

CAPITULO DECIMO

TENTATIVA Y FRUSTRACION

“El delito frustrado, es, en cambio, un caso fortuito a la inversa”, resume Saldaña. La comisión redactora del Proyecto Preliminar de Código Penal italiano, ha escrito: la ley “no puede impedir que se continúe lógicamente distinguiendo el hecho de aquel que solamente ha empezado la ejecución de un delito, del hecho de aquél que ha cumplido todos los actos de ejecución, sin ocasionar, igualmente, el resultado”.

La tentativa es inacabada, incompleta, en la mera ejecución, en el comienzo de violación de la norma, pues falta materialmente una actividad del sujeto para poder satisfacer los requisitos del tipo *in mente*. Es insuficiente, para los efectos de

la estimativa, la valuación del agente, pues puede acaecer que éste crea, esté convencido de lo completo de su acción, cuando realmente a ella le falta algo exteriormente.

Ahora bien: suprimido el resultado, que debe estar ausente en tentativa y frustración, la primera es acción objetivamente incompleta, la segunda es actividad que podría, normalmente, haber satisfecho las exigencias del tipo principal. Por esto es objetivamente notorio que las previsiones del agente y su creencia, ni ponen ni quitan a la acción nada. Que para la separación que se intenta no auxilia el cálculo del agente, pues el agotamiento de la actividad debe ser objetivamente captado, como lo debe ser el comienzo de ejecución. El transportar el juicio a la intención, conduce, como al contemplar el comienzo de ejecución, a juzgar por la idea criminal. Aquí, hemos visto que castiga el pensamiento exteriorizado, en la frustración castigaría el comienzo de ejecución si el agente cree que ha cumplido todo lo necesario.

Con el eminente Carrara, el elemento moral de tentativa y frustración es el mismo; la nota dife-

rencial no radica en la intención sino en la materialidad de los actos cumplidos. Debe pues preguntarse en cada caso concreto, si el último acto ejecutado por el agente podía haber consumado el delito, a no ser por la intervención del fortuito o si era necesaria una actividad ulterior para la consumación. El maestro de Pisa resume: "La esencia del hecho del delito frustrado, que debe ser siempre distinta del elemento intencional, ha de tener sus propias condiciones . . . , y no según las visiones o las previsiones del agente;"⁵⁴ en cambio, para Mez-

⁵⁴ Carrara, *Tentativa*, p. 167, en el mismo sentido Massari, *Il momento esecutivo*, edic. 1934, p. 175, quien brillantemente sostiene la tesis objetiva, ciertamente exagerada por Carrara, diciendo: "Ni la intención crea la acción, ni la intención la hace completa, ni el delito perfecto o imperfecto; ni la intención quita a la acción su propia adecuación", y, antes, p. 169, apunta: "En el delito tentado . . . , hay no solamente un proceso causal incompleto, sino también un proceso ejecutivo incompleto; y a lo incompleto del proceso causal conspira lo incompleto del proceso ejecutivo. En el otro . . . , el proceso ejecutivo ha alcanzado sus actos completos, e incompleto es el desarrollo del proceso causal." La misma distinción fundada en puntos de vista objetivos Belling, *Esquema*, p. 101; Impallomeni, *Istituzioni*, p. 352; Manzini, *Istituzioni*, p. 142, *Trattato*, II, p. 386. Para la concepción subjetiva Mezger, *Trattato*, II, pp. 224 a 227; Ranieri,

ger, "sólo en el sentido subjetivo del autor mismo" puede saberse si hay frustración o ejecución.

Las dificultades numerosísimas que ofrece cualquiera de las tesis aceptada en su totalidad, conduce a un criterio mixto por imperativos de la práctica, y mejor procede el legislador que en fórmula unitaria prevé las dos modalidades, con pena individualizante a cargo del juez.

En la frustración se ha pasado del comienzo de violación a la última actividad que debería consumir el tipo. Es pues ya un grado más en la figura.

Diritto, p. 303. El que envía a su enemigo dulces envenenados por correo, ha hecho todo lo necesario, lo por él previsto y querido para matar, no se le puede *exigir* una actividad posterior. Va a cargo de terceros no partícipes y del mismo sujeto pasivo elegido la acción que agotará el proceso causal; pero de igual manera que en la concurrencia de personas en la ejecución —tentativa inacabada— precisa el comienzo de violación para que el instigador y autor intelectual queden punidos por tentativa, ya que antes sólo hay acuerdo criminal o mandato aceptado o instigación recibida, simple preparación; en el caso propuesto hay ejecución y se agota objetivamente con el acto de la propia víctima que come los dulces, pero no muere.

De frustración sólo puede hablarse en los delitos de resultado; en los formales la acción última es ya consumación, y o quedan en el área del comienzo de ejecución o se consuman.

A. Tentativa y delito aberrante.

El delito aberrante enmarca tres hipótesis genéricas, que comprenden numerosas subespecies, no abordables aquí.

Aquellas son: la *aberratio ictus*, la *aberratio delicti* y la *aberratio causae*.

Para la primera son exigidos: ejecución de delito doloso; daño a persona u objeto diverso del querido; error en el uso del medio de ejecución, u otra causa que produce la desviación.

Quedan, sin más, separados el delito culposo, el dolo indeterminado, en sus dos modalidades suficientemente conocidas para ser explicadas; el llamado por los juristas italianos dolo sucesivo que para nosotros es propiamente dolo eventual, y el dolo eventual en todas sus modalidades. La culpa, porque la aberración exige dolo; el dolo indeterminado porque no hay aberración, sino cabal cumplimiento del querer, y el eventual porque el riesgo

es su esencia, y el resultado venido por el camino del riesgo no es aberrante, sino que corresponde al dolo.

Aceptando con Manzini y Bettioli que la ley penal no protege al tipificar la singularidad de un bien jurídico, hemos de concluir que en esta forma de aberración hay un delito doloso consumado, así sea *preter intentionem*, que absorbe al delito tentado. Ello aparece consagrado por la fracción v del artículo 9 del C. Penal de 31. La tentativa, por ello, estaría en concurso ideal, disciplinado por el diverso art. 19 y la sanción por el art. 58, si hay dualidad de sujetos pasivos.

Es inconsistente el argumento por el que se trata de penar en el dolo eventual el resultado querido y producido, prescindiendo del resultado aceptado, que queda en el área de la tentativa, y en cambio cuando sobreviene el segundo faltando el primero, trata de punir los dos, pues el mismo trato jurídico merecen las dos hipótesis, ya que el dolo es igual y la aberración sólo varía en cuanto al modo.

B. En la segunda forma aberrante, a los anteriores elementos, dolo, dirección de la acción y el error, viene unida la producción de un resultado típico no querido (no persona o cosa lesionada diversas). El resultado debe ser no querido, aunque puede ser representado. Desde el lado de la culpabilidad pura, habría un delito doloso tentado y un delito culposo —culpa con representación o sin ella— consumado.

Por consiguiente, no es dable tal modalidad aberrante en los delitos culposos. En los preterintencionales, en el dolo eventual; en el dolo indeterminado —diversidad de bienes o indiferencia de daños— pues ya sea compartiendo la fórmula *carrariana dolus indeterminatus determinatur ab exitu*, o a la que atiende a que de cualquier manera el acto es doloso, resulta que el efecto subsidiario, el no querido, es también doloso. Una excepción se impone en el delito preterintencional: cuando hay dualidad de sujetos pasivos, o el lesionado es diverso del tenido *in mente*.

La discusión doctrinaria es viva, en lo referente al cambio del título por la aberración.

Tiene un lado favorable al acusado y otro perjudicial para él.

El hijo que tratando de herir al padre mata al extraño, y que queriendo herir al extraño mata sin quererlo al padre. El padre que tratando de corregir a su hijo lesiona a un tercero, y el particular que en riña lesiona sin querer al agente de la autoridad. (El que tira una piedra contra una ventana y sin dolo lesiona o mata a una persona.)

Para la primera hipótesis, si verdaderamente ocurrió el estado objetivo de peligro, si el padre estuvo en situación material de ser herido por la acción ejecutada por su hijo, conceptual y jurídicamente hay un delito tentado —frustración—, y un delito de homicidio consumado. Este último, así supusiésemos que es concebible como culposo, es verdaderamente doloso, pues aceptado el riesgo o como dolo accesorio sale del ámbito de tal forma de la culpabilidad. Si la norma del art. 12 del C. Penal de 31 sancionase la frustración, habría un concurso ideal de lesiones tentadas y de homicidio doloso consumado, rigiéndose la pena por el diverso 58.

En la segunda hipótesis, como el hijo actúa atípicamente con referencia al parricidio, ya que no tiene el dolo de dañar al padre, hay sólo un homicidio doloso.

En la tercera el error substancial afecta al tipo, lo mismo que en la última, y habrá excusa absoluta, en su caso, en la primera y lesiones simples en la segunda forma.⁵⁴

C. En la desviación del curso causal dos teorías se han formulado. La una, sostenida por Bettiol y Liszt, compartida eclécticamente por Mezger, la otra por Meyer y Antolisei.

Para la primera el nexo causal aberrante suprime la culpabilidad, si conocido hubiera hecho desistir al sujeto de su propósito criminal.

La objeción se encuentra en la misma reserva dada por Bettiol, pues dice: "la prueba, sin embargo, en este campo, es difícilísima y el juez deberá normalmente admitir la equivalencia de los varios procesos causales que el agente se había re-

⁵⁴ Manzini, *Trattato*, II, p. 54; Petrocelli, *Corso*, p. 54; Liszt, *Tratado*, II, p. 407; Beling, *Esquema*, p. 82.

presentado, o que, no habiéndolos tenido presentes, igualmente han llevado a la producción del resultado previsto y querido”.⁵⁵

Para la segunda el dolo se excluye “en todos los casos en que el agente estaba interesado en el modo de ejecución previsto y no realizado, en aquellos casos, esto es, en los que el modo de ejecución previsto y no verificado pertenece a las circunstancias que han dado a la representación del resultado su eficacia motivante”; y es notoria la diferencia con la primera teoría, pues aquélla es *a posteriori*, se refleja sobre el querer, esta es anterior, viene a deslindar lo querido y previsto de lo acaecido, como proceso de motivación esto último, no como proceso de desistimiento.

Sin duda que cuando la ley expresamente requiere una determinada vía de causación, se estará

⁵⁵ Bettioli, sobre el delito aberrante, *Scritti giuridici in memoria di Eduardo Massari*, Napoli, 1938, Traduc. de Raúl Berrón M., pp. 199 a 209. Meyer, cit. por Leone, *Il reato*, p. 235; Antolisei, *Rapporto de causalità*, p. 223; Mezger, *Tratado*, I, p. 240, entre nosotros compartido el criterio de Mezger por Luis Fernández Doblado en su meritoria monografía *Culpabilidad y Error*, México, 1950, p. 83.

con Antolisei en lo justo, al excluir el dolo en el tipo aunque el resultado sobrevenga, si el proceso causal no corresponde con aquél pedido por la norma.

No hay dolo de causación en el homicidio o las lesiones, a pesar de que se halla empleado mina, inundación, etc., si por un curso causal con aberración, el sujeto pasivo falleció por otra causa; no hay dolo de causación en el sentido de la premeditación presunta del C. Penal —art. 315 tercer párrafo—, pues la ley exige el hecho letal producido precisamente por esa vía.

En nuestro sistema legal no requiriéndose que el dolo acompañe el curso causal en todo su desenvolvimiento, sino que basta querer la acción y el resultado, o aceptarlo, y aun se sanciona el dolo de consecuencia necesaria y el delito preterintencional por título doloso (parricidio preterintencional), el nexo causal aberrante no destruye la culpabilidad en términos del artículo 9, fracción II, del C. Penal.

Cuando el nexo causal no se desvía sino que se detiene, adviniendo otra causa suficiente para el resultado, termina ahí la imputación: sólo el resul-

tado eficazmente producido es soportado por el culpado, la excedencia le es ajena. El artículo 305 del C. Penal lo establece para el homicidio y sistemáticamente es requerido en todos los tipos de resultado.

Desistimiento voluntario.

Desistir en la tentativa/ es suspender la comenzada ejecución del delito. Es lógico pues que esté comprendida la contra-acción, en que no sólo la acción desenvuelta se suspende, sino que se aniquila. Su límite formal es doble: la frustración y la voluntariedad.

Si se ejecutó el último acto en que se debía consumir el hecho típico/ sin sobrevenir el resultado, no hay arrepentimiento externo, manifestado por acciones que se crean eficaces para evitar el resultado, para detener el curso causal, o pensando el sujeto que aún falta actividad suya/ que no pone ya por propia voluntad.

Cuando la acción no llega a término por intervención de terceros, por actos de la propia víctima

o por cualquiera causa fortuita, resulta indiferente el pensamiento del sujeto que agita, pues tal actividad, por sí, tiene los caracteres del delito tentado: existe una actividad incompleta, pero desde el lado del autor; en su pensamiento puede haber un curso causal suspendido, mas no siendo éste relevante, el hecho es inculminable.

Aquí se ofrece el mismo panorama que en la preparación: Si miramos el tema subjetivamente, la acción puede ser ejecución si así lo estima el sujeto y el poder causal vendría otorgado por la creencia, no por la realidad. De iguales caracteres participaría la frustración y el desquiciamiento tendría que ser proyectado, hasta abarcar los tipos mismos.

El segundo límite, la voluntariedad, se explica a través de una frase feliz de Manzini. Para el ilustre autor, por contrapartida, el desistimiento no es válido cuando en el proceso ejecutivo venga una causa, cualquiera que ella sea, que "impida, por cualquier motivo, la prosecución de la obra delictuosa o que la haga vana o inútil respecto al fin propuesto";

es decir, cuando "desiste de mala voluntad", el sujeto, según Carrara.⁵⁶

El desistimiento es de la acción, de la que emprendió el sujeto, si se exige el total desistimiento

⁵⁶ Manzini, *Istituzioni*, p. 143; *Trattato*, II, pp. 391, 393; Carrara, *Programa*, *loc. cit.*, pp. 256 y ss.; *Tentativa*, p. 136. La misma dirección objetiva sobre el proceso causal y el sentido de la voluntariedad de la acción en Ranieri, *Diritto*, p. 307; Liszt, *Tratado*, III, pp. 22, 23; Massari, *Dottrine*, p. 181; *Il momento*, edic. 1934, pp. 169, 175; Impallomeni, *Istituzioni*, pp. 143, 353, 354. Carrara apunta, en los ejemplos, una dirección francamente inaceptable, pues el ladrido del perro que ahuyenta al ladrón que penetró a la casa con propósito de robar es punible por robo tentado, no así el que trataba de herir, pero se aleja del sitio porque su víctima lanza voces de auxilio, ya que para el egregio autor podía haber herido y no lo hizo, luego se desistió válidamente de la acción propuesta. No encontramos por nuestra parte ninguna diferencia tonal; la cualidad del desistimiento es idéntico en ambas hipótesis, pues no media la espontaneidad en la cesación de la actividad ejecutiva. Si ha sido obligado a suspender la acción, si una fuerza exterior lo constriñe, le impele, por propia seguridad a no seguir actuando, esto no es espontáneo, voluntario, libre, ya que adquiere el mismo significado que la suspensión por el fortuito, por la acción de terceros. Con el *presupuesto de la peligrosidad* Florian, *op. cit.*, pp. 624, 625; Ferri, *Principios*, p. 598, reclaman que el desistimiento provenga de sujeto no peligroso, además de la espontaneidad en la suspensión o contra-acción, al igual que en el Instituto del arrepentimiento operante, que es ate-

de la resolución criminal, por ello, lógicamente, no está englobada la postergación simple, el retardo de la acción siguiente.

El obstáculo, real o ficticio, que motiva la suspensión o la regresión no es desistimiento valedero, por la causal.

Si el comienzo de ejecución ha dado vida a un título delictivo, no es imputable la tentativa, pero sí aquel delito, puesto que el desistimiento no opera en relación con la consumación; estaríamos ante un caso de arrepentimiento, con valor de atenuación en ciertas leyes.

El favorecer los desistimientos motiva en el clasicismo la no imputación. Saldaña habla del "resto de un derecho utilitario"; del "derecho premial de la tentativa".

nuante en la legislación italiana, desde el C. Zanardelli. Se puede resumir con Soler —D. Penal, II, p. 245—, en el sentido de que "cuando esos medios estaban a disposición del sujeto, de manera que, sin impedimento, podía seguir usándolos hasta llegar al resultado, y no lo hizo, estaremos en presencia de un desistimiento". Por tanto, el error a virtud del cual el sujeto desiste es irrelevante.

Para los positivistas no basta el desistimiento, se exige cenitalmente el que al agente falte peligrosidad.

Al positivismo penal no le interesa "favorecer los desistimientos", sino sancionar al peligroso.

¿Fue congruente en este punto el C. Penal de 1871?

Tampoco lo fue el de 29.

Sí lo es el de 31, al no punir el desistimiento del acto preparatorio.

Siendo personal, el desistimiento, sólo favorece al que lo practica, voluntariamente y antes de que él o en el concurso de personas o con autor mediato, el otro u otros frustren el delito. En el concurso de personas es notorio el desistimiento por contra-acción: impidiendo el autor intelectual al que es simple instrumento, la acción siguiente.

Tentativa y comisión por omisión.

La omisión simple puede ser querida, pero no precisa de ello para su entrada en el Derecho penal. Baste considerar las hipótesis de la omisión por ol-

vido, igualmente punibles. El límite es la imposibilidad del querer, que en lo interno yace como ausencia de capacidad volitiva, y en lo externo como lo imprevisible.

En puridad la omisión no representa en Derecho la acción que la substituye, como pretende Massari, pues bien dice Antolisei que no se castiga la acción puesta en lugar de la debida, sino precisamente la inexistencia de la acción esperada. Tampoco es valedera la argumentación de Vannini, para quien la omisión, en su cara interna, es la persistencia de la actitud positiva que impide la acción debida. Carece de relevancia el criterio de Mezger en orden a la causalidad: "no ha habido más remedio que reconocer resignadamente que la omisión no es causal respecto al resultado", pues el autor, "prescinde de la cuestión jurídica, que es la única que interesa", según el juicio de Beling.

Desde el ángulo puramente naturalístico, a decir verdad la omisión no es una fuerza, no es algo que active, que en razón de su existencia modifique las relaciones del mundo exterior. La