad exteriorizada, pena el acto unívoco que puede ser sintomático, o asintomático. Decir que el acto es síntoma, es parcial, unilateral. El legislador fué más sabio que la ley.

El Código Penal de 1929 define: "cuando el agente inicia exteriormente la ejecución del hecho delictuoso directamente, por actos idóneos, y no practica todos los esenciales de ejecución que debieron producir el delito por causa o condición que no sea su propio y espontáneo desistimiento", llamándolo conato o tentativa, en el artículo 22.

Incuestionablemente la fórmula anterior supera la del C. Penal de 1871, pues al exigir el "comienzo de ejecución", dió la nota esencial de la fi-

gura accesoria. La expresión "por actos idóneos", aunque superflua en puridad, tiene valor de aclaración. Así, no es dable "comenzar a matar" a un hombre normal con azúcar, con medio inidóneo. Sólo se empieza, se inicia la ejecución cuando el medio agrede el bien tutelado, por ello el medio ha de ser idóneo, concretamente apto para producir el resultado querido; está pues presupuesta la idoneidad del medio (acción), en el comienzo de ejecución. Pero esta alusión afianza el criterio sostenido por el legislador de 29, al discriminar los actos emprendidos con medios absolutamente inidóneos.

Sin embargo, una crítica merece el C. Penal de 29: siendo su autor, el valeroso José Almaraz, de filiación positivista, era ahí lógico que incriminara la actividad preparatoria y el delito imposible del peligroso —en sus dos modalidades— y no lo hizo.

Por otra parte, por defecto técnico, no previó la tentativa acabada (frustración), y exigió, artículo 23, fracción I, la univocidad, lo cual es francamente desacertado, pues el comienzo de ejecución no puede ser equívoco. La comprensión del acto y

de los demás datos, para adquirir la certeza de la univocidad, no es criticable en sí, mirada desde el ángulo procesal y substantivo, como hacen notar Massari, Antolisei, Saltelli y Romano —retro, cit. n° 26—, ya que repudia el arranque de Carrara que discrimina cualquiera otro medio de prueba distinto del acto mismo. Lo que rechazamos es la univocidad y su confusión con el comienzo de ejecución, no la prueba del comienzo por el acto y todos los datos que se puedan obtener. Estimó sinónimos arrepentimiento y desistimiento, lo que es inapropiado, pues el primero sólo se produce en la frustración y el segundo en la tentativa incompleta. Al acordar medidas de seguridad —artículo 26— para esas hipótesis que determina, revela la incongruencia en el sistema.

El C. Penal de 1931 —artículo 12— repite la fórmula del C. de 71 sobre conato.

Sentimos no compartir sobre el particular el criterio de los distinguidos juristas González de la Vega y Carrancá y Trujillo.

El C. Penal de 31 sólo incrimina el “un en seguida temporal” unívocamente dirigido al delito.

Damos por reproducidas las críticas de Bettioli, Manzini en Istituzioni; Maggiore, Pannain, Grisogni, al Código Rocco, que no difiere en la substancia del Código que se anota —retro. cit. n° 20—, y las expuestas por Massari, Impallomeni, Saltelli, Romano y Beling, sobre la univocidad —retro. cit. 25.

El artículo 58 del Proyecto preliminar del C. Penal italiano, encuentra delito tentado en el hecho de “aquel que cumple actos idóneos dirigidos a fin de cometer un delito”, y en el artículo 60 del proyecto definitivo sólo se agregó el que los actos dirigidos a cometer un delito los fuesen “en modo no equívoco”. La comisión redactora del texto y la Relación del nuevo Código Penal —1949— ha dicho que tal fórmula referente a la tentativa “no permanecía exenta de peligros por su extensión excesiva; pero un freno ulterior vino, en la realidad de la vida judicial”, siendo punibles por tentativa los tradicionalmente aceptados como tales; por ello, la Comisión declara que es su deber “reafirmar el principio que se responde de delito tentado cuando se cumplen actos de ejecución del delito”, que la di-

ficultad de separación entre comienzo de ejecución y actos preparatorios no debe impedir el uso del término dicho, por cuanto que es preciso, para la seguridad de los ciudadanos, para que ellos adviertan "definidos los límites de su conducta libre, y no sea invadido en su ámbito, si la ilicitud está todavía en la esfera de la intención"; que para ello, el mismo término "ejecución del delito" basta, tomando en cuenta el tipo penal al que la acción se dirige; que "la acción prohibida, para ser tal, incide sobre un determinado interés protegido por la ley, y que, por tanto, para que un acto pueda entrar en la acción misma, es necesario que haya sido impelido causalmente para lesión del interés, no bastando un acto cualquiera, el que puede ser irrelevante, en cuanto que no tiene todavía por objeto tal lesión, sino el medio para realizarla, como, por ejemplo, en la hipótesis del procurarse el arma, o de preparación del veneno, de la llave falsa, y así por esta vía" (*loc. cit.*, p. 35).

La preparación no es comienzo de ejecución del delito, sino el acto que rinde posibilidad, que facilita la empresa, con Hippel; el acto que por sí no

ofende el bien protegido. Su impunidad deriva *in genere*, ya que *in specie* frecuentemente es punido por una concepción realista que magistralmente sintetiza el ilustre maestro Ruiz-Funes.

Cuando se quiere sancionar el acto preparatorio del peligroso, se acude a las medidas de seguridad, no a las penas, como reclaman Beling y Longhi, y así procede el Proyecto Preliminar citado.

La idoneidad concreta de la acción es supuesto de la tentativa, no puede agredirse el bien tutelado sino cuando causalmente se pone en peligro y si a la acción le falta la potencia causal, el acto será de un sujeto peligroso o no peligroso, pero no acto que penetre en el "núcleo del tipo". Esta ausencia de aptitud causal es atipicidad, como la preparación.

No son idénticas las soluciones dadas por los Códigos de 29 y de 31 al delito tentado. El primero sí prevé y castiga el comienzo de ejecución, la puesta en peligro típica; el segundo sanciona la preparación inequívoca.

Si sanciona preparación el C. de 31, no comprende la frustración y menos el delito imposible

en las modalidades que serán estudiadas en los dos capítulos posteriores.

Si la preparación sólo exige la voluntad de preparar el delito, la acción preparatoria que promueve a la que agrede el bien o interés, no se ve como subjetiva, objetiva y formalmente la norma que prevé la preparación pueda incluir la frustración y el comienzo de ejecución.

Desde el ángulo del sujeto que agita es uno el dolo de la preparación, otro el dolo de la ejecución, y otro el de la frustración. Querer preparar no es igual a querer ejecutar. Querer comprar el arma para comenzar a matar no es idéntico a querer manejar el arma para comenzar a matar. El dolo se proyecta a un tipo, pero así como se fragmenta la acción, se fragmenta antes, internamente, el querer. Se tiene la voluntad de robar. Pero ello es puro pensamiento — *cogitationis poenam nemo patitur*. Es ya dolo pero no es tentativa. Se manifiesta la voluntad decisa; es ya unívoca; el acto verbal — grado intermedio — no prepara, no ayuda a la idea. Se buscan los medios, las personas que concurrirán en el hecho: el dolo es idéntico al del primer mo-

mento, en cuanto al fin, pero la acción que le obedece toma un curso diverso, en camino, porque el dolo ya no es simple pensamiento, sino pensamiento que actúa; y aun así es dolo de preparar. Sólo cuando el dolo adquiere una forma ejecutiva, dolo de ejecutar, hay tentativa, el "dolo de conducir a término" la acción, de alcanzar la meta delictuosa. Entonces, previsto el acto primero, preparatorio, sin expresa norma jurídica el ejecutivo y el acto frustráneo, es indebido pensar que la preparación comprende la ejecución y la frustración, pues ni subjetiva ni objetivamente tienen iguales caracteres.

Finalmente: actos directos son los que van en línea recta. Pero en línea recta están ya los preparatorios. Inmediatos son los actos próximos. Es poco feliz la fórmula.