

Tentativa absurda la llama Saldaña. La intención viene a menos, queda desvirtuada, si el medio haya valido de modo absoluto, total, completo, para producir el resultado que se pretende.

INEXISTENCIA DEL OBJETO

CAPITULO OCTAVO

La tentativa absurda la llama Saldaña. La intención viene a menos, queda desvirtuada, si el medio haya valido de modo absoluto, total, completo, para producir el resultado que se pretende.

La tentativa absurda la llama Saldaña. La intención viene a menos, queda desvirtuada, si el medio haya valido de modo absoluto, total, completo, para producir el resultado que se pretende.

CAPITULO OCTAVO

INEXISTENCIA DEL OBJETO

Tentativa absurda la llama Saldaña. La intención viene a menos, queda desvirtuada, si el medio haya valido de medios abstractamente idóneos, generalmente capaces de producir el resultado querido.

Si falta de modo absoluto, total, completo, el objeto sobre el que debería recaer la acción criminal, aquella "entidad física principal (cosa, persona o condición de hecho) sobre la que se vuelca la actividad criminal del agente", según la expresión de Manzini,⁴⁸ falta la referencia necesaria

48 Manzini, *Trattato*, II, p. 386, *Istituzioni*, I, p. 142.

para establecer el juicio de reproche, pues sería indebido conceptual como objeto de la coerción estatal el mero pensamiento criminoso, ya que, en puridad esa acción no es adecuada al tipo, al resultado que la ley prevé como delictivo.⁴⁹

49 Mezger, *op. loc. cit.*, II, pues para él, con Graf Zu Dohna, "sólo es posible querer algo que yace en el futuro"; en sentido contradictorio Liszt —retro. cit., núm. 43— pues a pesar de que sigue la dirección objetivo-formal en la tentativa, y era de esperarse que en la ausencia total del objeto declarase atípica la acción, considera que el aborto querido por el agente y actuando por medios abstractamente idóneos, es punible por tentativa "si la existencia del embarazo no es completamente imposible", y en el infanticidio si la acción abstractamente idónea se dirige con intención de matar al niño, si "la muerte no es indudable". Carrara, el más eminente dogmático de la latinidad, repudiaba la forma tentada cuando falta en absoluto el objeto del delito, por la ausencia del peligro corrido. *Programa*, Pte. Gral., I, 246, in n.; *Tentativa*, p. 117; y a ello se adhieren Ortolán, *Elementos*, I, p. 1006; Impalomeni, *Istituzioni*, p. 352; Manzini, *Istituzioni*, p. 142, *Trattato*, II, p. 386. Beling, como se ha visto, combate el subjetivismo, que pretende sancionar la acción absolutamente inidónea, fundada "en un simple elemento sentimental: en la repugnancia hacia los sujetos que se han desenmascarado, y en el pensamiento de que, después de fallarles el primer golpe de su plan, se servirán posiblemente, otra vez, de medios adecuados. Pero la repugnancia moral no justifica ninguna pena del Estado y la idea de peligrosidad sólo conduce a la aplicación de medidas de seguridad" —*Esquema*, 105; por lo que, lógica-

Si planteamos el problema desde el lado de la intención que se exterioriza, hallaremos los "hechos encaminados directa e inmediatamente al delito", supuesta la idoneidad de la acción; pero es

mente afirma que en la carencia absoluta de objeto, las acciones no son adecuadas al tipo (p. 104), "el que subtrae la cosa propia de poder de otro, no comienza, por cierto, a *subtraer una cosa ajena*; el que no es empleado y recibe obsequios en dinero, no comienza por cierto con ello *como empleado* a dejarse sobornar, etc., aunque el substractor haya tomado la cosa por ajena, aunque el no empleado se tuviese por empleado"; y en seguida ejemplifica acciones absolutamente inidóneas dirigidas sobre objetos inexistentes, donde dos son los motivos de la no imputación. Se arguye que dos son las direcciones imperantes en torno de la no imputación de la acción absolutamente inidónea y de la acción que trata de recaer sobre objeto inexistente: la objetiva de la peligrosidad, en que siendo punible solamente la acción concretamente peligrosa, en aquellas modalidades acotadas falta la base de la imputación. Estaría representada en Italia por Carrara, como jefe, y en Alemania por Hippel. La formal, de la falta de tipicidad, deriva de las enseñanzas de Graf Zu Dohna, y es seguida en la propia Alemania por Beling, y en cierto modo por Mezger. Para aquel ilustre autor, "se da la ausencia de tipo en todos los casos en los que falta una de aquellas exigencias del tipo que no deberían hallarse en relación causal con la acción del sujeto activo; en cambio, sólo hay tentativa cuando el dolo dirigido a la realización del tipo legal se ha manifestado en acciones que no han determinado la producción del resultado típico. Pero también dentro de la tentativa así delimitada con-

un delito imposible *a priori*, destinado de antemano al fracaso, a su atipicidad, porque no basta el pensamiento, ni la acción que le obedece, ni una abstracta y viable relación causal, sino que es preciso

sidera Dohna imprescindible una ulterior distinción entre error ontológico y nomológico, con lo que de modo consciente se introduce un *factor movible* de razonable arbitrio judicial: la tentativa sigue siendo tentativa, pero es impune, cuando el autor sólo podía esperar que su conducta produjera un resultado a causa de que su juicio nomológico era falso en forma generalmente reconocible”, incluyendo, a seguida, la acción dirigida contra objeto no presente, como tentativa, y ello, sin duda, por el juicio nomológico — Mezger, II, p. 216. Ciertamente no es en extremo inaceptable, ni conduce a perniciosas consecuencias la tesis de la ausencia de tipicidad. El *tipo* adquiere una especial significación en la tentativa, por ser ésta la combinación de dos normas. La falta de cualquiera de sus elementos es actuar atípico, en el sentido de que no satisface los propios, especiales requerimientos legales de la figura accesoria. Si el resultado se produce, hay atipicidad frente a la tentativa, en mérito de la progresión criminosa; igualmente si no está presente la voluntad del resultado lesivo, nula significación adquiere el estado objetivo de peligro y es conducta atípica en confrontación con el delito tentado. Sólo esta base formal proporciona firme asidero para la comprensión de todas las conductas en el Derecho penal liberal especialmente, y del mismo modo, para nosotros, en el Derecho penal soviético, pues la analogía *iuris* que éste consagra, no practica la ablación de la tipicidad, como algunos ingenuos piensan; lo que ocurre es que la referencia típica no tiene los

todo ello unido a la referencia *sine qua non* que el tipo reclama: el objeto material. En realidad la acción se desenvuelve como en el delito putativo, pues se quiere lo atípico.

Esta atipicidad, estudiada sintética y admirablemente por Florian puede reducirse a tres hipótesis.⁵⁰

a) La acción “choca contra una resistencia jurídica invencible”, como cuando se trata de robar la cosa que es propia, creyéndola ajena;

contornos cerrados que el liberalismo ofrece, sino que la tipicidad se integra también por analogía axiológica. Interesa pues ahí la justicia del caso concreto, y la ley colma el vacío con el arbitrio de incriminación derivado del sistema, de modo más coherente que como lo hacía la Constitución Carolina — artículo 105 —, de manera que la norma periférica: Todo lo que no está prohibido es permitido, se revierte: Todo lo que no está prohibido expresamente puede estarlo implícitamente. En el Derecho penal liberal lo atípico es no punible. el poder judicial es servidor de la forma — cosa que no han querido entender muchos, suplantando la voluntad de la ley por su incoercible e inaceptable apreciación ética, que puede ser del todo equivocada, pues no tiene otra base que su *buen juicio* — mientras que en el Derecho penal soviético el Poder Judicial es servidor de la forma, privilegiadamente, y secundariamente de la justicia, del sentimiento social que debe traducir sistemáticamente.

⁵⁰ Florian, *Derecho Penal*, pp. 596 y 610.

b) Cuando no existe en la realidad la cosa sobre la que se pretende consumir el resultado delictivo — apuñalar con propósito homicida un cadáver; y,

c) Cuando faltan circunstancias o elementos del tipo referentes a calidad del sujeto activo, lugar, tiempo, modo, instrumentos. La figura accesoria será simple si falta la circunstancia: ausente la premeditación en el homicidio, será homicidio simple; si elementos, como en el no funcionario que en estado de guerra revela al enemigo secretos militares, actúa atípicamente respecto de un delito, aunque puede ser su conducta perfectamente encuadrada en otra figura; el extraño que copula por medio de la violencia — física o moral — actúa atípicamente en referencia al incesto, pero típicamente en mérito de la violación y lo mismo puede decirse del delito tentado.

Ahora bien, hemos dicho: habrá que partir del tipo legal para la obtención del juicio de tipicidad; y hablando del tipo lo comprendemos con la significación beligniana: elementos objetivos, la simple descripción de los factores materiales, descri-

minados los subjetivos y normativos que pueden en particular hallarse en la norma jurídica.

Es pues ajena a la indagación la antijuridicidad y la culpabilidad: aquélla como relación entre conducta y el total Orden jurídico, como atributo, que adviene ya que la tipicidad y la culpabilidad se han cumplido; ésta como relación subjetiva entre el hacer y la psique del actuante.

No basta la intención, y su especial tonalidad requerida por un tipo — elemento subjetivo del injusto —, se impone la necesidad de la adecuación del querer y la conducta con el tipo. El testimonio prestado con el fin de lesionar intereses, creyendo que no es arreglado a la verdad, es impune si la afirmación es verdadera, objetivamente cierta, pues lo único que ha revelado el sujeto es su mala intención, su propósito malvado.

Si estimamos que no hay más presupuestos del delito que sujeto activo, sujeto pasivo y bien lesionable, su análisis conducirá a la delimitación de la atipicidad. En ocasiones sujeto pasivo y bien lesionable se confunden, como en el homicidio, las

lesiones, pero en otras conservan su autonomía conceptual.⁵¹

En las hipótesis a) no falta el elemento normativo ajeneidad —la substracción, el apoderamiento, o el comenzarlo, no son de la especie del tipo—, de lo que la acción carece es de adecuación por no existir el sujeto pasivo. Bien se advierte que el ligamen tan estrecho que media entre los presupuestos produce ciertas confusiones; pero la noción se aclara si tomamos en cuenta que el objeto, la cosa, en sí, materialmente, carece de significado jurídico. Algo es bien en Derecho cuando está protegido por una norma, cuando pertenece a una persona —física o moral—, que resulta lesa con el ataque; tan es así que el apoderamiento material del bien mostrenco no es robo, es atípico, a pesar

51. Sobre el tema existe una abundantísima bibliografía italiana. Principalmente consultar Carnelutti, *Teoría*, p. 72, in n.; Vannini, *Recostruzione*, p. 11; Levi, "Delitti contro la Pubbl", en *Trattato*, 22; Grispigni, *Corso*, I, pp. 305, 306; Pergola, *Il reato*, Roma, 1930, pp. 141, 162, 164, 165, 168; Rocco, *Lezioni di Diritto penale*, anno 1932-1933, pp. 63 y ss. Pannain, *Le circostanze del reato... Il tribunale*, 1933, nn. 2-4, pp. 151, 152; Riccio, *Los presupuestos del delito*, "Riv. it. di Dir. Pen." 1934, Anata, VII, pp. 740 y ss.

de no pertenecer al agente, *de ser ajena* la cosa mueble, supuesta la intención de apropiación —única permitida en el C. Penal, pues el robo de uso está restringido inexplicablemente; y es que no habiendo titular del derecho subjetivo, no hay cosa en Derecho.

Objetivamente hay una cosa, tiene realidad, pero para el tipo no es cosa porque sobre ella no recaerá un derecho subjetivo que pueda ser lesionado, y precisamente ese derecho subjetivo tiene que ser "individualizado", singular, específico; es decir, debe haber un titular.

Si un individuo ha sido detenido sin las formalidades requeridas por el artículo 16 constitucional, y se encuentra preso a disposición de la autoridad administrativa, cuando es liberado —sea o no delincuente— recobra un derecho y quien lo pone en libertad, pacífica o violentamente, no comete delito contra la autoridad, y siendo autoridad no abusa de su poder. La violencia, por sí, puede constituir uno o más delitos, pero el resultado querido a través de la violencia es atípico como evasión, resistencia de particulares o abuso de autoridad —arts. 150,

152, 180, 213, fracción IV, donde se nota, precisamente en la última hipótesis, que el no hacer, el no cumplir la acción exigida por la fracción IX del mismo art. constituye delito—, y ello porque falta el sujeto pasivo; el interés del Estado, la lesión contra la administración de justicia. Materialmente el sujeto es un “detenido”, está privado de su libertad; de hecho la autoridad lo tiene bajo su poder, pero siendo ilegítimo éste, no se lesiona la relación: autoridad —individuo preso—, que significa inexistencia del sujeto pasivo, de rechazo del bien lesionable.

Si a la mujer no grávida se le propina substancia *abstractamente* idónea para producir aborto —caso sub. b— o se apuñala un cadáver, es más aparente que en las hipótesis precedentes la inexistencia del objeto, al confundirse éste con el sujeto pasivo.

Ciertamente sólo se puede “comenzar a matar” cuando no hay a quien privar de la vida. La acción que se dirige sin meta, sin término, sin punto de llegada, no es acción jurídicamente relevante. Poner en peligro la vida de un difunto; haber principiado a matar a un muerto; haber actuado po-

niendo en peligro la vida de un feto que no tiene vida en el seno de la mujer, son verdaderos contrasentidos en el Derecho penal.

Sin objeto al que puede lesionar la acción, ésta se pierde en el vacío. La acción que no daña ni pone en peligro un bien jurídico, carece de antijuridicidad. Sancionar esa acción estéril es suprimir el juicio de *prognosis póstuma*, pues notoriamente no puede formularse sin el segundo término: el objeto.

En el homicidio, en el aborto, en las lesiones, el objeto es el hombre o el feto, respectivamente. Si no hay objeto es porque no hay sujeto pasivo. El derecho a la vida supone al hombre; el derecho a nacer supone al feto; sin hombre no hay derecho, sea un cadáver, sea un hombre ficticio que nunca ha nacido.

Pero, con la doctrina dominante, aun colocando en el trasplano al sujeto pasivo, el objeto mismo deshace la intención malvada, en cuanto que sin corporeidad, se estrella contra lo imposible.

Punir la acción contra un objeto que sólo existe en la mente del que actúa, no es punir la acción,

porque ésta nada es, sino el pensamiento manifestado. Quedan así sumergidos los partidarios del delito imposible en las nebulosidades de las abstracciones divorciadas del Derecho penal. Lo decisivo en el juicio de atipicidad no es el error, sino la realidad. Lógicamente sólo un demente puede querer matar a quien sabe ha muerto. Por esto es certera la postura de Garofalo en referencia a estas hipótesis. Si el sujeto no perturbado mentalmente quiere matar a un sujeto, es porque cree que la víctima no ha fallecido. Su error viene como presupuesto interno del acto de voluntad. Entonces, sólo desde tal punto el error desempeña un papel importante en el curso de la actividad desplegada, puesto que objetivamente, para la apreciación jurídica, ya no interesa el error mismo —sólo al positivismo de Garofalo que expresamente lo incluye, como fué dicho—, sino la acción que no se conforma a la exigencia típica. El objeto del delito precisa de una vida fenoménica, tempo-espacial, substantiva, material, y es ilógico y antijurídico querer detraerla del pensamiento del que agita.

O se dan los elementos del tipo, o no se dan. O existe el feto o el niño o el hombre que tratan de ser privados de la vida, o no existen materialmente. Es inconcebible una mitad o un cuarto de hombre: aun el hombre sin brazos es un hombre; el monstruo, el no viable, son posibles sujetos pasivos de homicidio o infanticidio, pero esa esencia suya no la adquieren por obra del agente, por su pensamiento, cierto o errado, sino por sí mismos. Cuando el Derecho penal —no el Preventivo— pena, castiga la tentativa imposible sobre objeto inexistente, transporta la punición al pensamiento, sepulta uno de los elementos del tipo accesorio, y forma un juicio de *tipicidad*, cuando debiera ser de atipicidad; es decir: crea un elemento del delito: el objeto.

Resulta evidente que para el Positivismo penal merece el mismo trato la inexistencia absoluta del objeto que la inidoneidad absoluta de la acción: se aplica medida aseguradora, no por el *ente-jurídico delito*, sino por la acción y la peligrosidad del sujeto.

Finalmente, en las hipótesis c) —cuando el tipo reclama con imperativo de elemento, lo que

normalmente es una circunstancia— relación parental, lugar, cualidad (funcionario, empleado, militar en servicio activo), — siempre se refleja su ausencia sobre la conducta. Si el *comenzar a matar* se realiza sobre persona que no es ascendiente consanguíneo en línea directa, la actividad es atípica por parricidio tentado, aunque erróneamente el agente crea que el agredido es su padre. La fuerza desvinculante surge de la exigencia de materialidad, del requisito del tipo, faltante en la exteriorización de la conducta. Que el sujeto activo actúe con error o sin error que verse sobre el lazo de parentesco con la víctima es irrelevante; sólo en el lado positivo es jurídicamente importante, pero ello porque el tipo quiere el conocimiento de la relación y la voluntad de matar al ascendiente. Es atípica también la acción del que por querer matar al padre, comienza a matar al extraño —error en el golpe o en la persona que será abordado posteriormente—; atípica por parricidio tentado, típica por homicidio tentado (unidad de sujeto pasivo).

El que empieza a robar en lugar que no es “cerrado”, cometerá robo en grado de tentativa sin

la calificante; pero si el lugar, el modo, el instrumento, son elementos, la conducta es totalmente atípica, aunque pudiera encajar en otra figura.

En la inexistencia relativa del objeto, es, desde todos los ángulos, punible la acción idónea por tentativa.

Tal criterio sostenido invariablemente por la doctrina, va desde Carrara, Manzini y Vannini, en Italia, hasta Graf Zu Dohna, Meyer, Beling, Hippel y Mezger. Es más, las críticas que el Positivismo penal dirige en este punto al Instituto, por voz de Ferri, inciden en la justificación de la punibilidad, no en la punibilidad misma.⁵² Mezger aduce el motivo de la “impresión”, Carrara habla de la alarma social en tales casos.

El disparo de arma de fuego sobre el lecho vacío, abandonado momentos antes por la víctima elegida; las dosis de veneno normalmente letales, que

⁵² Carrara, *Programa*, vol. I, Parte General, p. 244; *Tentativa*, pp. 119, 120; Mezger, *Tratado*, II, p. 221; Manzini, *Trattato*, II, p. 378; Impallomeni, *Istituzioni*, p. 350; Bettiol, *Diritto*, p. 358; Florian, *op. loc. cit.*; Ferri, *Principios*, p. 506; Pannain, *Manuale*, pp. 419, 420. Vid retro. cita n. 48.

no producen efecto dañoso alguno en el sujeto pasivo por estar habituado (mitratidismo), y por este camino, son casos de inexistencia relativa del objeto el primero, de *insuficiencia* del medio el segundo, que reciben el mismo trato en las leyes.

CAPITULO NOVENO

LEYES MEXICANAS

El Código Penal de 1871 creó el delito intentado —artículo 25—, con la siguiente fórmula: el delito irrealizable “porque fué imposible o porque fueron evidentemente inadecuados los medios que se emplearon”. La Exposición de Motivos nos da las razones de la inclusión: “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”.

Martínez de Castro anticipó, en cierta forma, la invasión que poco después consumara el Positivismo penal, produciendo en las leyes frutos de la más variada índole.