

Es ya comienzo de ejecución — probada la intención—, el penetrar al domicilio ajeno. Desaparece el tipo del art. 285 por formar parte del tipo principal de robo al que se adosa la circunstancia, y será tentativa de robo calificado por el lugar.

A la norma del art. 369 le damos la extensión que le asigna Soler —iv, p. 174— siguiendo las enseñanzas de Pessina. El criterio “peligrosista” del momento consumativo suprime la tentativa. El robo se consuma cuando sale la cosa mueble de la esfera del poder jurídico —real o virtual— de la víctima; antes es tentativa. Ya Mommsen señala —*D. Penal Romano*, II, p. 201— el porqué en Roma se “anticipaba” el momento de la consumación: por carecerse de la forma tentada.

Es circunstancia objetiva la violencia en los tipos del art. 260; es elemento en la violación: art. 265. El parentesco de consanguinidad: ascendientes, descendientes, hermanos, es elemento en el incesto, art. 272. Circunstancia de la corrupción de menores es el parentesco, en el art. 203, que no admite, como en cambio sí es viable en los anteriores, la figura tentada.

En ciertos delitos se exige una consecuencia de la acción, para ser punible la conducta (art. 273), “con escándalo”: el elemento normativo o se presenta y el delito se consuma o no está en el mundo y no puede haber consumación y menos tentativa. Manzini, *Trattato*, VIII, p. 649. En realidad, a nuestro criterio modestísimo, otra razón, en nuestro sistema, prohíbe la incriminación por adulterio consumado. La no descripción de la conducta humana punible. ¿De dónde debemos detraerla? ¿Del Derecho Civil; del diccionario — que *jamás es autoridad*—; del motivo de la incriminación; del bien jurídico tutelado?

Baste aludir a la polémica interminada existente en Italia por razón del mismo defecto de técnica legislativa, y a la confusa jurisprudencia que priva en la materia.⁵⁸

Si no hay consumación, menos tentativa, y *ad abundantiam* nuestra ley la suprime (art. 275 del C. Penal).

⁵⁸ Manzini, *Trattato*, 2a. VI, p. 703. Civoli, *Trattato*, III, p. 391. Saltelli y Romano Di Falco, *Commento*, II, p. 857.

Es inadmisibile la tentativa:

a) Obviamente en el delito culposo, porque es elemento constitutivo de la figura el dolo. Vannini (*Il problema*, p. 126), argumenta que por ser el delito culposo condicionado. El C. Penal de 31 no prevé el *crimen culpae* sino *crimina culposa* —art. 8, segundo apartado— (De Marsico, *Diritto*; Finzi, *La condizione sospensiva* . . . 7, 8; Scialoja, *Studi*, p. 3; Vannini, in "Palestra", 1931, *Le condizioni*, n. 7-8; Battaglini, *Gli elementi*, in "Anali di Dir. e Proc. Pen." 1934, pp. 1089 y ss.; Napolitano, *Condizione*, in "Anali", año VI, fas 2, 1937, xv, entre los numerosos estudios valiosos sobre el tema del delito condicionado).

En el delito habitual tampoco es admisible la tentativa, porque cada conducta aislada es jurídica, sólo su conjunto se sanciona. Por ejemplo los tipos de los arts. 255, 256, certeramente interpretados por la Suprema Corte. Los tipos de los diversos 207, fracción I, *segunda* hipótesis y primera del 208 son absurdos jurídicos, pues puniéndose el acto aislado la habitualidad es ya infracción plural. El contrasentido es notorio: No hay tentativa del delito ha-

bitual de lenocinio; sí hay, en cambio, tentativa del lenocinio de un acto; o este otro: la ley tipifica el lenocinio como hábito y como actuar aislado; las figuras no se excluyen, aunque la segunda en progresión consume la primera; es decir: el segundo actuar típico es el paso obligado al primer actuar típico. Se puede tentar el acto, no se puede tentar la profesión, porque cada acto es consumación. Pero entonces rompemos con toda la fundamentación del delito habitual antes reseñada brevemente. (Vannini, *Il problema*, p. 121. Soler, *D. Penal Argentino*, v, pp. 290 y ss.)

b) En el delito complejo por el principio de consunción. Diverso criterio sigue el C. Penal en los artículos 284, 286, 372, en que debió crear tipos definidos.

c) En el delito condicionado, sólo cuando el elemento requerido está antes o con la acción tentada. Así el tipo de la fracción IV, del art. 124, no puede ser tentado.

d) En los que requieren un proceso causal específico: el engaño en el fraude, art. 386, inclu-

yéndose el engaño del segundo apartado de la fracción III; la violencia en la violación; o un medio: minas, etc. —art. 315—, a que nos hemos referido antes hablando del delito aberrante, sólo es permisible la tentativa a través de esa acción o medio. La producida por camino causal diverso es atípica en referencia a ese precepto, aunque puede ser punible por otro título y acircunstanciada.

e) El delito formal —bigamia, falsificación de documentos—, sólo puede ser comienzo de ejecución, no frustración.

f) En los delitos unisubsistentes, como la injuria. Salvo cuando son en forma escrita. Aquellos no admiten la fragmentación de la actividad, la modalidad señalada sí.

g) En la progresión criminosa. Como en los casos del 306, fracción I, por el que se consuman lesiones u homicidio, pero la norma vigente autoriza, al parecer de unos, el concurso de delitos.

¿Se castigaría tentativa de disparo de arma de fuego y tentativa de lesiones u homicidio al mismo tiempo?

La suprema Corte sólo ha sancionado el delito de daño.

h) En el delito preterintencional.

Dos excepciones propone Hippel —*Manuale*, p. 208—: Si “el dolo del autor el cual ha consumado el delito base, era directo, además de este, al resultado más grave”; y si “a través —como medio— del delito base que permanece en el ámbito de la tentativa, fué causado el resultado más grave”. Esto es compartido por Vannini —*Il problema*, p. 126; y Liszt, *Tratado*, III, 23.

El que golpea a una mujer grávida para hacerla abortar y así ocasionarle la muerte. No es verdadero delito preterintencional.

El que ministra sustancias abortivas a la mujer, falleciendo por tal causa ésta, sin morir el feto.

En el C. Penal de 31 concurso ideal reglamentado por el art. 58 y 9 F. II.

i) En el delito permanente porque existe un solo delito. Se puede tentar el delito, pero la acción subsiguiente típica consumó el delito y la prolongación de la situación antijurídica es un solo deli-

to. El C. P. de 31 confunde el delito continuado con el permanente y reglamenta este último, como lo había hecho notar Porte Petit en 1949. *Exposición Doctrinal del Anteproyecto de C. Penal*. Conferencia editada en 1950, pp. 34, 35.

j) En el delito continuado, ya que no posee como el anterior, autonomía. Se puede tentar el delito, no su continuación.

k) Cuando el delito ha sido comenzado por "iniciativa u ocasión dada por la autoridad", señalado por Florian y dicho entre nosotros por el ilustre profesor Carrancá.

l) Contra el parecer de Vannini, creemos que aquellos tipos que están substanciados por verdaderas tentativas, no pueden admitir a su vez el comienzo de ejecución o la frustración. Sería la tentativa de la tentativa, como resume Manzini. Con mayor razón aquellos delitos que importan "actos preparatorios de modo contingente" (Asúa habla de resoluciones manifestadas —zona intermedia—). Así, particularmente la conspiración —artículo 132 del C. Penal— que sanciona el acuerdo

criminal; la inducción —de la fracción I del 135— en cambio la acción del artículo 123 del C. P., que es tentativa, ya que el resultado querido no es elemento de la figura delictuosa, recibe un trato especial: conforme al diverso 13 la inducción es participación en el delito; en tanto que, en términos del 132 citado es delito típico el concierto criminal.

m) En el dolo de ímperu no decide el resultado como ha sido expuesto anteriormente.

n) En el delito de peligro es dable la tentativa, no la frustración: comenzar a desatar la embarcación; comenzar a quitar rieles, durmientes, clavos... (arts. 166 y 167, fracción I del C. Penal); comenzar a copular el sífilítico (art. 199 bis del C. Penal); comenzar a vender armas prohibidas; pero no comenzar a portar un arma prohibida (art. 162, fracción I del C. Penal).

Pena de la tentativa.

Es citado el Código Napoleón de 22 de febrero de 1810 como el ejemplo clásico de la equipara-

ción del delito tentado —en sus dos modalidades— al delito consumado, en lo referente a la penalidad. Constituye, en los territorios del Derecho penal, el abandono de los presupuestos de la Escuela clásica y la adopción de un criterio paralelo, pero aberrante, del Positivismo penal.

No siendo de la misma entidad política el daño que el peligro corrido, debe corresponder, lógicamente, una diferenciación cuantitativa y cualitativa en la aplicación de la pena. Esto es señalado por los prácticos italianos, seguido por Carrara y los grandes maestros de la teoría general del delito. Sin embargo, el Código Napoleón repudia ese "derecho premial" de la tentativa, como lo denomina Saldaña, y entra francamente en contradicción con todo el sistema que adopta al clasificar los delitos y prever las sanciones.

Representa el mismo desequilibrio que ofrece todo código que pena el estado peligroso o que aplica medidas de seguridad a todo delincuente; o que bien, solamente consagra tentativa acabada y tentativa inacabada, olvidando la carencia absoluta de objeto y la acción inidónea absoluta. Este último se en-

cuenta más cercano a 1810 que el mismo Martínez de Castro.

Por ello, debe diferenciarse:

a) El delito imposible por inidoneidad absoluta de los medios, debida al querer consciente del sujeto activo y su forma paralela: la conocida por el sujeto activo, inexistencia total del objeto, adoptando el sistema proclamado por Garofalo.

b) El delito imposible, en las dos formas enunciadas, mediando error del que agita, para aplicar medidas aseguradoras o llegar al perdón judicial, con el Positivismo penal.

c) La tentativa de Derecho penal, acabada e inacabada: comienzo de ejecución, frustración; inidoneidad relativa de los medios e inexistencia relativa del objeto, que reclaman pena.

d) Individualización, en esta última, de la pena, pero no con las anteojeras del Positivismo.

Como se ha visto, la doctrina y el citado Proyecto italiano de Código Penal dejan a cada Escuela sus funciones; las normas legales que no cuidan la

diferenciación suplantando las finalidades del Derecho represivo por las del preventivo. Penas al vago, al malviviente, al lenón, por señalar los casos más notorios, importan conceptualmente lo mismo que aplicar medidas aseguradoras al criminal o privación de la libertad al demente.

El hecho acotado por Carnevale, de que a medida que avanza la civilización evolucionan las penas y aumenta su número, lo que revela claramente su ineficacia, por cierto no autoriza el que sean mezcladas y el que los delitos más graves se castiguen con las penas más benignas y los más leves con las más enérgicas; y que al peligroso se le imponga pena, para expiar su estado. El maridaje es totalmente inadmisibile; no se trata de eclecticismo sino de invasión acientífica del Positivismo penal. Este, tal vez algún día *se trague al Derecho penal*, pero de igual modo que los médicos sociales que emocionado pidiera el ilustre Dorado Montero, desde su agitado retiro espiritual salmantino, en las "Bases", están aún muy distantes, por ciencia y por ambiente, de nuestra vida social.

Quizá no es tiempo todavía del ensayo de este intento generoso transido de amor y de comprensión infinitamente humanos. Nosotros llevamos aún prendida la interrogante de los psicoanalistas, de si tal proceder colmaría el incoercible sentimiento de venganza social.