
RAMON PALACIOS

Profesor de Derecho Penal de la Universidad Nacional de México

LA TENTATIVA

EL MINIMO DE ILICITUD PENAL

UNIVERSIDAD DE NUEVO LEON
DEPARTAMENTO DE EXTENSION UNIVERSITARIA

1969

KL145
.M6
P3
1969
c. 1

LA TRINITATIVA / Ramón Palacios



1080050387

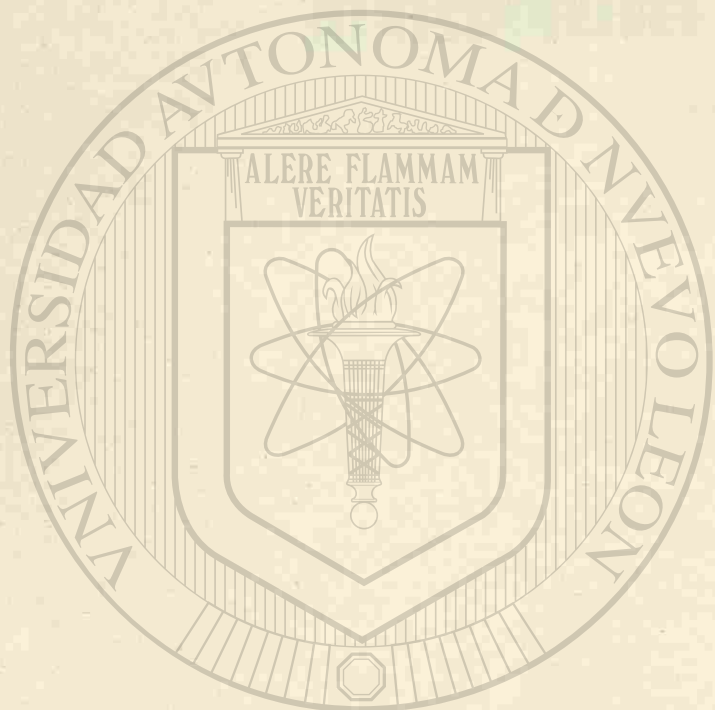


UANL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN



DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS



RAMON PALACIOS

Profesor de Derecho Penal de la Universidad Nacional de México

LA TENTATIVA

EL MINIMO DE ILICITUD PENAL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

UNIVERSIDAD DE NUEVO LEÓN
DEPTO. DE EXTENSION UNIVERSITARIA

1969





UANL

LA TENTATIVA
EL MINIMO DE ILICITUD PENAL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN



DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

PROLOGO A LA SEGUNDA EDICION

Un optimismo generosamente equivocado de los maestros Juan José González Bustamante y el Dr. Luis Garrido envían a la estampa la primera edición. Sería nuncio de otras y mejores monografías.

La profecía quedó desmentida. Había un pasado, un presente que labraron la crisis actual. La sociedad de consumo estaba en marcha, sin saberlo quizá sus coautores y cómplices e invadía la Universidad Central que la irradiaba a las de Provincia. El libro de texto profesional uniformaba no solo conocimientos sino las conciencias. Por obtener una equivalencia a la técnica que no solo lo permite sino que es parte de su esencia, de sujetar la inteligencia a un método, a unas conclusiones y a una acción constante, las ciencias del espíritu —el Derecho en primer término—, se unieron a esta avalancha deshumanizadora.



R a m ó n P a l a c i o s

Homologar los libros de texto destinados a las masas con los de la sociedad intelectual, no es lo aconsejable, pero edición tras edición suprimió toda diferenciación en la docencia, en el aprendizaje, en el talento. La totalización del profesorado, de la metodología, del alumnado y de los exámenes, por consecuencia evitó un esfuerzo individualizador y en la sima logró la paulatina y meditada pérdida de la libertad de pensamiento por su inejercicio.

Se razonó dilatadamente en cómo suprimir los brotes de inconformidad y no se encontró más académico arbitrio que la textualización y memorización de los dogmas del unilibro.

La monografía de Frías Caballero en Argentina, "El Proceso ejecutivo del delito" alcanzó su 2a. edición muy corta casi a los 14 años; el excelente trabajo "La Tipicidad" del eminente penalista Mariano Jiménez Huerta, con un capítulo sobre la tentativa, escrita en 1955 aún no llega a reeditarse y la cuidada y sólida monografía de Pavón Vasconcelos (a quien debemos agradecimiento) publicada en 1966, aún no se agota. Scarno en Italia escribe en 1952 "La Tentativa".

Por esto mueve nuestra gratitud y reconoci-

L a T e n t a t i v a

miento intelectual la insólita actitud de la Dra. Aurora Moreno, Jefe de Extensión Universitaria que prohija esta edición.

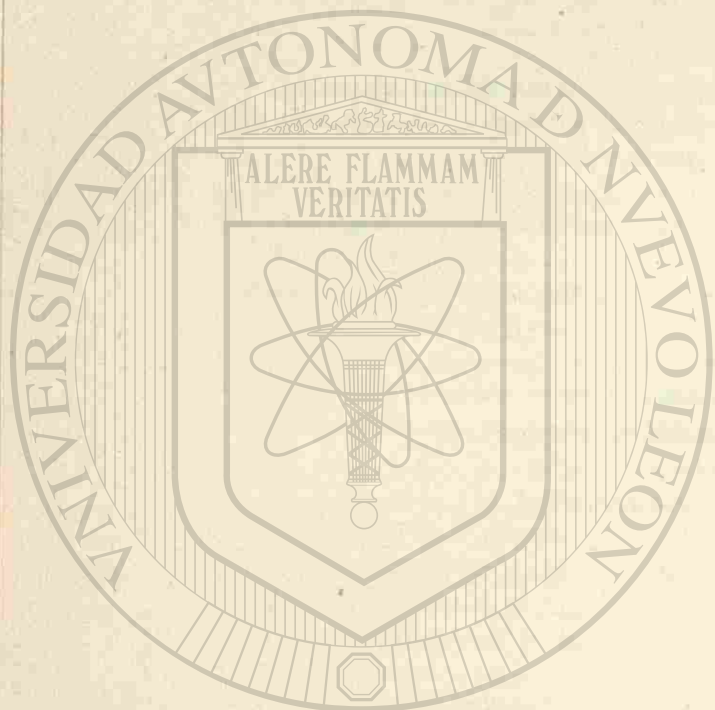
No es la hipotética calidad del contenido del pequeño libro, sino por lo que tiene de rebeldía entre líneas contra sistemas, estructuras y hombres consagrados al hábito consciente del éxito por la fácil andadura del desprecio a la investigación libre que se permite a quien pague el precio que todo esfuerzo desinteresado y no adulatorio exige.

Monterrey, N. L., a 25 de Febrero de 1969.

LIC. J. RAMON PALACIOS

III — de 969

DIRECCION GENERAL DE BIBLIOTECAS



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

PROLOGO A LA PRIMERA EDICION.

El estudio de los problemas jurídico-penales ha recibido notable impulso en la Facultad Nacional de Jurisprudencia y es digna de alabanza la profundidad de algunas monografías presentadas como tesis recepcionales por alumnos de la licenciatura; semejantes frutos son el reflejo de la labor docente del profesorado y del creciente entusiasmo de los alumnos.

Al cuerpo de profesores de Derecho Penal pertenece don Ramón Palacios cuya trayectoria en la cátedra y en la Judicatura, es motivo de satisfacción para él y para quienes lo estimamos; en la Universidad Angelopolitana impartió las cátedras de Sociología y Derecho Penal, habiendo alcanzado tan distinguido honor después de haber triunfado en la oposición correspondiente; fue magistrado del



Tribunal Superior de Justicia de Puebla, su Estado natal, y es autor de numerosos artículos publicados en la Revista Jurídica veracruzana —que por desgracia ha tenido que suspender sus publicaciones en estos últimos años—, y en "Criminalia", que ha dirigido con perseverante entusiasmo, nuestro cordial amigo el doctor don José Angel Cenicerós, así como de diversos trabajos de entre los cuales resalta el referente a La Pena. El tema desarrollado por el doctor Palacios, es uno de los más arduos de la Dogmática Penal; mentes luminosas en el campo del Derecho lo han abordado a partir de la fecha en que la inteligencia clara del romano distinguió las consecuencias del pensar y del hacer contra Derecho; el aforismo "*Cogitationis poenam nemo patitur*" sigue teniendo validez en el Derecho moderno; fue el Código Francés de 1810 el que por vez primera expresó la necesidad de un principio de ejecución para la punibilidad de la tentativa; Carmignani, Carrara y Romagnossi entre los clásicos, Ferri y Garofalo en el Positivismo, Carnevale y Alimena en la Tercera Escuela, Beling, Mayer, Von Liszt, Mezger, etc.; en Alemania, Manzini y Bettiol en Italia, Groizard, Asúa, Cuello Calón y otros en España, así como un gran número de juristas en otras partes del mundo cuya enumeración sería prolija, todos ellos se han ocupado del tema apasionan-

te de la tentativa.

Los conceptos penales se encuentran en continuo devenir de elaboración, pues la naturaleza misma de las cuestiones jurídicas, impone la renovación constante ya sea por nuevas direcciones impresas, ya porque alguna aportación original marque a la doctrina un rumbo diferente. En nuestro Derecho positivo se observa el carácter cambiante en las valoraciones jurídico-penales, y como ejemplo de ello se pueden señalar los Códigos de 1871, 1929 y 1931, cada uno de ellos correspondiente a una inquietud diversa, reflejo de doctrinas y valoraciones diferentes que hallaron expresión con más o menos fortuna en los ordenamientos legales.

La necesidad de una concepción jurídica que tenga bases doctrinarias, resulta innegable; no puede concebirse un Código sin orientación definida, pues resultaría contradictorio; la homogeneidad de las tendencias no puede estar reñida con el pragmatismo indispensable de la Ley; lo pragmático en ninguna forma está en contra de lo teórico, pues un pragmatismo desordenado resulta absurdo, y bien, sabido es que en las cuestiones legislativas es indispensable una orientación determinada, pues la Ley aparece como el debido cauce de la conducta humana y no puede fijarse como seguro un rumbo que

resulte contradictorio consigo mismo.

La mayoría de los autores nacionales que han escrito sobre materia penal, lo han hecho con fines de docencia y han tenido que circunscribirse a ciertos límites tanto en la amplitud de la investigación como en la profundidad de la misma; en estudios de la naturaleza del presente, el autor encuentra amplio horizonte para que discurra el pensamiento, y, cuando a ello se aúna sólida preparación en la especialidad y rara sutileza de la mente, el trabajo puede calificarse, sin hipérbole alguna, de extraordinario.

Don Ramón Palacios estudia con notable agudeza tendencias doctrinarias y legislativas; los autores se citan con la seguridad que da el conocimiento de los mismos y no la sola lectura de párrafos aislados; solidez en la estructura y fino pensamiento en las críticas son dos cualidades de la obra, meritoria también por otros conceptos; no es una repetición de posturas de autores diversos —vano intento de copistas en busca de erudición—, sino cuidadoso examen de cada una de las posturas, búsqueda del pensamiento en esfuerzo de aprehensión de la verdad sobre un momento determinado de la vida del delito, valentía científica en la opinión, ausencia de prejuicios y de tabús conceptuales o bibliográ-

ficos, terminología apropiada, todo ello puede encontrar en la obra de don Ramón Palacios el lector que tenga interés en el tema desarrollado.

Para quien estudie la tentativa, es indispensable un conocimiento cabal de los principios sobre Dogmática Penal y de la parte Especial, pues como apunta Soler, la noción de ella es necesariamente subordinada en relación con un tipo; para comprender las corrientes Objetiva y Subjetiva, hay que conocer no sólo la breve exposición que sobre ellas hacen los Manuales, sino haber meditado teniendo a la vista sus expositores; otro tanto puede decirse de la tesis sobre principio de ejecución y “penetración al núcleo” del tipo que, no podrá entenderse cuando se ignoren los conceptos de “tipo” y de “núcleo”, y es que las cuestiones penales forman una estructura armónica, y existe una *sindéresis* jurídica inflexible que gobierna el edificio de la Dogmática Penal.

Con frecuencia, en nuestro país, se hace crítica de los estudios del Derecho Penal y, se les llama románticos o teóricos en sentido peyorativo. Como si el estudio fuera estéril o el esfuerzo mental infundado... Los fracasos estrepitosos de Códigos y sistemas penales se deben ante todo a la ausencia de preparación de quienes están encargados de velar

por su realización práctica. Para mí, es altamente satisfactorio observar la inquietud con que profesores y alumnos buscan la solución de problemas eminentemente prácticos, estudiando primero la planeación teórica en las salas de estudio de nuestra Universidad; espero que ese trabajo, callado y fecundo, habrá de dignificar la práctica forense y contribuir al mayor brillo de los valores universitarios en el país y en el extranjero. Ojalá que esta obra, producto de la dedicación y amor al estudio del señor profesor Palacios, quien a la par que agudo jurista, es funcionario de relevantes cualidades en la Judicatura Federal, sea nuncio de una producción cada vez más numerosa y cada día más brillante por parte de valores nuevos y de los ya consagrados y así, podremos hablar de labor grandemente cultural y profundamente universitaria.

El estudio que ahora presentamos como contribución a la cultura jurídico-penal, ha merecido el apoyo entusiasta del señor Rector de nuestra Casa de Estudios, doctor don Luis Garrido, empeñado en solemnizar dignamente con obras de profundo contenido científico el IV Centenario de su fundación.

Dr. Juan José González Bustamante

INTRODUCCION

El distinguido jurista y caro amigo Celestino Porte Petit me expresaba ha poco su opinión sobre el instituto de la tentativa, regulado por el artículo 12 del Código Penal.

De sus argumentos lógicos e impregnados en esa sana vehemencia de quien ha dedicado su vida al estudio de la ciencia del Derecho, desprendía insólitas conclusiones, inadvertidas por nuestros cultores del Derecho penal y por la jurisprudencia: La fórmula vigente pune los actos preparatorios, no incrimina los ejecutivos y deja igualmente sin previsión el delito frustrado.

La indagación que me propuse, partiendo de los escasos precedentes romanos y acompañando al ins-

tituto en sus vicisitudes históricas y válido de la consulta de las obras producidas sobre tan apasionante tema, me llevó a la misma convicción sostenida por el valeroso autor, que ciertamente está en contra de la tradicional concepción que de la tentativa se tiene en México, y aún más, afloraron ciertas contradicciones que laten en las normas vigentes desde 1871.

Así, enarbolando un eclecticismo puramente verbal, se elogia una concepción legal de la tentativa que tiene parcialmente sabor positivista, mientras conserva en el lado sancionatorio el signo clásico: se asigna pena para el peligroso y pena para el delincuente; se decreta pena en el peligro corrido considerando que hay tentativa; y se encuentra tentativa en la simple exteriorización del pensamiento criminoso que no agrede el bien tutelado por la norma principal, ni podrá jamás lesionarlo, porque de antemano está condenada al fracaso y por este camino aberrante, además de que sólo se sanciona la preparación, que no se punen ejecución y frustración, se llega a la postulación de una figura accesoria irreconocible tanto para el Derecho

penal clásico como para el Positivismo penal, pues participa de caracteres propios del Derecho repressivo y del preventivo: pena, medida de seguridad, delincuente, estado peligroso en una confusión de nombres, de situaciones, de consecuencias, produciendo ante todo un desquiciamiento en el Ordenamiento penal, de babélicas proporciones.

En ciertos aspectos el Positivismo penal representa una postura definitivamente científica y armonizable con las pretensiones del Derecho penal, pero su entrada debe admitirse sin que distorsione el sistema que viene solamente a complementar, no a presidir, procurando que ello ocurra superando la lucha de las escuelas, en bien de leyes más justas, más humanas.

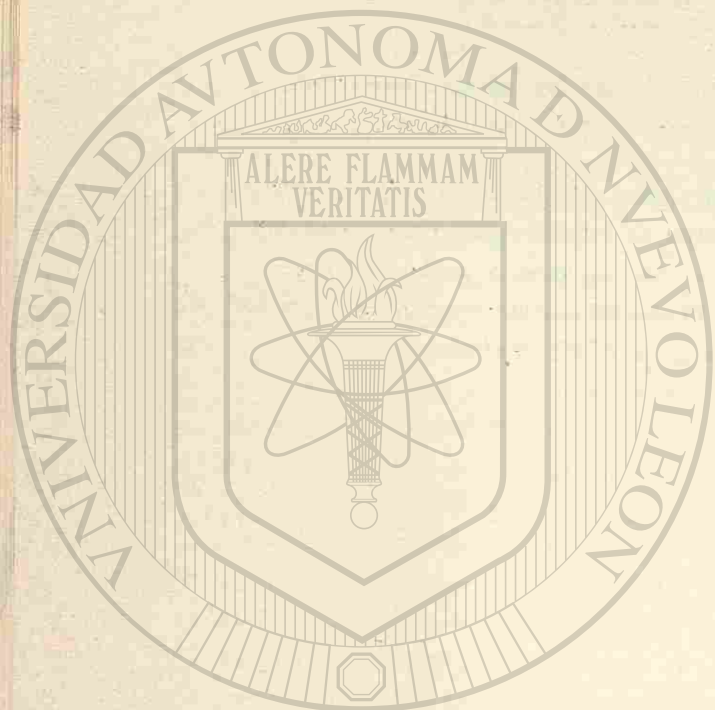
El tema, en uno de sus momentos, no pasó inadvertido para la docta Comisión redactora del Anteproyecto de Código Penal Federal. La definición es de todo punto acertada, en cuanto encuadra tentativa acabada e inacabada. Los antecedentes están en la Ley de 22 de Prairial. El Código Rocco, vigente en Italia contiene al respecto una previsión

de proximidad conceptual notoria a la del Código de 31 nuestro, si bien en su conjunto el instituto encuentra en aquel Ordenamiento jurídico más feliz sistematización. El Proyecto Preliminar de Código Penal italiano de 1949, recoge, depuradas, las enseñanzas de la Ley francesa citada y del Código Rocco.

En el estudio del delito tentado confluyen todos los problemas atinentes a la Parte General y a la Especial del ius puniendi, algunos en forma tan perentoria que reclaman la adopción de una postura ante ellos, como cuestión previa al análisis del instituto, así especialmente los relativos a la causalidad, a la culpabilidad. En cambio, otros vienen de modo meramente secante, como la omisión, la comisión por omisión, los delitos de simple olvido, los de deberes especiales, que merecen una escueta alusión, recogiendo la tesis que se estima correcta, sin penetrar al análisis exhaustivo que superaría los confines del trabajo. Por otra parte, en lo referente a los tipos delictivos que admiten la figura accesorio y aquéllos que por su naturaleza la repudian, igualmente el estudio dogmático trata de estrechar-

se, en busca siempre de un cuadro coherente y restricto, sin invasiones a la especialidad.

Preciso es destacar que los fallos de la Suprema Corte y los trabajos de nuestros estudiosos, han contribuido, en no escasa medida, a paliar los excesos y a suplir las deficiencias que derivan de las normas en vigor, atinentes al delito tentado.



ENSAYO

En la vida lenta y fatigosa del Derecho, aparecen ciertos institutos como sombras de imprecisos contornos, conservando durante largo tiempo un borroso carácter conceptual. Ante la imposibilidad científica de lograr la fijación de su esencia, son confundidos con otros similares por la empiria, que alcanza por la vía de la interpretación judicial, el aberrante sitio de fundamento, razón de ser en la incriminación y punición.

Si algún instituto del Derecho de castigar ha sufrido tales vicisitudes es el de la tentativa. El Exodo —xxi, 12—, olvidando su criterio talional, decreta: "El que hiere a un hombre, queriéndolo matar, muera por ello." Roma primeramente no lo conoció, y en épocas posteriores lo reglamenta

sólo adosado a ciertos delitos, en la *Lex Cornelia de Sicariis et veneficis*, gracias a un rescripto de Adriano, en la *Lex Julia Majestatis*, en la *Pomponia de Parricidiis* y de *Calumniatis*; sancionándose con iguales penas la preparación, la tentativa y la consumación. El Derecho penal longobardo enmarca como punibles "*cogitare, agere, sed non perficere*", pero decretando mayor pena al delito consumado y contemplando la acción inidónea y el desistimientos voluntarios. La Carolina —artículo 178— sólo pena la acción ejecutiva, por ello la acción concretamente idónea; favorece el desistimiento voluntario; deja sin tipicidad el acto preparatorio y otorga el arbitrio judicial de punición, de acuerdo con ciertas limitaciones y medidas las circunstancias. La ley de 22 de Prairial, Año IV, es la primera que define certeramente la tentativa, aunque asigna la misma pena que a la consumación. La fórmula es recogida por el C. Penal francés de 1791 y llega al Napoleónico —art. 2—, de donde parte a España —C. Penales de 1848, art. 3, y de 1850, 1870, 1932, contradicha la tradición por el C. franquista—, a Prusia —de 1851—, al Alemán

—de 1871—, pero que desgraciadamente jamás, en nuestro medio jurídico ha tenido cabida.

La postura de la legislación napoleónica era ya bastante para su época, pues "supera la concepción subjetivista del Estado policía", según el juicio irrefragable del eminente Mezger. Ciertamente quedan fuera de la temática problemas que hoy están indisolublemente ligados al instituto, pero cuyo planteamiento adviene tiempo después de la aparición del C. Penal francés de 22 de febrero de 1810.

Por esto no debe extrañar que los máximos exégetas de tal Ordenamiento represivo —Garraud, Chauveau y Hélie— ni mencionen los aspectos fundamentales del delito tentado, y en cambio ofrecen un confuso panorama del instituto, y se encuentra saturada de contradicciones su exposición.

La adopción del principio *cogitationis poenam nemo patitur*, por las normas jurídicas, tiene para nosotros toda la majestad de un Derecho del hombre; es una garantía individual, tal como nuestras Constituciones de 1857 y de 1917 las conciben. Excluye de la incriminación el mero pensamiento

delictuoso, y prohíbe al poder jurisdiccional la sujeción a procedimiento y la aplicación de pena al culpado, por fértil que sea su vida interna en resoluciones criminosas.

¿En dónde empieza lo delictivo? Y acude la respuesta: No en el pensamiento. Pero no se agotan ahí las preocupaciones de un Derecho penal liberal, que defiende ante todo la libertad y la dignidad humanas, e impone, como ineludible obligación a los órganos de poder el respeto de esas categorías de la existencia del individuo. Al amparo de un Derecho legal o judicial monstruosos, la palabra del hombre se ha castigado con penas severísimas, colocándose en la cúspide la de muerte, aderezada con los más dantescos aditamentos. Por ello Beccaria levantó conmovedoramente su voz contra ciertas formas del delito político, en que se hacía a los hombres "víctimas de una palabra"; en que los delincuentes eran tales no por su obra, sino por su pensamiento, y sólo el "arte de las interpretaciones odiosas" pudo hacer surgir con cruel polimorfismo los delitos. La ley no puede prohibir sino las acciones nocivas a la sociedad, di-

rán Montesquieu y Beccaria, y la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789 lo inscribirá —artículo 5—, llegando a nosotros como uno de los más valiosos legados de la Revolución francesa. Esto representa para el ámbito del Derecho penal otro jalón fundamental, cobijándose en una nueva filosofía política, pero al germinar en Europa y Asia una vuelta en lo formal a lo antiguo, con creación política en lo que atañe a los fines del Derecho de castigar; la noción legal del delito retorna a lo multiforme, a lo escurridizo, y fluye de la mente del juez: se destruye "el fetichismo de la ley y de la legalidad"; el Poder Legislativo es un mero registro de Decretos, en los labios de Rocco, y el Judicial un simple redactor de sentencias para Andreotti. El juez debía preguntarse "si la intimidad de su alma estaba de acuerdo con el Führer", en la Alemania Nazi, y el Soviet proclama que "un Tribunal no tiene importancia intrínseca; está sometido a los intereses de las clases que lo han creado". La dictadura alemana recuerda el Bajo Imperio, la decadencia de Roma; y el Soviet hace degenerar al Positivismo penal: el fin político no puede en-

quistarse en el Derecho penal, sino a riesgo de hacerlo perecer, al substituir la justicia de la igualdad por la justicia de partido. Vive siempre a expensas de un tiempo que lo exige; el ideal político, cualquiera que sea, penetra en todos los estratos de la vida social, pero salvado el remolino ha de quedar reverentemente sepulto; su prolongación impide la fe en la justicia; lleva a todas las conciencias el temor, y es, como acota emocionadamente el maestro Ruiz-Funes, "una forma elegante de encubrir la tiranía y de negar la libertad".

Es mérito singular de Ferri y Vannini, el haber destacado el carácter de frontera de la tentativa. Del primer estadio en el que el pensamiento no se pune, llegóse penosamente al que consagra "nulla crimen sine lege" y "nulla poena sine crimen", que aparecen en los artículos 14 y 16 constitucionales. Pero como la tentativa va adosada a todos los tipos —con las naturales excepciones que la dogmática enseña— puede extenderse su eficacia, en peligrosa búsqueda de un castigo, hasta la imputación del pensamiento o de la palabra, o de la acción que no es *nociva a la sociedad*, pero que revela la intención.

Y porque la solución no puede hallarse en la lectura del Código, ni en su exégesis empobrecida, ni en la incondicional adhesión a una Escuela, y debe contemplar el problema también con nuestra propia filosofía política; débese penetrar, así sea como aquí con parvos conocimientos, al esclarecimiento de la esencia, contornos y proyecciones de la tentativa.



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

CAPITULO PRIMERO

NATURALEZA JURIDICA DE LA TENTATIVA

En el Derecho penal liberal, cuyo arranque histórico es situado en la Carta Magna de Juan Sin Tierra, se reconoce el dogma de filosofía política, de que sólo la creación específica, singular, de una conducta humana como ilícita, da mérito a la imputación, y que exclusivamente si la ley adosó a lo prohibido u ordenado una pena, para el caso de su violación, se puede privar de tales derechos al individuo.

No es, ciertamente, que la ley reconozca un derecho previo del hombre, que éste exista antes de la norma misma, y con validez universal: la historia lo desmiente con hechos, y ello es bastante. Es que

la conciencia y las necesidades sociales de una época lo reclamaban con validez obligatoria para el Estado y hubo fuerza bastante para imponerlo. Cada grupo social tiene sus exigencias y la norma jurídica puede acogerlas o despreciarlas; pero, lo importante es, que ante tal régimen de derecho estricto, la fórmula que prevé el proceder del hombre contempla el acto consumativo: la acción que produce el resultado prohibido por la ley, pero no aquella acción que obedeciendo a una intención criminal trata de ocasionar el mismo resultado no lográndolo.

Es obvio que la ley, por regla general, castiga la privación de la vida de un hombre por otro, pero no está ahí incluída la acción que no llega al hecho letal, traicionando la intención del que agita. Por lo mismo, tales actos no serían delitos, ni merecerían consecuentemente pena.

Así ha de ser entendido que la tentativa, al no ser contemplada por una regla legal está circundando la figura criminosa, y es necesario que la norma jurídica considere como delito no solamente el acto mismo lesivo del bien o interés tute-

lado, sino al propio tiempo el acto que tiende a esa lesión sin obtenerla.

De lo anterior se desprende: a) La tentativa requiere, dentro del sistema entronizado por el Derecho penal liberal, una norma específica que prevea esa actividad, para poder ser incriminada; b) La norma de la tentativa es accesoria; sólo cobra vida al contacto con la norma principal de la que es un grado menor. Es un título de delito autónomo —tentativa, frustración—, pero jamás tiene vida por sí. No hay pues el delito de tentativa, sino la tentativa de un delito, por ser "el fruto de la combinación de dos normas incriminadoras; una principal y otra secundaria, las cuales dan vida a un nuevo título de delito, el delito tentado",¹ como resume Bettiol y acepta la doctrina dominante; c) En nuestro régimen jurídico-penal, dados los términos en que se encuentran concebidos los artículos 14 y 16 constitucionales, la tentativa, para ser incriminada, debe recibir previsión legal. No desme-

1 Bettiol *Diritto Penale*. Parte Generale. Palermo, 1945, p. 354. En iguales términos Vannini *Il problema giuridico del tentativo*. Milano, 1943, p. 128; *Lineamenti di Diritto Penale*, Firenze, 1932, p. 144.

rece la consideración de que el legislador eleva verdaderas tentativas a la categoría de delitos *per se*, en cuanto que ahí pierde su carácter accesorio, vinculado, y no es ya tentativa de un delito, sino figura típica.

CAPITULO SEGUNDO

CONSUMACION Y TENTATIVA

Carrara siempre llamó a la tentativa delito imperfecto. Coinciden en la afirmación Florián, Pessina y Ferri.²

Si entendemos con Saltelli y Romano Di Falco que la consumación existe cuando por efecto de la actividad del sujeto se han realizado todos los elementos exigidos por el tipo,³ habremos de concluir

2 Carrara, *Programa*, B. Aires, 1944, Pte. Gral. Vol. 1, p. 232, Florián, *Pte. Gral. del D. Penal*, Habana, 1929, p. 598; Pessina, *Elementos de D. Penal*, Barcelona, 1936, p. 466; Ferri, *Principios*, Madrid, 1923, p. 504.

3 Saltelli, Romano Di Falco, *Commento Teorico Pratico del Nuovo Codice Penale*, quinta edic. Torino, 1931, Vol. 1, Parte Prima, p. 355, expresan: hay consumación "cuando por efecto de la actividad criminosa del culpable se ha verificado el

con Cuello Calón,⁴ que la tentativa no es un delito imperfecto, en cuanto que todos sus extremos jurídicos han sido satisfechos; que sólo en oposición al delito consumado la tentativa es delito imperfecto, por no haberse lesionado totalmente el bien protegido por el tipo; y como justamente observa Bettiol,⁵ "la tentativa tiene su propia objetividad, dada la lesión potencial de un bien jurídico; tiene una estructura suya, propia, dados los actos idóneos dirigidos a ocasionar un resultado lesivo; tiene una sanción específica, más mitigada que la prevista para la consumación".

Ahora bien, el concepto de perfección aplicado a tentativa y consumación, lo podemos entender desde un punto natural y de otro meramente formal o jurídico. Bajo el primero es obvio que la consumación es perfección, por corresponder el acto humano de voluntad con la lesión completa

resultado en que el delito consiste... o la simple realización de todos los requisitos o extremos hipotizados en el tipo legal abstracto".

⁴ Cuello Calón en Comentarios a la obra cit. de Pessina, p. 518.

⁵ Bettiol, *op. cit.*, p. 355.

del bien cotemplado en el precepto tipificador, y que tentativa es imperfección, porque falta precisamente el resultado, el más importante de los requisitos del tipo; mas jurídicamente estimado el tema, es consumación y perfección el delito tentado, porque se ha violado la norma prohibitiva, pues substituído el resultado por el peligro, verificase ya la subsunción del hecho histórico en los preceptos que prevén y punen el actuar en el que está ausente el resultado.

Es incuestionable, tal como destaca Antolisei, que el delito tentado adquiere relevancia sólo en mérito del delito al cual se proyecta la acción venida a menos, "desde su *nomen* adviértese su derivación del tipo", pero esto no es óbice para sostener con Paoli que "un hombre sin brazos es imperfecto, pero siempre es un hombre". La contradicción entre tentativa y consumación es más bien aparente, pues en el marco del Derecho tan se consuma el delito tentado como el previsto en la norma principal; se trata de dos momentos diferenciados, y de dos situaciones que el Derecho penal capta para los efectos de la represión.

Sintetizando podemos decir que: a) La existencia jurídica del delito tentado viene de su particular previsión genérica en la ley, y del tipo principal; b) Tiene su propia materialidad, puesto que objetivamente es diverso el resultado —material o simplemente jurídico— del tipo principal, de la objetividad de la tentativa que consiste en la puesta en peligro de aquél bien garantizado por el referido tipo; c) La tentativa es perfecta, y ahí inculminable, cuando satisface los elementos subjetivos y objetivos —a veces normativos— requeridos por su norma general y por la norma que tutela el bien agredido.

CAPITULO TERCERO

FUNDAMENTACION DE LA TENTATIVA

¿Por qué se pune la tentativa? ¿Cuál es la finalidad perseguida al preverse en la norma jurídica?

A estas preguntas la historia ha dado respuestas contradictorias y la doctrina aún permanece sin concordar. Baste recordar que el Derecho de Roma ni la consideró en todas sus épocas, y cuando acudió a la coerción estatal, no lo fué en relación con todos los delitos, sino viviendo precariamente adosada a los delitos considerados como más graves.

a) Un nutrido grupo de eminentes penalistas sigue el criterio trazado antaño por el insigne Carrara y fundamenta la punibilidad de la tentativa

Sintetizando podemos decir que: a) La existencia jurídica del delito tentado viene de su particular previsión genérica en la ley, y del tipo principal; b) Tiene su propia materialidad, puesto que objetivamente es diverso el resultado —material o simplemente jurídico— del tipo principal, de la objetividad de la tentativa que consiste en la puesta en peligro de aquél bien garantizado por el referido tipo; c) La tentativa es perfecta, y ahí inculminable, cuando satisface los elementos subjetivos y objetivos —a veces normativos— requeridos por su norma general y por la norma que tutela el bien agredido.

CAPITULO TERCERO

FUNDAMENTACION DE LA TENTATIVA

¿Por qué se pune la tentativa? ¿Cuál es la finalidad perseguida al preverse en la norma jurídica?

A estas preguntas la historia ha dado respuestas contradictorias y la doctrina aún permanece sin concordar. Baste recordar que el Derecho de Roma ni la consideró en todas sus épocas, y cuando acudió a la coerción estatal, no lo fué en relación con todos los delitos, sino viviendo precariamente adosada a los delitos considerados como más graves.

a) Un nutrido grupo de eminentes penalistas sigue el criterio trazado antaño por el insigne Carrara y fundamenta la punibilidad de la tentativa

en el peligro corrido que es el peligro de la consumación.

El maestro de Pisa⁶ interroga: "¿Puede la ley penal ocuparse de las tentativas? Donde está la razón política de imputarlas a su autor"; y después de expresar que el motivo de la incriminación reside en el daño material que produce, no presentándose éste en la tentativa, aparecería inoportuno hablar de imputación, pero argumenta diciendo que faltando el daño inmediato, éste es substituído por el "riesgo corrido: éste hace las veces del daño y la acción constituye delito, aunque falta fuerza física objetiva y también aunque resulta incompleta su fuerza física subjetiva". Hay pues un exceso de intención, pues materialmente en la tentativa lo

6 Carrara, *Teoría de la Tentativa y la complicidad*. Traduc. de T. Girón, Madrid, 1890, p. 66. Bettiol sigue el mismo criterio al afirmar en *op. cit.*, p. 198: "Si... el peligro es también una lesión potencial, no se ve por qué el legislador no deba tomar en consideración esta situación para construir la noción del delito, para admitir esencialmente que puede haber delito también en la hipótesis en la cual un bien jurídico sea puesto sólo en peligro por la acción del sujeto. Sobre esta comprobación se basa el artículo 56 que pune la tentativa en cuanto acción peligrosa."

producido es menos que lo querido, mientras que en el delito preterintencional el resultado excede la representación fáctica a la que recayó un querer. Ya Carnelutti⁷ subraya que la tentativa "representa un caso de discrepancia entre la forma del delito y la voluntad delictuosa, en cuanto que esto que se ha realizado es menos de lo que el sujeto quería realizar"; pudiéndose agregar que la tentativa es un delito preterintencional al revés.

Es un concepto fincado en apreciaciones sociológicas y políticas, pues el maestro agrega: "... el ánimo de los ciudadanos se conmueve en vista de una voluntad injusta que dió comienzo a actos encaminados a conseguir aquel mal propósito e idóneos para realizarlos... La tentativa, que pone en peligro la seguridad, produce un daño político, al cual se pone remedio político con el castigo de aquel a cuyos malos propósitos sólo faltó el favor de la fortuna", insistiendo en que la base material yace en el peligro efectivo, real, corrido, no en el peligro ideal, futuro, imaginario. Estimamos que la postura

7 Carnelutti, *Teoría General del reato*. Padova, 1933, p. 190.

de Vannini⁸ concuerda fundamentalmente con el criterio acotado, pues el peligro de la consumación, que preside para el claro autor la motivación de la creación de la punibilidad del delito tentado, representa el peligro real, efectivo, corrido, de lesión al bien protegido en la norma principal. Si prescindieramos del peligro de la consumación, el delito tentado sería una figura nebulosa, capricho del legislador, pues sin referencia al objeto de la tutela penal esa acción justiciable, no podría en puridad hablarse de un peligro, de una acción peligrosa.

Se afilian a esta concepción llamada realística Hippel y Mezger, en Alemania.⁹ El primero afirma que habrá que examinar en el caso singular la objetiva peligrosidad del hecho, y que, "para evitar la consumación el legislador interviene y pune la

8 Vannini, *Il problema...* p. 5. "La tentativa no es un delito de peligro si bien su esencia constitutiva es un hecho de puesta en peligro de un bien penalmente protegido." Impallomeni, *Istituzioni*, I, p. 346, escribe: "Se ha puesto realmente en peligro el derecho contra el cual la acción había estado dirigida."

9 Hippel, *Manuale di Diritto Penale*, Napoli, 1936. Traduc. Vozz., p. 240; Mezger, *Tratado de D. Penal*, Madrid, 1935, II, pp. 212, 220.

tentativa". El segundo declara: "... habrá siempre que afirmar la existencia de una acción que pone en peligro el bien jurídico, por tanto, de una acción punible de tentativa", y combatiendo el criterio de v. Buri sobre la causalidad, adoptado por el Reichsgericht en uno de sus fallos, resume: "Y con ello muestra la posibilidad y la necesidad práctica del concepto objetivo del peligro que sin razón se niega por la sentencia... La causa de extensión de la pena del párrafo 43 —tentativa— del Código, representa, con arreglo a sus fundamentos legislativos, una extensión de la pena de la realización típica total, al simple peligro de una tal realización, de la lesión del bien jurídico a su puesta en peligro."

Sin embargo, una crítica a nuestro entender de mero carácter verbalista, y que desplaza el tema a diferente ámbito, ha sido formulada por Manzini y acogida por Pannain.

b) Aquel ilustre tratadista italiano,¹⁰ con su natural agresividad, al tratar de "la justificación de

10 Manzini, *Trattato*, Torino, 1933, II, p. 364, en que explica: "Aquellos que parten del impropio y unilateral principio del daño inmediato y del daño mediato derivado del

la punibilidad de la tentativa", y después de acotar el pensamiento de v. Buri, "que ha contribuido mucho a hacer abstrusa y complicada la teoría de la tentativa", según su expresión, pues la causalidad va no como pretende el autor tudesco del principio de ejecución al delito querido, sino del acto de voluntad al principio de ejecución, arremete contra la tesis dominante reseñada, diciendo que el criterio es unilateral, vago y obscuro; que el inminente peligro actual de violación del derecho protegido

delito, justifican la punibilidad de la tentativa con el vago y obscuro criterio del peligro corrido, el cual para ellos designa aquella contingencia de hecho en la cual el proyecto y la obra de un delincuente ha puesto en inminente peligro de actual violación el derecho que por la ley es protegido. Y verdaderamente en el Derecho penal, el hecho individual se encuentra en relación directa no ya con el derecho o con el interés particular protegido por la ley. Por eso, el concepto de tentativa, lo mismo que el de delito consumado, no debe ser puesto en relación con el daño eventual o real, público o privado, sino con la esencia de la norma penal contra la cual la actividad individual se ha dirigido. Y entonces cualquiera comprende que en la tentativa no se tiene un mero peligro de violación, sino una violación propia del precepto contenido en la norma", proporcionando en seguida ejemplos. Para la exposición completa de la Tesis de Vannini, consultar su obra *Lineamenti di Diritto Penale*, Firenze, 1932. p. 179.

por la norma principal, en que se trata de fundar el motivo de incriminación, carece de sustentación jurídica, puesto que el concepto de la tentativa, al igual que el de la consumación vive en relación con la esencia de la norma penal; que la tentativa no es peligro de violación a la norma, sino verdadera, auténtica, violación a esa norma. En todo caso, afirma, el peligro de la consumación es prelegislativo.

Sin duda que contienen gran parte de verdad los asertos de Manzini, pues la razón de punibilidad de la tentativa es anterior al mandato legislativo; el peligro de la consumación preside el fin de la norma, mas igualmente sin ese estado objetivo de peligro, insistimos, cómo podríase justificar la inclusión de esa actividad en el marco de los hechos punibles. Ahora bien: de la misma manera, quien consuma la tentativa ha violado las dos normas aludidas; no es peligro de violación al Derecho, sino efectiva transgresión de lo prohibido por los preceptos penales, y tan se lesiona el derecho con la consumación como con la tentativa, pero incuestionablemente que la objetividad muestra de modo irrefragable el distingo, pues mientras la consumación ha

satisfecho todos los requisitos del tipo, la tentativa es una disconformidad por razón del efecto querido, que falta.

Sin embargo, la pregunta no es dubitativa, sobre si el que consuma tentativa pone en peligro la norma penal o viola efectivamente ese precepto, pues admitido lo último, se indaga qué motiva la incriminación en el delito tentado. Es más, al destacarse el hecho de que la tentativa es un grado menor del delito se encuentra la referencia a la total violación, y, por ello, es una referencia al peligro de la consumación. Si bien es cierto que frecuentemente la figura accesoria no tiene, al venir como tipo específico, el asidero del peligro corrido, y que muchas figuras tienen vida meramente contingente, circunstancial, artificial, de política protectora de un régimen o una irracional idea, y consecuentemente su tentativa participa de tal carácter aleatorio e ilógico, también lo es que ahí el Derecho impera por la fuerza del Estado y no por una necesidad social. No se trataría de acciones nocivas a la sociedad, como fué captado visionariamente por la Asamblea francesa —artículo 5—, y se perdería

lastimosamente el tiempo en una indagación sobre la *ratio essendi* de la incriminación, aplicando los principios filosófico-jurídicos del liberalismo. Estaremos frente a un hecho, sin respuestas satisfactorias a las exigencias éticas y racionales del hombre pensante, o cuya justificación es propia, exclusiva de un partido, de una clase, de un régimen; que no pretende por ello ser comprendida por los demás, y acentúa su carácter impositivo precisamente al oponerse abiertamente a las convicciones ajenas. Querer un tratamiento jurídico, *tradicional*, de tales casos patológicos del Derecho, es perder de vista la colocación formal y filosófica del problema. Los reproches mutuos serían interminables. Así, el llamado delito de disolución social —artículo 145 del C. Penal Federal—, inspirado sin duda en sanas ideas patrióticas, es de tan anfibológicos contornos, que un Derecho judicial servil sería capaz de convertir en mortal arma contra cualquiera expresión de libertad. Afortunadamente nunca se ha aplicado.

c) Koehler, citado por Pannain, justifica la punibilidad de la tentativa en la alarma social. La pretensión es desorbitada, por cuanto que si la norma

contuviese ese asidero exclusivamente, se llegaría a la punición de cualquier actividad proyectada a un delito, aunque faltara el estado objetivo de peligro, y entonces penetraríamos a los territorios de la causa equivalente, del positivismo penal o del régimen soviético o nacional socialista. La esencia de la tentativa, bajo tal punto de vista, residiría en una apreciación puramente subjetiva del juzgador; el hecho justificable se haría consistir en aquella actividad que normativamente estimada por el juez, hubiera producido intranquilidad en el grupo social. De ahí que la resolución manifestada, el acto preparatorio, la carencia absoluta de objeto y la inidoneidad absoluta de los medios podrían ser contemplados como acciones conformadoras del delito tentado. Un tipo normativo, atado imprecisamente a la conducta humana por obra del que juzga, es una herejía jurídica bajo el signo del liberalismo. Por otra parte, perdería cualquier interés la búsqueda de la diferenciación entre lo punible y lo lícito, en el campo científico, pues todo querer malo que alarmara a la sociedad sería tentativa; y como la apreciación está otorgada a la potestad del juez, se

transporta la imputación al mar insondable del buen o del mal juez.

Una salvedad debe hacerse. La alarma social, la "impresión", a que aludiremos líneas adelante, es uno más de los motivos de la incriminación de ciertas actividades que entran en la figura accesoria, pero ciertamente ella no da por sí la tónica, no es la base única para la estimativa del hecho.

d) Se quiere fundar la punibilidad de la tentativa en el peligro posible, ya sea en referencia a la víctima designada, ya a las cualidades del agente.

Se objeta diciendo que en cuanto a la víctima designada ésta no siempre existe, que no debe olvidarse que ciertos tipos no protegen bienes individuales sino intereses sociales. Y en lo atinente a las cualidades personales del agente, confrontadas con la intención, proporcionan un manco criterio y conducen el tema al positivismo penal. No interesaría ya el peligro de la consumación, sino la intención del peligroso; es decir, llegaríamos a la concepción sintomática del delito, que "se ha injertado con escasa fortuna" en el Derecho penal.

El peligro posible de la peligrosidad, sintetiza Antolisei¹¹ "es la conclusión de un silogismo, la premisa mayor está constituida por los postulados de la ciencia criminal y la premisa menor del resultado del examen del delincuente", mientras que es notorio que en la tentativa del Derecho penal el juicio tiene premisas y conclusión diversas: es el juicio de la probabilidad del resultado, detraído de los hechos y de las leyes de la naturaleza. En otros términos: De la acción desplegada, mirada en relación con las leyes de la naturaleza, se obtiene la conclusión sobre la existencia o inexistencia de un estado real de peligro probable. El anterior juicio es ajeno a la consideración del peligro objetivo.

e) Afiliándonos a la llamada concepción "realística", en el Derecho penal se pune la tentativa por el peligro real, efectivo, material, objetivo, en que es colocado un bien protegido por la norma principal. Mas el peligro es una estimativa de contornos menos nítidos que la consumación, pues en tanto que en ésta el segundo término —materiali-

¹¹ Antolisei, *L'Azione e l'evento in el reato*. Milano, 1928, pp. 121, 123, 124.

dad natural o jurídica— da firme asidero, ya que se juzga del acto de voluntad, de la relación causal y del efecto; en la primera careciendo de efectos la actividad, sólo entran en consideración el querer, la acción que le obedece y la relación causal.

Debe por lo anterior señalarse qué naturaleza del peligro es menester para la tentativa, si el probable, o si basta el peligro posible.

Antolisei recuerda que la ley de causalidad natural preside el saber científico, que ella importa una relación constante y de sucesión, entre los fenómenos; que a cada fenómeno está precedido de uno o varios fenómenos, sin los cuales aquél no se presentaría; que por lo mismo para decidir sobre el estado objetivo de peligro es preciso reportar la acción desplegada por el sujeto a la ley de la causalidad, auxiliado el juicio por los datos aportados por las ciencias particulares que hayan estudiado el fenómeno cuestionado; y, sin embargo, un juicio definitivo sobre la causa no es dable, ya que muchas condiciones escapan a la percepción y muchas leyes naturales aún permanecen desconocidas, mas sí sobre la probabilidad, que arranca del conocimiento no-

mológico como premisa mayor, la menor del caso concreto, que es el conocimiento ontológico para arribar a la conclusión sobre "el estado de hecho que lleva consigo la probabilidad de un advenimiento dañoso". Además, el distingo matemático entre probable y posible no existe, pero tampoco es dado entre dolo y culpa, entre actos preparatorios y actos ejecutivos, y sin embargo ello no muestra la bancarrota del concepto, pues habría que renunciar, de aceptarse la incerteza, a todas las conclusiones que cotidianamente las ciencias obtienen manejándolo.

No interesa aquí la formulación última de la causalidad. Dejamos a un lado la investigación de si es categoría del espíritu, si se detrae de la experiencia, pues lo relevante es que tiene una presencia innegable en el espíritu humano. Esta ley llamada de la incondicionalidad de sucesión por S. Mill,¹²

12 S. Mill, *Resumen del sistema de lógica*, México, 1897, pp. 102, 103, dice: "De todas las verdades que se refieren a los fenómenos, las más importantes son las de sucesión, que hacen que podamos prever lo futuro... La ley de causación no es más que la ley de la incondicionalidad de sucesión, entre dos hechos independientemente del modo último de producción de los fenómenos; el incondicional antecedente es la causa, el incondicional consiguiente el efecto." Antolisei, *op. loc. cit.*

es la base de la teoría inductiva, pero no resuelve por sí, como ingenuamente algunos piensan, todos los problemas que en forma secante se agregan a la ciencia del Derecho, pues las concausas previstas o imprevistas, las imprevisibles y las previsibles, reciben un trato especial en las normas jurídicas, muy distante del que merecen en las ciencias naturales. Por otra parte, la no aprehensión, por el espíritu humano, de todas las realidades y las limitaciones que las ciencias particulares imponen, evita la formulación definitiva e irrefutable, como asevera Antolisei, de lo que es causa; quien trate de encontrar en el marco del Derecho, y con referencia singular al peligro en el delito tentado, las nociones de causa única, o causa más importante; probabilidad y posibilidad, está de antemano condenado al fracaso, al pretender rebasar las conclusiones de las ciencias, en lo primero, y aplicar un método matemático en lo segundo. La posibilidad es la no repugnancia del juicio con la realidad; la viabilidad aconsejada por otros hechos de los que se han obtenido leyes. Lo imposible es lo que está en la cara opuesta de esos hechos anteriores, de esas leyes de

la causalidad; pero la probabilidad es sólo un grado más camino de la certidumbre, en que se inclina en favor de la facticidad la previsión conceptual, siguiendo el cálculo de las probabilidades.

Ahora bien: No podemos hablar de peligro objetivo sin referirlo a la acción desenvuelta y las leyes de las ciencias. Al juez no le interesa el concepto filosófico de causa, ni la determinación de la "causa" naturalísticamente hablando, sino de la causa jurídica, que es algo más que aquélla. El régimen legal determina concretamente qué causas son las importantes, y entonces se comprende cómo una discriminación de las concausas preexistentes, concomitantes o sobrevenidas, que las ciencias podrían verificar, es inútil para el jurista. El trato especial que la ley ofrece en lo referente a la culpabilidad, restringe o amplía el concepto naturalístico de la causa. Singularmente interesa que si se quiere asignar al juzgador la determinación de la causa, por sí, ello es indebido, por cuanto es obra confiada a los hombres de ciencia, incluyendo los filósofos, pues la impreparación en tal sentido, del juzgador, le impediría la mayoría de las veces emi-

tir su juicio. La acción causal del estado de peligro debe ser apreciada con las limitaciones enunciadas.

El peligro de la tentativa es el peligro probable,¹³ lo que verosímilmente puede ocurrir, no su simple posibilidad.

El peligro temido no es una simple creación de la mente, sino que captable por medio de los sentidos por su realidad material, debe ser apreciada normativamente por el juzgador.¹⁴

13 Ruiz-Funes, *La peligrosidad y sus experiencias legales*, Habana, 1948, expresa: "Lo probable es lo posible próximo. Cuantitativamente lo posible es menos que lo probable... Lo posible implica una aptitud, una potencia... Lo probable es lo verosímil; lo que es lógico que suceda, aunque no llegue a ocurrir", y recordando las palabras de Benedetti, se adscribe a la noción de que "lo posible es un juicio abstracto...; y la probabilidad, un juicio sobre las circunstancias concretas de una persona o de ciertos actos", pp. 12 y 13.

14 Carnelutti, *Il danno e il reato*, p. 17, sostiene que "naturalísticamente hablando el daño no existe", que en el mundo físico se dan fenómenos, y si se estima que lesionan intereses particulares o sociales, débese al sistema jurídico. Entonces el daño importante es el "daño jurídico", pues naturalísticamente la calificación no puede advenir. La exactitud es irrefutable: pensemos en los llamados delitos formales que suministran la más elocuente prueba de la valoración, y en los delitos de omisión simple. Sobre el concepto puramente normativo de la causa —peligro, daño—, que en el texto se acepta,

f) De lo anterior habremos de concluir que el peligro de la consumación tiene naturaleza normativa como el daño cuando son satisfechos los requisitos del tipo; que la tentativa no es una "simple expectativa del todo subjetiva", como afirman los sostenedores de la tesis contraria, pues el peligro temido, en ella, es captable por medio de los sentidos; es apreciación subjetiva en cuanto que sólo la mente humana, válida de las ciencias y de la lógica, puede pronunciar el juicio de probabilidad. El peligro no existe fuera de la ley, como tampoco el daño es ajeno a la consideración jurídica, pero

véase Grispigni, *Diritto Penale*, II, p. 119, pues apunta: "Precisa, por tanto, recurrir a un concepto de causa diverso del científico (concepto normativo de la causa) el cual, aunque diverso, pueda venir promovido legítimamente como equivalente, al menos desde cierto punto de vista, de aquel científico. Para determinar cuál sea el concepto de causa, desde el punto de vista normativo... debe referirse a la naturaleza y a la función de la norma, y a todas las normas indistintamente... y al momento en el cual es dada la norma, o bien a aquel en el cual la norma debe actuar sobre la psique del destinatario para inducirlo a hacer o a no hacer —momento de la amenaza—", porque sólo en tal momento, para el autor, se puede saber qué significado da la norma al concepto de causa. Se pronuncia en el mismo sentido Mezger, *op. cit.*, I, p. 248.

siempre la acción desplegada en cuanto produce un cambio en el mundo exterior —incluida la comisión por omisión que en puridad es acción— es el asidero objetivo de la tentativa, siendo cuestión de Derecho el acertar sobre su encuadramiento legal.



CAPITULO CUARTO

ILICITUD Y TENTATIVA

Ahora el tema ha de ser reconducido al sitio determinado por Manzini, pues ya no se discute por qué se pune la tentativa, sino que aceptada la imprescindible necesidad de su inclusión jurídica, y establecido el principio negativo *cogitationis poenam nemo patitur*, queda por saber cuándo puede decirse iniciada la actuación capaz de constituir el delito tentado.

La indagación científica surge en Italia y Alemania en la primera mitad del siglo pasado, como producto perteneciente en forma íntegra a la dogmática y a la teoría general del delito, mas después intervienen preocupaciones de "escuela" que nublan y entorpecen la definición conceptual de lo

que es propio del principio de ilicitud penal y de lo que está en el ámbito de lo lícito penal, aunque pueda entrar a los territorios del injusto religioso, ético-social o jurídico pero encuadrado en otras ramas del Derecho. Recuérdase que para la Iglesia *pensiere, parole, opere* son ya violación del deber, y que la fórmula de Saturnino: *aut facta, aut dicta, aut scripta, aut concilia, maleficia puniuntur*, si bien agotadoramente explica la conducta humana, es preciso darle contenido, llenarla, referirla a los tipos, y señalar sus límites.

Las normas legales que definen el delito tentado —tentativa inacabada y tentativa acabada— tampoco proporcionan en mérito de su redacción un anclaje seguro, pues aun aquellas que aluden al principio de ejecución para expresar la acción que da vida al ilícito penal mínimo, han podido obtener *consensus* uniforme en la doctrina o en la jurisprudencia. Ello acontece con los Códigos Penales napoleónico, alemán y Zanardelli, que revisados por los más eminentes juristas en sus obras, y aplicados por los Tribunales de Casación —Italia, Francia— o

por el Tribunal Supremo —Alemania— reciben distinto trato.

No es ocioso aludir al Proyecto Rocco, en que la Exposición de Motivos, según el criterio del ilustre Guardasellos, pone de manifiesto el hecho de que la norma jurídica que prevé la tentativa, borra cualquier duda sobre el principio de ilicitud penal, mientras los más reputados juristas italianos sostienen que los términos del precepto legal y el sistema traicionaron el pensamiento de Rocco: la ley fué menos sabia que el legislador.

Se plantea el límite de la licitud muriendo en el principio de la tentativa. El máximo de actividad permitida para el Derecho penal, es la que no capta el delito tentado. El mínimo del ilícito represivo que recoge la norma es el principio de la tentativa; ella tira la línea divisoria entre lo permitido y lo prohibido, como *minus*. De ahí la singular importancia teórica y práctica de fijar dónde comienza la figura accesoria, si bien es notorio su punto de llegada, sea bajo la modalidad de la frustración, sea por la consumación del tipo proyectado.

Sin embargo, decir dónde se inicia la tentativa, es dejar establecido su aspecto negativo. En efecto: alejada la *nuda cogitatio* del esquema conceptual y casi siempre jurídico, algo más que el pensamiento criminoso llegado a decisión firme y concreta, tendrá que ser lo justiciable. De ahí que los delitos que admiten una serie de acciones, la fragmentación de la actividad que produce cambios en el mundo exterior, en obediencia a la decisión criminal, son los únicos en que puede darse la figura tentada; pero dónde la resolución manifestada es tentativa y dónde es irrelevante para su enjuiciamiento, es problema atinente a la teoría general del delito y a la dogmática jurídica. Aquí la interpretación exegética de la ley es insuficiente para el logro del propósito, y máxime si se toma en consideración que muchas leyes al prever la tentativa emplean tan ambiguos términos, que convierten la figura accesoria en algo irreconocible para la ciencia del Derecho. La jurisprudencia acude a llenar el hueco dejado por la norma, y asumiendo el papel de legislador, suplanta la voluntad de la ley, imponiendo su propia voluntad. El que para ello aduzca un in-

comprobado pensamiento del legislador, tan grato a los exégetas, y que en todo caso sería inconducente para los fines que se propone el intérprete, en nada afecta la realidad del hecho. Ello ha ocurrido en nuestro país desde la vigencia del Código Penal de 1871 del Distrito y Territorios Federales, en materia común y para toda la República en materia federal, y en varias leyes —Ley Aduanal, artículo 358—, tanto en su primitiva redacción como en su infortunada reforma, pues sanciona el acto preparatorio, dejando sin punición los actos ejecutivos y la frustración, incluyéndose la mayoría de los Códigos Penales de los Estados, y a nuestro criterio, compartiendo los argumentos de Manzini y Maggiore, también en Italia, desde la promulgación del Código Rocco.

Junto a la resolución manifestada, se encuentran la instigación, el mandato, la adquisición de los medios, la búsqueda de las personas que concurrirán al hecho delictuoso, y toda una gama incoercible de actos que hacen posible la realización de la voluntad decisa, consumando el tipo o penetrando

parcialmente en el mismo. Por ello la doctrina habla de actos preparatorios, de actos ejecutivos, de frustración, de acciones inidóneas de modo relativo o absoluto, de delito imposible por falta absoluta de objeto —material o *jurídico*—, y de falta accidental del objeto en que debería recaer la acción delictuosa. Y todo este análisis perteneciente a la teoría general del delito, que puede eventualmente corresponder o estar en un pugna con determinado sistema legal, y por ello ser apropiado a un estudio de dogmática o resultar contrariado por éste, revela las lagunas de la ley —entendidas no en el sentido acogido por la Escuela de la exégesis, sino en su verdadera naturaleza—, sus imperfecciones, sus injusticias, sus absurdos, su criterio unilateral o su cabal comprensión. Códigos hay, como el franquista, con odioso espíritu inquisitorial, que consideran ya el acuerdo criminal y en general todos los actos preparatorios como punibles; y a pesar de ello, el acto prelegislativo debió distinguir preparación de ejecución, y la jurisprudencia habrá de llegar al mismo distingo. La Unión Soviética sigue el mismo sendero, acudiendo a la analogía *iuris*.

Las leyes mexicanas, a pesar de sus evidentes torpezas, jamás han aceptado *in genere* la punición del acto preparatorio, y las excepciones consignadas no obedecen al signo político que inspiran aquellos Ordenamientos jurídicos. La ley ha sido, con frecuencia, menos sabia que el legislador, como en los Códigos mexicanos de 71, de 29 y de 31, pero siempre legislador y jurisprudencia han sido animados por un noble aliento libertario. Debe ser valorada en toda su amplia significación tal actitud, y así, los reproches que se dirigen al texto legal cobran su justa proporción. Esto alcanza aún a los autores mexicanos, que en un confusionismo hijo de la escuela positivista, subvierten los términos, los conceptos, los fines y por lo mismo los efectos, al interpretar los preceptos legales con un criterio que atinadamente califica Soler de "peligrosista", pues menospreciando la filosofía política que impregna nuestra Constitución, y la directiva teleológica, aprecian punible lo que el Código represivo jamás considera merecedor de la coerción del Estado, e impune lo que ciertamente la voluntad de la ley tipificó adosándole una sanción. Esto es, la inter-

pretación se extrema en el sentido de incriminar lo no criminoso o de estimar no punible lo delictuoso. Autores tan reputados como Mezger y Ferri no han podido substraerse a esa tendencia. La causa suprallegal, la peligrosidad, respectivamente, determinan estas antijurídicas posturas.¹⁵

a) Se dice que los actos preparatorios no deben punirse y que el legislador no los comprende al definir la tentativa. Que cuando es su voluntad hacerlo, incorpora en el Ordenamiento Punitivo tipos especiales que describen la conducta y la sancionan. La interpretación sistemática, se piensa, revela tal voluntad yacente en el conjunto de las normas penales, pues si los actos preparatorios quedarán incluidos en la norma genérica, habría duplicidad de la norma, y no es racional hablar de esa repetición legislativa. Porque la ley no comprende en la fórmula general que prevé el delito tentado los actos preparatorios, el legislador interviene y

¹⁵ Soler, *D. Penal*, Argentino, I, 352; Asúa, *La Ley y el Delito*, p. 346; Grispigni, *Diritto*, I, p. 411; Soler, in n. *Esquema* de Beling, p. 204; Ferri, *op. cit.*, p. 180.

los pune como delitos en cada caso concreto cuando lo estima oportuno.¹⁶

Independientemente de que casi siempre el legislador, en la mayoría de los Códigos Penales, contempla en norma especial el delito tentado en sus dos formas *clásicas*, y por separado, como tipos autónomos, incrimina la resolución manifestada, el acuerdo criminal, la instigación, en relación con otros tipos, a los que concede gran importancia en mérito del fin de la norma, y que el legislador mexicano ha procedido de la misma guisa, como adelante será subrayado, conviene acotar los criterios que la doctrina ha señalado como diferenciadores de los actos preparatorios y de los ejecutivos; de lo que es propio de sanción penal y de lo que permanece como no punible. La necesidad de tal estudio no precisa ser encarecida, pues el llamado sistema "racional" de interpretación ha mucho perdió en la dogmática prestigio¹⁷ y no es además éste el sitio adecuado para su confutación.

¹⁶ Vannini, *Il problema...* pp. 16, 17. Battaglini, *Diritto*, p. 250.

¹⁷ Principalmente Geny, *Méthode d'Interprétation et sources en Droit privé Positif*, París, segunda, 1919, I, pp. 34

Acto preparatorio y acto ejecutivo aparecen como problema inaplazable no solamente en el Derecho penal liberal. Ferri, contradictoriamente lo anota, y Vannini dedica uno de sus más bellos y documentados estudios al tema, al hablar del artículo 58 del entonces Proyecto de Código Penal italiano. El claro autor expresa: "La clásica distinción entre actividad ejecutiva y actividad preparatoria del delito, que la casi totalidad de la doctrina ha querido disminuir en importancia, confinándola en el limitado terreno de la teoría de la tentativa, se afirma, por el contrario, a nuestro criterio, como expresión práctica del fundamental postulado del concepto de ilicitud; como expresión de un principio que está aún y en primer lugar a la cabeza de las concretas normas jurídicas relativas a la punibilidad del conato, constituyendo, con otros prin-

a 36; Antolisei, *Problemi Penali Odierni*, Milano, 1940, pp. 19 a 22. No puede ser desenvuelto aquí el tema de la interpretación, ni siquiera intentarse su planteamiento, así fuera en líneas generales. Para una bibliografía consultar: Bobbio, *Scienza e tecnica del diritto*, Turín, 1934; Maggiore, *L'interpretazione delle leggi come atto creativo*, Palermo, 1914; Ihering, *Dogmática jurídica*, segunda, B. Aires, 1946.

cipios, la base racional, el esquema lógico el cual debe contener todo sistema positivo de represión penal."

"Si la defensa penal que era, como es, una defensa específica impregnada del concepto de ilicitud, dirigida al fin inmediato de la represión, actuando por medio de la sanción, pudiese conformarse al criterio de una escuela y en contraste con la exigencia ética de la conciencia humana, a un puro engranaje de medida preventiva; si el delito —hecho contrario a la norma— no atendiese a su valor y a su significado jurídico y a la culpable y voluntaria actuación de un comportamiento prohibido por la ley, sino a la aptitud de delinquir revelada por el culpable; si la pena debiese infligirse —como realización de la norma— no porque se ha querido y cumplido lo que la norma imponía no cumplir y en relación a la entidad de la violación (*punitur quia peccatum*), sino al solo fin de prevenir futuras violaciones (*punitur ne peccetur*), una separación conceptual de la actividad preparatoria del delito y la actividad ejecutiva, carecería de sentido: el acto preparatorio aun no

siendo todavía el *hecho prohibido por la norma*, bien podría constituir un acto revelador de una individualidad temible, de una aptitud para delinquir, y, como tal, legitimar la adopción de medidas defensivas del agregado social.

"Una separación conceptual de la actividad ejecutiva y de la actividad preparatoria, nos la impone la lógica en mérito de la consideración de un derecho penal (me refiero a la voluntad capaz de sujeción por parte de la voluntad soberana del Estado, manifestada a través del modelo preciso de conducta antijurídica) cuando se trata, y no por mero juego dialéctico, sino en respuesta a las más evidentes exigencias jurídicas, de buscar la noción exacta de delito y de pena, negación el primero de la voluntad estatal por obra de otra voluntad; reafirmación la segunda (necesaria, inevitable), de la absoluta, incondicionada imperatividad de la norma."

"La concesión que haga cualquier sistema jurídico-penal, más o menos perfecto y que responda más o menos a los fines de la defensa social, así sea el programa de la dirección sintomática, sea

cual fuere el contenido de las normas que lo substancien, debe integrarse sobre la trama que lleva a la cabeza los principios racionales, absolutos, fuera de los cuales terminaríamos por descomponerlo en una serie de absurdos jurídicos: debe ser un sistema racional, sin ser un sistema de normas de Derecho racional. Uno de estos principios absolutos, informadores del sistema, es desde luego el de la ejecutividad de la acción. Como no constituye delito el hecho no incriminado por la ley, porque en ausencia de la norma no es concebible una acción (así sea reveladora de peligrosidad individual) que se le pueda oponer; como el hecho previsto como delito no llega a delito, donde no sea reconducible a aquella voluntad capaz y culpable a la que la norma se dirige; así no hay delito aunque delito haya sido el que fué objeto de nuestro pensamiento cuando en la actividad por él desplegada no actúa la volición contrastante con el contenido volitivo de la norma." Y el ilustre autor destaca en esta forma prístina, evidente, la necesidad teórico-práctica de llegar al distingo entre acto preparatorio y acto ejecutivo, pues aún, como él señala, en las normas

jurídicas que obedecen a la escuela positiva, nosotros, agregaríamos, en el Estado Soviético, no hay acción justiciable sin norma penal que así previamente lo haya establecido. La analogía *legis* fíncase en el mismo sistema, pues el libre arbitrio de incriminación y de punición se levanta sobre la norma de derecho que la autoriza, y requiere una evaluación lógico-axiológica para acudir a la declaración de que la conducta es contraria al Derecho y merecedora de la coerción estatal. Si pensásemos que es labor estéril la propuesta, llegaríamos a concluir que preparación y ejecución no importan, que el orden jurídico está a merced de un normativismo caprichoso y acientífico, y que al Derecho penal no le interesan el delito y la pena, por dejar abierto el camino a un Derecho judicial bárbaro. Estimamos que tal cosa aparece en relieve al contacto de la analogía *iuris* o *legis*, pues si a la mirada superficial le es dada una situación que parece igualar acción típica con acción atípica pero punible por obra de la declaración judicial, resulta notorio que no toda acción legalmente atípica es delictiva, sino sólo aquella que se conforma

valorativamente a otra prevista en el sistema jurídico. Ciertamente, por este sendero abierto paralelamente al trazado por el Derecho Civil tradicional y que pervive, el Derecho judicial tiene más amplios confines que en el sistema del liberalismo, pero es irrefragable la afirmación de que ese Derecho judicial debe seguir las mismas directivas lógicas de éste, aunque varían las apreciaciones axiológicas. Del mismo modo, sólo que se castigase, incluyendo la medida aseguradora, usando la expresión por comodidad, la peligrosidad, ajena a cualquier vinculación típica —lo cual es un absurdo que a nadie se le ha ocurrido—, sería dable el prescindir del distingo entre tipicidad y atipicidad, entre acto preparatorio y acto ejecutivo.¹⁸

b) Sin embargo, alguna ley vanamente pretende suprimir la distinción. Así, en la Relación al Rey

¹⁸ Vannini, *Recostruzione sintetica de la dottrina del reato*, Siena, 1928, n. 8, pp. 21, 22; *Actividad ejecutiva y actividad preparatoria*. "Riv. it. di dir. it." Padova, 1929, vii. El Código Rocco respetó las garantías de incriminación y punición; la analogía para ellas, en cambio, aparece en el artículo 16 del C. Penal Soviético de 1926 y en la Ley de 28 de abril de 1935 del Reich.

del entonces Proyecto de Código Penal italiano, Rocco expone: "...se ha querido, desde luego, abolir la distinción, a menudo imposible de conseguir en la práctica, entre actos preparatorios y actos ejecutivos" —p. 39— y en la 100, agrega: "Innovaciones radicales han sido introducidas en la disciplina de la tentativa, suprimiendo la distinción entre actos preparatorios y actos ejecutivos..., era pues necesario prescindir de tal distinción y tomar en cuenta la idoneidad del acto..., y su valor sintomático, o sea la revelación de una voluntad dirigida a cometer un delito... Así, pues, idoneidad y carácter unívoco son atributos suficientes de los actos."

A pesar de las afirmaciones anotadas, para la doctísima Comisión redactora del Proyecto Preliminar del nuevo Código Penal italiano, en la Exposición de Motivos se asienta que: el Código vigente pretendió suprimir el distingo entre tentativa y frustración, al mismo tiempo que entre actos preparatorios y ejecutivos, pero ello no es sino "el fruto de un error", ya que en la vida existe la separación entre tentativa inacabada y tentativa

acabada, y que lo único viable en Derecho es igualar ambas conductas para los fines represivos; y, también, el acto preparatorio, si bien es difícil de encerrar en una fórmula, y acertar a su encuadramiento en muchas hipótesis que la realidad ofrece, se diferencia del ejecutivo. La ley puede, y lo hace frecuentemente, considerar como delitos autónomos ciertos actos preparatorios, y ello demuestra cómo para el legislador el acto preparatorio tiene su individualidad y permanece fuera de la incriminación genérica.¹⁹

19 *Progetto preliminare del Codice Penale. Lib. primo. Relazione e testo.* Roma, 1949, pp. 32 y 33, en que criticando el Código Penal vigente, y exponiendo que la norma relativa peca por extensión, atemperada por la jurisprudencia, dice: "La ley puede eliminar una diferencia de tratamiento jurídico, no así suprimir una distinción que existe en la realidad de los actos humanos; puede equipararse el delito tentado al frustrado para el fin de la pena; puede eventualmente incluir entre los actos punibles como tentativa también actos meramente preparatorios, mas no puede suprimir la diferencia que, aun cuando sea difícil de fijar en una fórmula concreta, sin embargo sigue subsistiendo entre preparación y ejecución... La distinción, entre actos preparatorios y actos ejecutivos vuelve a manifestarse en la exclusión, igualmente explícitamente declarada, de algunos actos preparatorios del catálogo de los

Las dificultades que ofrece el instituto no son pocas, pues Manzini y Maggiore²⁰ piensan, al igual que la Comisión a que nos hemos referido, que el precepto legal del Código italiano que hipotiza el delito tentado —artículo 58— incrimina, sin quererlo los legisladores, la Comisión redactora ni el Guardasellos, tanto los actos preparatorios como los ejecutivos. Pacheco, hace ya cerca de una centuria, elude cautelosamente el distingo, y presenta un cuadro de borrosas líneas.

actos punibles, como por ejemplo la preparación del veneno, también si se integra con la misma confesión.”

20 Manzini, *Istituzioni di Diritto Penale italiano secondo il Codice del 1930*, Vol. I, Pte. Gral. 8ª Padova, 1936, p. 155. Maggiore, *Principi di Diritto Penale*, I, pte. generale. 4ª Bologna, 1943, pp. 490 y 494, donde apuntan que los actos, preparatorios o ejecutivos, son punidos en la norma del C. vigente. Comparte el criterio Pannain, *Manuale di Diritto Penale*, Parte Generale. Roma, 1942. Vol. I, p. 406, pues afirma que la expresión “en manera no equívoca”, del precepto legal que acota, “está solamente delimitando el valor sintomático de los actos, como expresión de la dirección subjetiva, de la intención; por eso el destaque no es decisivo, pudiendo ser actos preparatorios intencionalmente dirigidos a cometer un delito”. En términos parecidos puede aducirse el pensamiento de Grisigni, *Diritto Penale*, II, p. 345 in n. Pacheco, *Estudios*, pp. 89 y 90, con formulación verbalista, imprecisa.

c) Criterios diferenciadores.

I. La bibliografía señala uniformemente a los prácticos italianos de la Edad Media como los primeros que alimentaron la preocupación por hallar la línea que separara los actos preparatorios de los ejecutivos, siendo los primeros alejados en el tiempo de la consumación, los remotos, distantes, que facilitan la empresa; y constituirían los segundos, aquellos próximos a la consumación, concluyendo con los de frustración.

Invariablemente hoy se opina que se trata de un círculo vicioso; que la noción empírica, de horario, no procura firme asidero, pues en ocasiones el acto preparatorio está lindando con la misma consumación, de manera que el “un en seguida temporal a nadie convence”, según el argumento de Beling.

II. El eminente Carrara,²¹ estudia los distintos momentos del delito: considera que el delito es

21 Carrara, *Programa*, I, pp. 241, 242, Teoría cit., pp. 98, 105. (Recuérdese que para el profesor pisano el dolo ad-

imperfecto cuando no alcanza su objetividad jurídica a causa del fortuito, si bien el actuar del

quiere cuatro grados —*op. cit.* Parte General, I, p. 74, 76 y 77—, en el de primer grado concurren frialdad del cálculo y perseverancia en el querer. Así se integra la calificativa de premeditación, y es reminiscencia de las enseñanzas de Carmignani, aceptado por Garraud, *op. cit.*, IV, pp. 572, 573; Chauveau y Helie, *Théorie du Code Pénal*, 4^a París, 1863, III, p. 461, y entre nosotros por el doctor González de la Vega, *D. Penal mexicano*, I, pp. 121, 122, en que aduce un ejemplo proporcionado por Chauveau y Helie, a fin de demostrar que sin calma de ánimo no media la calificante. Con ciertas restricciones, y dándole por otra parte una extensión desorbitada a la "perseverancia" en la resolución, Maggiore, *op. cit.*, II, p. 621. Para una confutación admirable, ver la brillante obra de Peco —*El uxoricidio por adulterio*, B. Aires, 1929— en donde expresa: "Ni la provocación excluye la premeditación, ni la premeditación excluye la pasión... la pasión más intensa permite comprender toda ilicitud del acto", de manera que el ánimo tranquilo y su perseverancia hacen dudar fundamentalmente del estado normal de la mente del culpado. Se adhiere a esta formulación E. Gómez, *Tratado*, II, pp. 51 y ss. El dolo de segundo grado sólo exige perseverancia del querer, sin la frialdad del ánimo, donde quedaría realmente comprendida la formulación de Maggiore, aunque él pretende como elemento de la calificante la preordenación de los medios. En el tercero la súbita resolución seguida de la acción —ánimo frío sin perseverancia, por ausencia del factor cronológico; y, en el cuarto grado "pasión ciega", en donde falta la calma de ánimo y la perseverancia.)

sujeto es conforme a su intención e idóneo para llegar al fin tenido *in mente*; que en la escuela italiana se castiga por tentativa la intención y el hecho que la concreta, es decir, el comienzo de ejecución. Por ello, a su entender, quedan sin reprimir "los deseos, los pensamientos, las deliberaciones, aun manifestadas por vía de amenazas o acuerdos o de instigaciones"; pero en realidad hace partir la construcción del principio de la univocidad, pues tales actos no revelan de modo cierto la intención de ejecutar, es decir, son equívocos, y aun en el supuesto de que lo fuesen, "no son en sí mismos principio de ejecución del delito pensado, deliberado, amenazado, instigado, o aun acordado", son verdaderos actos preparatorios. Entonces son las consideraciones que fundamentan la impunidad de tales actos: su equivocidad y la ausencia del principio de ejecución. Actos de tentativa se confunden con actos que comienzan la ejecución del delito; actos preparatorios son los que no demuestran de modo inequívoco la voluntad criminal y aquellos que no obstante la prueba que reciben sobre el querer deciso, carecen del principio de ejecu-

ción. La teoría de la univocidad es un desacierto rotundo; el principio de ejecución sobrevive, aunque con distintos nombres, en la dogmática más reciente.

A pesar de lo anterior, el maestro de Pisa invalida la principal de sus conclusiones, en holocausto a la univocidad.

En efecto: el principio de ejecución, en que se hace consistir el conato, el acto primero punible por tentativa, "comienza cuando los actos antijurídicos adquieren univocidad hacia el delito", sostiene el ilustre maestro, y repite el concepto líneas adelante: "cuando adquieren univocidad (esto es, están indudablemente dirigidos al delito) asumen el carácter de actos de ejecución". Es más, requiere la intención prueba de que es directa y perfecta, pues si del delito consumado el hecho hace derivar la presunción de dolo, por ser "más frecuente que el hombre ejecute lo que se propuso ejecutar", no ocurre lo mismo en la tentativa, a su entender, ya que faltando el hecho material, el resultado, el acto podrá ser causa probable de un efecto, pero no evidente prueba de la intención dirigida a ese efecto no realizado. Esto se evidencia, explica, al considerar que en oca-

siones la causa existe, pero la intención no va unida al resultado probable. Si la intención no es directa es imposible la tentativa, siendo un "contrasentido jurídico" imputar por tentativa culposa, aun justificado el peligro corrido; del mismo modo, no habiendo perfección de la voluntad no puede surgir el delito tentado, debiendo aceptarse la fórmula *dolus indeterminatus, determinatus ab exitu*, donde no arrastra la materialidad de la acción a la culpabilidad, y lo mismo es referible al dolo de cuarto grado, y por ello la riña.

En el dolo de cuarto grado faltaría la certeza de la determinación, y se trataría de saber, a juicio de Carrara, si basta la naturaleza de la acción para deducir de ella la intención. El opta por el éxito, ya que el medio puede conducir a un fin tanto como a otro, y ante lo súbito del actuar no puede argüirse una intención perfecta, sino dubitativa, indeterminada, alternativa; y sólo cuando de la normal, ordinaria potencia causal del medio se pueda inferir esa intención, habrá lugar a la imputación por el más al que faltó el resultado. Pero en los demás casos, suplir este indicio con cálculo, es "ciega

precipitación y aun diré audacia", exclama Carrara, para añadir que esa elaboración mental implica descubrir pensamientos que nunca cruzaron por la mente del infeliz, utilizando razonamientos que tienen todos los caracteres de malabarismos de la imaginación; y precisa: "la regla sostenida por algunos como precepto jurídico de derivar de la naturaleza del arma, de la clase de proyectil o de la dirección del golpe, la presunción de un propósito homicida, constituye verdadero abuso de doctrina", y, por ello, "si la condición material era incierta, igualmente debía serlo el daño".

Con proyecciones históricas determina que el juicio de valor sobre el peligro corrido debe ser ex-ante.

Separemos lo que aún sobrevive del magistral desarrollo de Carrara.

En primer término la tentativa representa lo que Mezger ha calificado de delitos de tendencia,²² y en que una conducta idéntica puede conducir en ocasiones al tipo y otras ser perfectamente jurídica

²² Mezger, *op. cit.*, I, 334, 335.

conforme al *sentido* que le imprima el sujeto a su acto.

La indeterminación del pensamiento malvado, en orden al delito en proyecto, no tiene los caracteres asignados por Carrara; en la riña puede darse el homicidio tentado; la súbita resolución no excluye el querer el resultado mayor, y, como anota Manzini, "Cuando... subsiste la duda, no sobre la voluntad de cometer un delito... sino sobre la intención de cometer este más bien que aquel delito o sobre la dirección de los actos hacia este o aquel efecto dañoso de un mismo delito, el juez aplicará el principio general de lógica jurídica, en virtud del cual, si se duda acerca del más y del menos, nada puede considerarse probado; pero si se duda del más, pero no del menos, sólo éste debe tenerse por probado: por consiguiente, el culpable será castigado por la tentativa del delito menos grave... porque solamente respecto de ella se alcanzó la prueba."²³

²³ Manzini, *Trattato*, II, p. 370. Ver el ejemplo propuesto por Carrara en *Teoría*, cit., pp. 155, 156, de correcta formulación. Y realmente la cualidad del sujeto y el acto

Dos argumentos, pues, destruyen la afirmación carrariana: La pasión no invalida el conocimiento de la acción y del resultado, y por ello el querer ambas, y, la duda sólo opera sobre la base de la improbación del más y del menos, dando mérito a la no imputación, pero la certeza del menos deja prendida la culpabilidad por esta tentativa, independientemente del dolo de cuarto grado que pueda presidir la intención dañada.

En cuanto atañe al criterio de la univocidad, Carrara adoptó una postura abstracta pretendiendo descubrir con el acto la intención, y ello aisladamente, sin el auxilio de las demás circunstancias que concurrieron en el hecho; incurre pues en dos errores fundamentales: no interesa al Derecho penal exclusivamente el fenómeno, sino la conducta que es capaz y el hecho que la concreta. El delito no es solamente cambio en el mundo exterior, sino esto y, previamente voluntad humana. Hablar de acción sin intención, dada la naturaleza de la tentativa, es sepultar un elemento del tipo; y, en segundo

pueden dar la tónica al delito tentado, como la doctrina imperante acepta.

término, considerar la acción en sí, para detraer la intención, ajena al querer, a los medios, a las concausas preexistentes y concomitantes, previstas o imprevistas, es olvidar la vida de la acción; su correlación con la mente del sujeto y con el ambiente en que se desenvuelve.

Lo primero, la naturaleza de la intención, su valor, había sido destacada por el mismo Carrara; pero la menosprecia inexplicablemente en la tentativa, pues querer saber si el acto revela la intención a delinquir, es querer saber la dirección del pensamiento del sujeto; sin embargo jamás se llegará por tal camino a la adquisición de una base firme para la apreciación de la ejecutividad de la acción, porque entonces, todo acto dirigido inequívocamente al delito es ya tentativa. Lo segundo, muestra de modo claro, que la interpretación del acto en la construcción carrariana, posterga el significado psicológico-jurídico de la acción, y que la pretendida dicotomía del delito se convierte en concepción unilateral del delito, pues el pensamiento criminoso que se prueba dirigido a un tipo penal es delito tentado.

Massari habla de la nautraleza incolora del acto en sí,²⁴ a lo que se adhiere Manzini, y el propio Massari,²⁵ Impallomeni, Vannini, Maggiore, Pan-

24 Massari, *Il momento...* cit., edic. 1934. Napoli, fundamenta su objeción diciendo: "El acto en sí no es más que un movimiento incoloro, uniforme, elemento no susceptible de valuación autónoma, y solamente relacionándolo con los otros actos que le pueden dar su tono y su individualidad, su caracterización, es posible catalogarlo en esta o aquella categoría de actividad práctica", demostrando esa sinergia al aludir a los elementos finalista, y de ambiente, pp. 128 a 132. Manzini, *Trattato*, cit., II, p. 369, participa de tal criterio al asegurar que: "precisamente porque se trata de interpretar el significado psicológico de dichos actos, es lícita e incluso debida, la ayuda de todo elemento de prueba conveniente, cuando sea necesario", para acertar al plan del autor y la naturaleza del acto. Para el examen general del estudio dogmático del delito, Antolisei en *Problemi*, cit. Estudio II, "El error fundamental."

25 Massari, *Il momento*, cit. edic. 1923, p. 115, al referirse a la distinción por la que pugna Carrara, que tilda de absoluta, apunta: "cree esencialmente el poder establecer la adscripción —a preparación o ejecución— más que por la esencia de una o de otra acción, por la particular estructura del propio acto, independientemente de todo ligamen con los demás actos que concurren a dar vida al proceso ejecutivo"; en la *Dottrine Generale del Diritto Penale*, segunda, Napoli, 1930, p. 170, rechaza la univocidad, pues a su entender con ella "se constriñe al juez a obtener la univocidad del acto a través de una búsqueda sobre el elemento intencional del

nain, Antolisei, Saltelli y Romano Di Falco, repudian la univocidad por ser de valor sintomático, pues ella corresponde en verdad a la concepción subjetiva del delito o a la equivalencia de condiciones, pero no a una construcción realística. Se

delito"; que, en puridad, tal subjetivismo se resuelve en que "el problema del contenido confúndese con una cuestión de prueba y de convencimiento del juez acerca de la intención de aquel que actúa", de manera que la dirección de la voluntad es el único dato para la estimativa, lo que resulta insostenible por unilateral. Impallomeni, *Istituzioni di Diritto Penale*. Opera póstuma, Torino, 1908, t. I, p. 345 in nota, con meridiana claridad y evidente acierto escribe: "no sirve, o por lo menos es del todo insuficiente, el criterio de la univocidad de los actos... también con la condición de que la univocidad sea objetiva, vale decir, que se obtenga del acto mismo: la cuestión de si los actos cumplidos por el agente son ejecutivos o preparatorios, se reduce a simple problema de certeza... a examinar si hay prueba bastante por la que conste que él había tenido la intención de cometer un delito, y esto es arbitrario... e inconcluyente. Todo acto preparatorio es un hecho que tiene su propia objetividad; es siempre directo a la perpetración de un delito, y por esto no hay conocida preparación de un delito que no revele la intención de cometer un delito." Vannini, *Il problema*, cit., p. 21, cita a Delitala Giacomo como autor de la siguiente expresión: "Incriminar los actos preparatorios cuando el propósito criminal resulta claro de la univocidad de los actos... significa trasportar la esencia del delito del hecho

equiparan principio de violación y voluntad decisa; acto ejecutivo y acto unívocamente dirigido al delito, y la captación abstracta del acto invalida la naturaleza de la acción. Por ello es preciso no olvidar la conducta precedente del sujeto y su concreta actividad, para saber si ha cometido delito tentado. Así aparece de los mismos ejemplos dados por Carrara, y refrendados por Impallomeni y

al pensamiento, punir no el hecho violatorio de un bien o interés, en cuanto culpablemente querido, sino la voluntad de delinquir en cuanto ha sido inequívocamente manifestada." Comparten el punto de vista que se reseña Maggiore, *Principi*, I, p. 490, Pannain, *op. loc. cit.*; y Saltelli y Romano Di Falco, *op. cit.*, I, pp. 339, 340, piensan que la teoría carrariana encuadra perfectamente en la teoría de la equivalencia de condiciones. Antolisei, *Diritto*, cit., p. 236, arguye que esta tesis "confunde la naturaleza del acto con la prueba de la intención del agente". Estas objeciones adquieren singular importancia al ser referidas al texto legal vigente, pues el artículo 12 del C. Penal, señala como elementos del delito tentado, en sus dos modalidades, la dirección del "hecho" y su carácter inmediato, con referencia al delito venido a menos. Bettiol, *Diritto*, critica igualmente el criterio de lejanía o proximidad del acto, diciendo, "es definitivo considerar no ya la proximidad o lejanía del acto, sino su capacidad concreta a producir", el resultado, reclamando además la concreta idoneidad de la acción (p. 359, ver adelante, cit., núm. 29).

Manzini, la integración del juicio, que aquél desprecia al señalar los caracteres generales de la figura accesoria.

El acto aislado carece de valor, sólo adquiere su fisonomía en contacto con la intención que lo provoca, con el objeto al que se dirige, el medio de que se vale, y en general con todas las circunstancias en que se desenvuelve, incluida la personalidad del sujeto. La intención probada por el acto, lleva el problema al ámbito subjetivo; el valor equivalente del acto conduce a la tesis de la causalidad de v. Buri; la personalidad peligrosa revelada por el acto, en cuanto substancia una intención malvada, desplaza la punición a la postura de la Escuela positivista.

La afirmación de Carrara sobre el juicio de valor tiene dos aspectos fundamentales: el uno que atiende a la normal eficiencia causal del medio, que produce presunción de la intención, y el otro atañe al momento del juicio, en que se prescinde del ulterior desenvolvimiento de la acción.

En realidad se funda la presunción en lo que posteriormente se conocerá con el título de causa-

lidad adecuada, y la actuación para evaluar el acto, por parte del juez, recibirá el calificativo con Liszt de prognosis póstuma.

Hippel habla del descubrimiento de la posibilidad —probabilidad— del resultado temido, comparando el curso causal presentado con el que era de esperarse *normalmente*, retrotrayéndose al momento en que se realizó el hecho —prognosis póstuma—; y si el resultado “era totalmente imprevisible para el juicio normal del hombre en el momento de realizarse el hecho, o de tal manera improbable, que su posibilidad aparece irrelevante para la conducta práctica del hombre normal en la vida de relación”, no hay adecuación de la conducta al tipo en proyecto. Las objeciones surgieron cuando la tesis fué primeramente formulada por J. v. Kries —citado por Mezger, Hippel, Ranieri y Antolisei—, pues ¿quién realiza el juicio de probabilidad? Al responderse que por el sujeto que actúa, se hizo insostenible la tesis, por confundir el nexo causal con la culpabilidad y por ello M. Rumelin estableció los “límites extremos”, en los que el juez verifica la evaluación, tomando en

cuenta las condiciones existentes al momento de la acción, aunque fueren más tarde conocidas, y las de las reglas generales de la experiencia, así como las posteriores previsibles (constitución física del sujeto pasivo, falta de atención medica por circunstancias de ambiente).

La tesis, afinada por Liszt, Antolisei, Mezger, Massari, Grispigni, Bettiol, Ranieri, Pannain y Battaglini, viene examinando al mismo tiempo que la intención, la acción que le obedece, y ésta, no sólo en el ámbito de las normas generales, del juicio del hombre medio, del hombre ideal, sino en una apreciación cuali-cuantitativa, para llegar al juicio del hombre superior, en su caso, y siempre alcanzar el juicio de necesidad.²⁶

26 Hippel, *Manuele*, cit., p. 140, enfoca el tema desde su punto de vista de la causalidad adecuada, aceptando el juicio de prognosis póstuma con el límite de lo imprevisible, proponiendo ilustrativo ejemplo *in nota*. Liszt, *Tratado de Derecho Penal*, traduc. de L. Jiménez de Asúa, Madrid, 1926, III, p. 17, formula el juicio de prognosis póstuma. Antolisei, *L'Azione...* cit., pp. 135, 136, examina el tratamiento que merece el juicio de probabilidad del peligro, diciendo: “observamos a propósito que no nos interesa el juicio de este o aquel hombre;

III. Ataque a la esfera jurídica de la víctima.

Carrara varió substancialmente su anterior doctrina, para enunciar la que titula ataque a la esfera jurídica de la víctima. Para alcanzar el distingo

interesa solamente el juicio que pronuncia el juez para establecer, a los efectos del Derecho, la existencia o ausencia del peligro, y este juicio es el que debe ser ilustrado en su procedimiento y modalidades. Destaquemos, pues, que el juicio de probabilidad, el juez no lo pronuncia verdaderamente en forma contemporánea a la acción del hombre, sino siempre en forma posterior. Viene formulado cuando se procede al examen de la acción del imputado para acertar si en ella concurren los requisitos establecidos en la ley para su punibilidad. Mas sobre este juicio debemos fijar nuestra atención. El juicio de probabilidad por su naturaleza mira al futuro, porque se expresa sobre un estado de hecho en relación a un resultado que de él puede seguir. Se trata en todo caso de una previsión relativa a las consecuencias derivables de una determinada situación. Ahora bien, se pregunta: ¿Cómo procederá el juez para pronunciarse sobre la probabilidad de una acción que ya se ha desenvuelto y producido sus efectos? ¿Cómo determinará la peligrosidad de un estado de hecho, cuyas consecuencias son conocidas? La respuesta a la interrogación no es difícil. El prescindirá de las directivas marcadas por el caso concreto y se reportará al momento de la acción, juzgando como si ésta debiese aún tener su efecto. El juez, esto es, no tendrá en

propuesto, separó los actos consumativos de los preparatorios y de los ejecutivos diciendo: "Son actos consumativos aquellos que caen sobre el sujeto pasi-

cuenta la experiencia derivada del desenvolvimiento del hecho y juzgará *ex-ante*, haciendo abstracción de aquella experiencia. Este procedimiento lógico, que Liszt ha denominado *prognosis póstuma* está afianzado en la realidad de la vida y no da lugar a dificultades considerables"; por otra parte, afirma que el juez no debe seguir el curso de sus personales apreciaciones —como fué requerido por Carrara—, es decir, tomar en consideración lo que para él hubiera sido previsible o hubiese previsto, y que el razonable juicio "del hombre medio" pugnado por Loock, pierde actualmente terreno, ya que debe atenderse al hecho natural de que muchos hombres tienen conocimientos superiores a los que posee el hombre medio, y para ellos "aparecía probable el resultado que para la generalidad de los hombres no tenía ese carácter", y así como para el hombre ideal faltaría el peligro, carecería de substancia la tentativa, "lo que no es ciertamente conforme a las exigencias del Derecho". Esto lo prueba por otra parte, la hipótesis del hombre superior que desenvuelve una acción sabiendo que el efecto no se producirá, por la intervención de un obstáculo desconocido por "el hombre medio", y habría tentativa, cuando realmente la acción no adquiere relevancia para el Derecho penal. Propone, en consonancia con tales ideas, que el juez no debe menospreciar el conocimiento de la generalidad de los hombres, porque va a emitir un juicio con valor para la colectividad, pero que debe, al mismo tiempo, tomar en consideración los

vo de la consumación, esto es, la cosa o persona sobre la cual debía desarrollarse la definitiva violación del derecho. Son actos ejecutivos aquellos que

conocimientos particulares, propios del sujeto activo, y eventualmente ligarlos, para alcanzar "el juicio de la sociedad", pp. 137 a 140. Massari, *Il momento*, cit., edic. 1934, repudia el juicio de valor fundado en el conocimiento del hombre medio, pues se "trata de un juicio no generalizable...; porque la generalización conduciría a negar la originalidad de la expresión criminosa, a reducir a líneas rígidas y esquemáticas el decurso incoerciblemente vario de la acción, a crear un arquetipo de operación práctica del cual ningún hombre podría jamás alejarse", ya que la relación es cuali-cuantitativa, p. 182. Es de advertirse que la tesis de Antolisei que se ha reseñado, extrema no ya el juicio de prognosis póstuma en sus fundamentos últimos, sino en "sus modalidades", puesto que no se trataría del curso causal probable, que conduciría al resultado querido, sino de la "condición" que es equivalente en mérito del "conocimiento superior"; Mezger, *Tra-tado*, cit., I, pp. 246, 247, 248, afirma que no basta la carencia de resultado a la acción para que ésta sea irrelevante en Derecho, pues un hecho "puede, con arreglo a la general experiencia y a las concepciones de la vida práctica, ser generalmente idóneo para la producción de un resultado determinado... Y ello revestir importancia jurídica"; que, tal posibilidad de quedar encuadrada la conducta en las normas jurídico-penales, se desprende del concepto objetivo del peligro que parte "de un juicio fundamentado en la general experiencia, en el co-

recaen sobre el sujeto pasivo del atentado. Así, en el homicidio el sujeto pasivo de la consumación es el hombre que se quería matar; en el hurto la cosa

nocimiento objetivo de las leyes que regulan los acontecimientos, que expresa el temor fundado e inmediato de la lesión de un bien jurídico", siendo indebido hablar de peligro como algo puramente subjetivo; que el juicio sobre el mismo varía con el curso del tiempo, por las reglas cambiantes detraídas de la experiencia. A pesar de ello, al glosar la teoría de la adecuación, atrás, I, 235, en mérito del concepto del peligro, apunta: "se trata de un juicio de posibilidad en el que ha de compararse el curso causal realmente desarrollado con el que el normal juicio del hombre esperaba que se produjera, debiendo el juez retrotraerse al momento en que se realizó el hecho (el llamado pronóstico posterior); desde este punto de vista habrá que decidir si el curso realmente producido encaja en los límites de lo conforme a la experiencia", donde resume el criterio de Hippel; y, la teoría de la adecuación "ha dirigido su ataque a la teoría de la equivalencia en un punto falso. Pues niega la conexión causal, cuando lo que procedía era haber negado su relevancia (importancia) jurídica... "Se opone a los intereses vitales del derecho punitivo al dificultar la colaboración con las ciencias experimentales, utilizando un concepto de causalidad concebido arbitraria y unilateralmente desde el punto de vista jurídico", p. 237. Se advierte, pues, la contradicción en que incurre el eminente profesor de Munich. Sobre el tema, que será reexaminado brevemente, consultar Liszt, *op. cit.*, II, p. 293, y la orientación excepcionalmente clara y sugestiva de Soler. en Dere-

que se quería robar... Y al contrario, sujeto pasivo del atentado el domicilio que se ha invadido, o la puerta que ha sido derribada para penetrar a fin

cbo Penal, I, pp. 261 y ss. Vannini comparte la tesis de la adecuación en *Istituzioni*, pp. 150, 151; Bettiol, *Diritto*, cit., pp. 172 y ss. Grispigni, *Diritto Penale*, II, pp. 126, 127, acepta el juicio de prognosis póstuma, con exclusión de las causas preexistentes y sobrevenidas imprevisibles para el autor al momento de la acción. Rechaza el concepto de causa *générica*, substituyendo el concepto por el de causa —idoneidad de la acción— en el *caso concreto*. A su juicio se trata de un problema "de imputación", pero ha de resolverse planteándolo de la siguiente manera: "Dada la función de la norma, como medio para impedir un resultado, ¿qué entiende la norma por causa en el momento en el que existe el precepto, en el cual la norma ha de influir sobre la psique del agente?", respondiendo que causa no puede ser sino la conducta capaz de producir el resultado. Rebate la postura de Mezger afirmando que "la diversidad entre conceptos normativos y conceptos naturalísticos es frecuentísima en el campo del Derecho y se legitima plenamente en consideración al fin práctico y no cognoscitivo de toda norma jurídica", aduciendo el pensamiento de Honig, para quien "toda valuación en el seno de las condiciones está ya fuera del significado puramente ontológico del concepto de causalidad, porque como es señalado por Sauer, se trata de un problema axiológico y no ontológico" (p. 135 in n.). Concluye: "Nosotros sostenemos, contrariamente, que la ley no se contenta con una condición, verdaderamente requiere una causa; sin embargo, para existir

de cometer el homicidio o el hurto. Actos preparatorios son aquellos que caen solamente sobre el

la *causa* en Derecho, no es necesaria la totalidad de las condiciones, sino que basta una condición calificada por el peligro. El concepto de causa, como condición calificada es un concepto normativo, en parte diverso del que es propio de las ciencias naturales" (p. 136). En donde aparece la confutación a la equivalencia de condiciones; el repudio a la tesis de la causa más importante, la formulación de un concepto normativo de la causa, ciertamente no desdeñado por la construcción mezgeriana, y el reenvío al fin de la norma para la estimativa de la causa en el *caso concreto*. Bettiol, *Diritto*, cit., se adhiere al juicio de prognosis póstuma (p. 360), sostiene para la evaluación del estado objetivo de peligro, la comprensión unitaria del concepto naturalístico con el jurídico (normativo), pues dice: "la idoneidad del acto no va juzgada en abstracto... va examinada en concreto, en el complejo de todas las condiciones y circunstancias en las cuales la acción se ha manifestado. En otras palabras, el juez debe colocarse en la posición del agente y ver si en concreto el acto cumplido, completo, podría tener eficiencia causal en relación con el resultado en mira." Ranieri, *Diritto Penale*, Parte Generale, Milano, 1945, pp. 185, 186, comparte la tesis de Antolisei sobre la naturaleza del peligro y refrenda la importancia del juicio de prognosis póstuma. Battaglini, *Diritto Penale*, Teoria Generale, Bologna, 1937, pp. 246, 247; al examinar la idoneidad de la acción se pronuncia en favor de la causalidad adecuada, con las limitaciones determinadas por Grispigni. No otro es el parecer de Pannain, *Manuale*, cit., pp. 419, 420.

sujeto activo (primario o secundario) del delito que se prepara"; entendiendo por sujeto activo a la persona o las cosas en que se manifiesta un derecho, mas no el derecho concreto que se pretende violar, ni el que es paso necesario para el delito proyectado.²⁷

Obviamente los actos que empiezan a lesionar al sujeto pasivo del atentado, a más de que casi siempre son por sí típicos, pueden comprender un

27 Massari, en la *Dottrine*, cit., p. 170, observa que tal distinción "puede apenas utilizarse en aquellos delitos que tienen un objeto material... mientras no sirve para los delitos en los cuales falta del todo ese objeto". Saltelli y Romano Di Falco, *Commento*, cit., p. 338 in n. abundan en la objeción anterior, al igual Antolisei, *Diritto Penale*, Ristampa, 1946, p. 237, I, pues en ciertos delitos, como la evasión, donde el objeto de la tutela jurídica es un interés social, "es difícil, por no decir imposible, la fijación del momento en que se inicia la ejecución", lo que refrenda en *L'Azione*, cit., p. 128, aunque explica que ello no conduce a negar la posibilidad de la separación, mas no con el punto de vista de Carrara. En el mismo sentido, Liszt, desechando el criterio de Carrara, en *Tratado*, cit., III, pp. 16, 17, e Impallomeni, *Istituzioni*, cit., p. 347, revive además el ejemplo del que envía a su elegida víctima dulces por correo, en que fracasa rotundamente la tesis carrariana, ya que en puridad serían actos preparatorios, y bien es notorio que son ejecutivos.

comienzo de ejecución, y, en todo caso, serviría el criterio sobre la duda apuntado por Carrara y repetido por Manzini, a que antes nos referimos. Pero queda en pie la interrogante al tratarse de los delitos que carecen de objeto material.

a) Florian (*op. cit.*, p. 607 in n.), expone que Leto afirma: "Son actos de ejecución los que se realizan sobre la persona o la cosa, en la cual debe agotarse la consumación de un hecho punible o como medio para llegar a él, sobre otra persona o cosa." No es en verdad una tesis nueva; conserva los mismos caracteres de la que se acota. Sujeto pasivo del atentado, sujeto pasivo de la consumación, y acción que lesiona a éstos, indistintamente.

b) Causa y condición. Heller —*Saggi citici*, Roma, 1930, juicio emitido sobre el entonces Proyecto Rocco— y Mezger (*op. cit.*, I, pp. 245, 246, II, p. 203 in n.), señalan a Birkmeyer como sostenedor de esta postura, en que sería acto preparatorio el que representa tan sólo una condición del resultado previsto por la Ley como delito, y ejecutivo el que tiene el valor de causa eficacísima. Y los mismos

autores coinciden afirmando que no existe lógicamente el distingo entre condición y causa, y el primero agrega que "no resuelve sino aparentemente el problema, así como la teoría de la causalidad no resuelve más que en apariencia el problema de la causalidad".

c) Con una formulación que sólo cambia de palabras, dejando intacto el pensamiento que nutre la tesis, Impallomeni acude, para la separación conceptual (*Istituzioni*, cit. p. 348), de que se viene tratando, a la siguiente argumentación: "se encuentra la simple preparación si la causalidad criminosa está inerte; habrá actos de ejecución cuando ha sido puesta en movimiento para alcanzar la meta delictuosa, y este movimiento se encuentra siempre que la dicha causalidad sea puesta en condición conforme con el designio del agente para alcanzar el efecto querido"; en tanto que, en la preparación, hay "predisposición de los medios necesarios para realizarlo" (el delito), "mas aquella predisposición no es, a decir verdad, un simple pensamiento, es ya un hecho, mas no es la tentativa", pues ésta se

da cuando "la causalidad criminosa contenida en los medios viene actuando, operando".

Varias observaciones deben hacerse: En primer término, se acepta por Hippel que los actos preparatorios facilitan, promueven la empresa,²⁸ pero con Antolisei y Heller, esa probada predisposición (univocidad), no es tentativa, ya que lo encaminando directa e inmediatamente al delito no es por sí ejecución, sino elemento del principio de ejecución. La dirección de la voluntad, exteriorizada por el acto, y su proximidad al resultado, son una mezcla detonante de la univocidad carrariana y el criterio de horario, cronológico que Beling²⁹ coloca en el subjetivismo, y, por último, ya se ha visto que no media diferencia entre causa y condición.

28 Hippel, *op. cit.*, p. 214, afirma que los actos preparatorios son, "los anteriores en el tiempo al acto contenido en el delito, y deben rendir posibilidades, facilitar la empresa, mas todavía no pueden subsumirse bajo la figura del delito".

29 Beling, *Esquema de Derecho Penal*. La doctrina del delito tipo, B. Aires, 1944. Traduc. de S. Soler, p. 103, expresa: "Según una teoría subjetiva, no existe diferencia objetiva alguna entre preparación y ejecución — y corresponde a la ejecución todo aquello por medio de lo cual el autor quiere llevar a ejecución inmediatamente el hecho. Pero tal

d) *Voluntad posible y voluntad exteriorizada.*

Para los sostenedores de esta tesis habría simple preparación cuando la voluntad se manifestase por actos que revelaran una intención oscilante, imprecisa, posiblemente dirigida a la consumación de un delito y se presentaría la ejecución en los actos que implicaran la voluntad resuelta, indefectiblemente dirigida al hecho punible. A decir verdad

doctrina sólo es posible prescindiendo de los delito-tipos y de su significación, y creyendo no poder hacer diferencia alguna entre las condiciones de un resultado, en razón de su equivalencia causal (ver en contra 20, II, 3). Por lo demás, esta teoría subjetiva es ilógica: según ella no hay ningún criterio para diferenciar y, sin embargo, el autor debe poder hacer esa imposible diferencia con su voluntad. Si ella toma el término *inmediato* en el sentido de un *en seguida temporal* la compra del arma, según ella, será preparación, cuando el hecho ocurra después de una hora; pero será ejecución cuando ocurra inmediatamente, lo cual no parece convincente." Recuerdese esto en relación con el artículo 12 del C. Penal Federal. Maggiore, *op. cit.*, I, p. 488, interroga: "mas ¿cuándo la causalidad está en reposo y cuándo en movimiento?", porque no pudiéndose distinguir entre causa y condición, tampoco es dable separar la causa inerte de la causa en movimiento, lo que se resuelve en la imposibilidad de separar preparación de ejecución, y siendo de la misma entidad los actos puestos en

es la misma teoría de la univocidad con nomenclatura y términos de expresión diversos. Las críticas dispensadas a ésta pueden válidamente aducirse ahora. Poca fortuna ha corrido tal formulación, sea en el orden doctrinario, sea en el campo jurisprudencial.

IV. *Comienzo de violación de la norma.*

Se afirma que su primitiva enunciación pertenece a Rossi,³⁰ pero que sólo tiene apoyo frente

la serie causal, lo que se castiga es el *un en seguida temporal*, al que obedece, el que está presidido por la intención *unívoca*, la *dirección* de la voluntad del sujeto; es decir, el querer malo. Todo acto —inerte o en movimiento— con tal de ser próximo a la consumación, y dirigido con expresa voluntad por el sujeto, es tentativa. Saltelli y Romano, *op. cit.*, pp. 340, ss., al examinar los elementos del delito tentado, acción, idoneidad, dirección, conciben el requisito "directo", "en el sentido de la intención del agente de servirse de un medio para alcanzar un fin", por ello la confesión, aislada, es ineficaz, pues se terminaría por punir el pensamiento exteriorizado; la confesión es uno de los medios, no el único, y unida a los demás puede producir la prueba. Todo acto directo es tanto preparatorio como ejecutivo, no da la tónica al delito tentado.

³⁰ Carrara, *Programa*, vol. cit., p. 264.

al texto legal francés, que requiere tentativa seguida de un comienzo de ejecución del delito, que "no se sale de los actos preparatorios mientras no comienza la violación del Derecho a cuya ofensa se dirigen aquéllos".

Creemos que la postura de Manzini, con ciertas reservas que serán precisadas, es semejante a la del ilustre profesor italiano. En efecto, Manzini dice que su argumento "se presta admirablemente a las sutilezas especulativas y a las diatribas académicas", y que "es neutral que los juristas filosofantes tengan predilección por él, para sus ejercitaciones involutivas", porque sostiene que acto de ejecución es aquel que "se convierte en causa que, poniendo directamente en obra un medio idóneo para producir el efecto criminoso, bien concretando en todo o en parte un elemento material constitutivo del delito, inicia la violación efectiva del precepto principal, o bien, dirigiéndose a un acto que constituye circunstancia agravante material del delito mismo, viola un precepto acceso-

rio, y con esto inicia la violación del precepto principal".³¹

No es otro el pensamiento definitivo de Massari, aunque ciertas expresiones conduzcan a una confusión. En efecto: en una de sus obras argumenta diciendo que hay tentativa cuando la acción está iniciando en el bien tutelado, cuando el bien está en el radio de eficiencia del acto causal, del medio operando. Esto, comprendido literalmente, conduciría a la conclusión de que la presencia del objeto en que debe recaer la acción criminosa, y la actividad ya desplegada en tal dirección suponen tentativa. Entonces el acecho para la consumación del homicidio; la espera del ladrón frente a la casa en la que pretende robar, portando los instrumentos de que ha de servirse, constituirían actos ejecutivos, porque "el bien agredido está en el radio

31 Manzini, *Trattato*, II, p. 372; Heller, en *Saggi critici*, cit., refutando la univocidad, pues a su criterio "sólo sirve para revelar el propósito criminal, la resolución decisiva, ... y no puede ser considerada como la nota característica de la tentativa desde el punto de vista objetivo, sino desde el subjetivo ... proporciona una solución menos firme que el comienzo de ejecución", se adhiere al pensamiento de Manzini como es notorio.

de eficiencia del medio puesto en acción"; pero la concepción total, unitaria, que Massari tiene del acto ejecutivo convierte en estériles las objeciones de Manzini. Si aquél hace un expreso refrendo a la postura de Manzini, lo cual ciertamente sería por sí bastante para suprimir las críticas que se le dirigen, además motiva abundantemente su filiación científica y la ilustra con ejemplos, no hay razón para suponer que repudia la tesis que se reseña.³²

32 Massari, *Il momento* ... cit., edic. 1934, pp. 128 a 132, al examinar los elementos de la tentativa, evalúa la intención, la acción puesta a su servicio en referencia al tipo; adelante, p. 175, propugna por la medida de la conducta concretamente, no en abstracto como señalara Carrara en la univocidad; posteriormente, p. 183, acota: "No existen actos preparatorios en sentido absoluto ... Se trata de nociones esencialmente correlativas al contenido general y especial de cada delito," en donde aparece la expresa captación del significado del tipo para la comprensión de la actividad desplegada. Ver el ejemplo en p. 227. En *Dotrine*, cit., p. 179, es más explícito al respecto, pues afirma: "Nuestro criterio. Se debe sostener con Zachrie, Chop, Pessina, Manzini, Vannini, que la noción del acto ejecutivo no podrá obtenerse sino del contenido de la norma penal. Dicen bien tales autores, que la actividad ejecutiva surge cuando comienza la violación de la norma penal. Nosotros creemos que el principio puede afir-

En la construcción jurídica de Manzini la ejecución no es algo dado, de naturaleza abstracta, reconocible *per se*, de caracteres inmutables, y por ello adosable a cualquier tipo. La intención es un "presupuesto", un elemento *sine qua non* de la figura accesoria, pero su presencia justificada no es bastante para proclamar la existencia de delito tentado. Con la intención probada la indagación acude al acto —potencia causal—, y al tipo. Sólo se puede comenzar a violar la norma, en la tentativa, cuando se quiere la agresión del bien o interés protegido, y es dable esa lesión en mérito de la consideración del tipo penal y de la acción causal.

La primera y brillante enunciación de Vannini

marse más claramente afirmando que la actividad ejecutiva debe establecerse para cada tipo de delito, en relación al contenido general y especial de cada incriminación. En el robo los actos pueden iniciarse con la adquisición o fabricación de la escala o la llave falsa, mas es claro que hasta que el escalamiento no sea iniciado o la apertura de la puerta, o su efracción, no se ha comenzado mediante el uso de los instrumentos apropiados la ejecución, y no se puede hablar de actos ejecutivos ... Tanto los actos preparatorios como los ejecutivos presuponen esencialmente una aptitud causal."

sobre el tema,³³ aunque de aparente raigambre psicológica, puede ser reconducida a los términos de la postura de Manzini. Por otra parte, en trabajos posteriores, el ilustre autor acoge aquella tesis.

Para Vannini, la norma jurídica tiene por objeto formar en el destinatario estados de conciencia opuestos a lo que Kelsen titula la norma jurídica

33 Vannini, *Recostruzione sintetica de la dotrina del reato*, cit., arguye: "En el estado de conciencia en el que se elabora el plan criminoso externamente revelado por el cumplimiento de la actividad preparatoria, la sanción no es todavía una fuerza que lucha, no es aún un imperativo que combate el sentimiento para superarlo: es siempre una fría expresión jurídica, un elemento de juicio. Sólo cuando se quiere el hecho contrario a la norma (y quererle significa naturalmente actuarlo), existe la violación de la norma, porque solamente en este momento hay un contraste hipotético de la voluntad que se resuelve en un conflicto real." Manzini aprovecha la siguiente expresión de Vannini, ciertamente muy ambigua, para refutarlo. Aquél, *Il problema giuridico del tentativo*, Milano, 1943, p. 18, "el delito se quiere cuando el sujeto tiene la sensación de realizar esto que la norma prohíbe realizar, cuando, en consecuencia, en la conciencia del culpable la acción se afirma como el rehusarse a asumir la norma en calidad de regla de conducta", y antes había dicho: "cuando alguno puede decir: no quiero comenzar, está todavía en los actos preparatorios; cuando por el contrario, se ve precisado a decir: quiero desistir, entonces sus actos están ya en ejecución". Vid. Manzini, II, p. 374.

secundaria. Siempre, detrás del precepto que prohíbe u ordena, se encuentra otro precepto legal que condiciona la efectividad de la pena al cumplimiento o incumplimiento, respectivamente, de aquello vedado o requerido. La norma, con la amenaza, pretende que el sujeto evite el entuerto; por ello, para Vannini, hay simple preparación cuando la sanción no combate con el propósito criminal, y existe ejecución si la actividad desarrollada por el sujeto entra en contraste con el contenido volitivo del precepto penal.

Una es la intención de preparar el delito y otra la intención de llevar a término el delito mismo: los actos que cumplen aquella resolución son siempre preparatorios, mientras que los cumplidos "con el exacto entendimiento de conducirlo a término", son actos ejecutivos.

El pensamiento de Beling no difiere substancialmente del de Manzini, si bien la tesis se encuentra robustecida con la cabal y sistemática exposición del papel que desempeña el tipo.³⁴

34 Beling, *Esquema*, cit., p. 102, concisamente escribe: "La forma accesoria *tentativa* —por oposición al delito con-

Para el ilustre jurista alemán, la consumación exige la satisfacción de todos los elementos objetivos del tipo, unida a la culpabilidad y la antiju-

sumado— se vincula con las figuras delictivas autónomas a las que la tentativa se refiere de modo que el delito-tipo de la correspondiente figura, sólo es representado en un simple comienzo de ejecución, C. Penal, art. 43 (del C. Penal francés de 1810: *commencement d'exécution*), es decir que en lugar, p. ej., del requisito matar a un hombre, está el requisito de comenzar a matar a un hombre. Con lo cual, para que exista tentativa, es preciso que el cuadro específico de la tentativa se cumpla objetiva y además culpablemente... El dolo para la tentativa es idéntico al dolo para la consumación." Adelante apunta: "II. Para comprender el significado del principio de ejecución debe tenerse presente que este concepto significa evidentemente una clase determinada de las posibles maneras en que una acción puede no adecuarse a un delito-tipo. Este concepto debe, pues, comprenderse por una parte, en el campo de la *carencia de tipicidad*, pues las acciones plenamente adecuadas al tipo ya están reguladas por medio de las figuras delictivas autónomas"; y su procedimiento selectivo, a base de exclusión por atipicidad, p. ss., arranca de "a) acciones que todavía no son adecuadas, acciones preparatorias". En lo referente a la "racionalidad" que preside la no inclusión de los actos preparatorios en el cuadro estricto de la ley, a que nos referimos antes (vid. cit. no. 19), dice: "El legislador, con toda seguridad, ha querido dejar impunes las acciones preparatorias (a). Precisamente por eso ha exigido en el art. 43 un comienzo de ejecución. Cuando le ha parecido necesaria la punición de ciertas acciones preparatorias, ha creado particu-

ridicidad. Así, en el homicidio, es preciso matar antijurídica y culpablemente a un hombre, en tanto que al delito tentado basta el hecho de comenzar a matar a un hombre, culpable y antijurídicamente. El comienzo de ejecución se diferencia formalmente del acto preparatorio, en que éste aún no es adecuado al tipo, y precisamente porque al legislador no le interesa tal acto, ha exigido un "comienzo de ejecución" como base objetiva de la tentativa, y cuando estima oportuno punirlo, crea figuras autónomas. El dolo de la tentativa es el mismo que el de la consumación; y la ejecución tiene su especial significado, al contacto con cada tipo particular, con cada previsión legal. No existe la acción preparatoria abstracta, como tampoco la ejecutiva amoldable a cualquier figura delictuosa; precisa la consideración particular del trato jurídico, para la determinación de lo que es preparación y de lo que es característico de la ejecución.

lares figuras delictivas autónomas... El deslinde entre *preparación* y *ejecución* surge objetivamente en cada caso del contenido de cada delito-tipo."

Ranieri,³⁵ con toda precisión señala los mismos caracteres dados por Beling en la indagación de la actividad ejecutiva, y, añade a nuestro modo de ver un elemento substancial, que si bien podríamos considerar implícito en la formulación del sabio jurista germano, por contener un principio de orden general, ya que es atinente a la interpretación de la ley, cobra resonancia en la voz autorizada del profesor italiano. En efecto: para Ranieri la actividad ejecutiva es la del "tipo singular", es la propia, la adecuada a esa figura delictuosa. No hay, por contrapartida, actividad ejecutiva genérica, referible a todos los tipos, sino actividad singular, captable en un momento dado como perteneciente a un tipo, en mérito de la descripción legal, y, cuando no pueda ser obtenida por tal procedimiento, habrá que acudir al fin de la norma.

Igualmente Hippel,³⁶ pone de relieve el hecho de que la actividad ejecutiva se descubre sólo al

³⁵ Ranieri, *Diritto*, cit., p. 292.

³⁶ Hippel, *Manuale*, cit., p. 214, quien agrega: "es cuestión de hecho acertar sobre la acción y el programa del autor. Al socorro del fin perseguido, la misma acción puede ser preparación o ejecución, y aquí tentativa... Es con-

contacto del tipo y que no puede hablarse de actividad preparatoria en sentido abstracto, como tampoco de actividad ejecutiva referible a todos los tipos.

Bettiol y Pannain,³⁷ siguen la dirección marcada por Manzini y Vannini; es más, acuden a la

ceptualmente problema de Derecho el establecer cuáles acciones sean contenido de un delito. La regla legal indica esto con una palabra que expresa actividad. Cuando excepcionalmente la ley exige determinados medios o requiere más actividad sucesiva, es principio de ejecución —esto es, tentativa—, ya el uso del medio o el inicio de la primera actividad conforme a la figura delictiva". Para el autor, "los actos preparatorios son los anteriores en el tiempo al acto contenido en el delito, deben rendir posibilidad, facilitar la empresa, más todavía, no pueden subsumirse bajo la figura del delito". En la tentativa lo único que falta es el resultado, cuando la conducta carece de cualquiera otro de los elementos lo que se produce no es tentativa, sino atipicidad (p. 229).

³⁷ Bettiol, *Diritto*, pp. 359, 360, a pesar de que siguiendo a Giacomo Delitala afirma que al legislador no debe preocuparle qué actos son preparatorios, y cuáles ejecutivos, sino la determinación de los actos punibles y de los impunes, observa que Vannini ha estudiado con gran agudeza el tema, y sostiene: es acto de tentativa "el que tiene en sí eficacia para producir el resultado lesivo; el acto que agrede el bien protegido, y allí es usado en la esfera de incidencia del sujeto pasivo". La última frase recuerda, sin variantes, la de Vannini acotada, motivo de la objeción formulada por Manzini. Por

propia terminología de estos autores para destacar la esencia del comienzo de violación. Para aquellos tratadistas, el acto ejecutivo se diferencia del preparatorio, en que agrede ya el bien tutelado por el precepto penal; en que la ejecución supone

otra parte, la *esfera de incidencia del sujeto pasivo*, tónica para la acción ejecutiva, carece de solidez en cuanto se consideren los delitos que lesionan bienes sociales; intereses de Derecho público, en que el sujeto pasivo primario es "la fe pública", o la seguridad del "Estado", p. ej. El sujeto pasivo, carente de individualidad humana, de *corpus*, está siempre en la llamada esfera de incidencia de la actividad culpable, y por ello desde la preparación habría ejecución. Pannain, *Manuale*, pp. 404, 405, comparte la concepción objetivo-formal, pues apunta: "la ejecución de un delito se inicia con los actos de agresión al bien jurídico protegido, es decir, cuando el agente comienza a ponerse en posición de neto contraste con el mandato legislativo, cuando se comienza a poner en existencia una actividad que bien puede ser causativa del resultado prohibido"; recordando las argumentaciones de Vannini y Sabatini (vid. retro. cita no. 26), especialmente el criterio de Grispigni sobre la causa, que ayuda a la comprensión de la actividad ejecutiva, en orden al fin perseguido por la norma al tutelar determinado bien o interés, sea individual, sea de carácter social. En extremo significativas las indicaciones de Antolisei, en *Problemi*, cit., pp. 40, 65, 67 y 86, para la comprensión del fin de la norma, que es tanto como decir la científica interpretación de la ley.

una actividad que puede ser causativa del resultado prohibido.

Mezger³⁸ se afilia decididamente a la concepción objetivo-formal beligniana; recurre por ello

38 Mezger, *Tratado*, II, pp. 200 y ss. Con interrogantes que reviven las expresiones de Vannini, el profesor germano parte de la consideración subjetiva de la tentativa, pues debe previamente indagarse si el sujeto ha preparado el delito, o si ha comenzado su ejecución; que por tal motivo la intensidad de la voluntad delictuosa manifestada, no es asidero firme para el distinguo, ya que en todo caso la voluntad está presente en el acto preparatorio como en el ejecutivo (vid. retro. d.); supuesta la voluntad de delinquir, sólo con un criterio objetivo es dable la investigación, sin que sea "fácil recoger en una fórmula de validez general la delimitación neta y terminante entre los dos grupos de acciones (actos preparatorios, actos de tentativa). Frank, parágrafo 43, II, 2, afirma incluso: "tal deslinde neto y terminante..., no se ha conseguido hasta ahora, y no es siquiera posible". Rocco así lo asegura en la *Relazione*, insisten Saltelli y Romano, comparte el punto de vista Antolisei y lo refrenda Hippel. Acepta Mezger la postura de Beling, acudiendo al tipo y al mismo tiempo al "bien jurídico protegido por la ley". Habla de los tipos que requieren medios o varios actos, donde el uso del medio y con el primer acto hay comienzo de ejecución. Descartando la procuración de medios "e instrumentos para cometer el delito, el estudio del instante más oportuno para cometerlo, el trasladarse al lugar de ejecución, el acecho, las precauciones tomadas para evitar el

al tipo y al bien protegido, desde el lado formal, y a la intención probada unida a la acción idónea, en el ángulo objetivo.

descubrimiento, etc.; pues las medidas de esta índole no son generalmente necesarias y por ello no pertenecen a la ejecución, esto es, al tipo". No compartimos el punto de vista del autor, en lo que atañe al acecho, como podría serlo también la simulación de amistad con el propósito de delinquir —calificativas de lesiones u homicidio en nuestro C. Penal—, por cuanto que substanciando parte de la norma accesoria, están ya agrediendo el bien tutelado. Aquí nos adscribimos al pensamiento de Hippel, que será desarrollado al tratar de la tentativa circunstanciada. El profesor de Munich acude a las delimitaciones formales, y ofrece la expresión "núcleo del tipo", así como el verbo utilizado por la ley, "que encierra en sí el resultado". Añade: "En consecuencia, existe especialmente una delimitación material, cuando en vez del tipo formal se coloca en primer plano el 'bien jurídico' y el ataque contra él dirigido: así entiende, por ejemplo M. E. Meyer, 352, como actos de ejecución aquellos que atacan al bien jurídico. En dirección análoga marchan Kohler, 447, y Sauer, 463, este último rechazando de modo expreso el criterio formal-típico y con parcial referencia a la teoría de la causalidad (pensamiento de la adecuación)." Señala: p. 206, "el punto de partida lo constituye fundamentalmente la concepción jurídico-positiva-formal... Como en otro caso, también aquí todo problema de la interpretación científica de la ley es una actividad que discurre desde el punto de partida formal a la captación material del sentido. En este sentido habrá que afirmar siempre la existencia de una acción que

Creemos que la postura del distinguido jurista ibero don Luis Jiménez de Asúa es la misma de Beling, al hablar de las acciones que penetran en el "núcleo del tipo", como constitutivas del comienzo de ejecución, discriminando las acciones que facilitan la empresa pero que aún no lesionan el bien protegido en el precepto penal. El verbo da la tónica a la acción; él nos indica en cada caso concreto cuándo la acción se adecúa al tipo y en qué momento aun no es de las propias del tipo. Y el mismo penalista incide en la salvedad de que no hay una separación matemática entre preparación y ejecu-

pone en peligro el bien jurídico, por tanto, de una acción punible de tentativa, cuando el autor haya hecho todo lo que, según su criterio, es necesario para la consumación del delito". La afirmación final tampoco la compartimos: la tentativa acabada pierde en el pensamiento de Mezger su asidero objetivo, material, para convertirse en tentativa completa a causa de la creencia, muchas veces errónea, del sujeto que agita. A ello se aludirá posteriormente, y la transcripción obedece al interés de que sea captado el criterio de tan ilustre escritor, en torno del delito tentado; entra en consideración el fin de la norma, el bien protegido, si bien ya en la tentativa acabada no es el bien tutelado y la acción lo que deciden, sino contradictoriamente el puro pensamiento del culpado.

ción; que cada acto debe ser estimado en referencia al precepto penal, al fin de la norma.³⁹

En síntesis:

Habremos de desechar la concepción carrariana de la univocidad, porque ella castiga el probado propósito de delinquir.

De igual manera habrá que rechazar la tesis del ataque a la esfera jurídica de la víctima, pues cuando ésta se encuentra alejada del sujeto activo, como en el ejemplo de Impallomeni, no habría ejecución sino preparación, lo cual es ab-

³⁹ Jiménez de Asúa y Oneca, *Derecho Penal conforme al código de 1928*, Madrid, 1929, pp. 148 y ss. Al tratar de los actos preparatorios y de los ejecutivos advierte la dificultad de proporcionar un criterio firme para su distinción, pero explica que en la práctica no lo es tanto, aduciendo ilustrativo ejemplo. Este refleja el criterio objetivo-formal. Funda la punibilidad de la tentativa "de un lado, en la voluntad criminal, que se da igual que en el delito consumado, y de otro lado, en el peligro en que ha estado en un momento dado el bien jurídico que se atacaba, así como la alarma, o daño social que ocasiona". Igualmente al reseñar in extenso valioso estudio sobre la tentativa, dirigido por él, refrenda la postura. "El Criminalista", IV, B. Aires, 1944, pp. 207 a 250, y en "La Ley y el Delito" con acabada técnica analiza la *actuación típica de ejecución*, y señala los casos límite. pp. 590 y ss.

surdo; y al faltar el sujeto pasivo individualizado entra en bancarrota la teoría. Por otra parte, la acción que agrede al sujeto pasivo del atentado puede ser delito en sí, puede ser tentativa, a esto último ayuda la comprensión unitaria de la acción y no el sentido abstracto con que la tiñe el autor. Digamos sin embargo que el ejemplo dado por el egregio Carrara, no alude a la acción que agrede al sujeto pasivo del atentado y es ejecución, como él reconoce.

El pensamiento de Manzini, compartido por Vannini y Bettiol, aparece iluminado en las exposiciones de Ranieri, Mezger, Hippel y Pannain, bajo el signo de la tipicidad de Beling. Es preciso, conforme a tal postura:

I. El peligro corrido, lo cual supone la acción idónea, pues si ésta es absolutamente inidónea es inconcebible la puesta en peligro del bien tutelado.

II. El juicio de *prognosis póstuma* de Liszt.

III. El dolo de la consumación (aun el indeterminado y el eventual, las dos formas del preterintencional serán examinadas posteriormente).

IV. La comprensión unitaria de la acción; es decir, su cabal análisis en mérito del sujeto activo, del sujeto pasivo, del bien tutelado y de todas las circunstancias, como ha sido subrayado por el fino espíritu de Massari y refrendado por Antolisei, Mezger, Saltelli y Romano Di Falco.

V. Los requerimientos materiales del tipo principal; la actividad propuesta por el verbo dan la nota característica a la acción ejecutiva. Si el delito-tipo exige acciones sucesivas, ya las primeras son comienzo de ejecución; de igual manera la actuación, completa o incompleta, de la circunstancia, es ejecución.

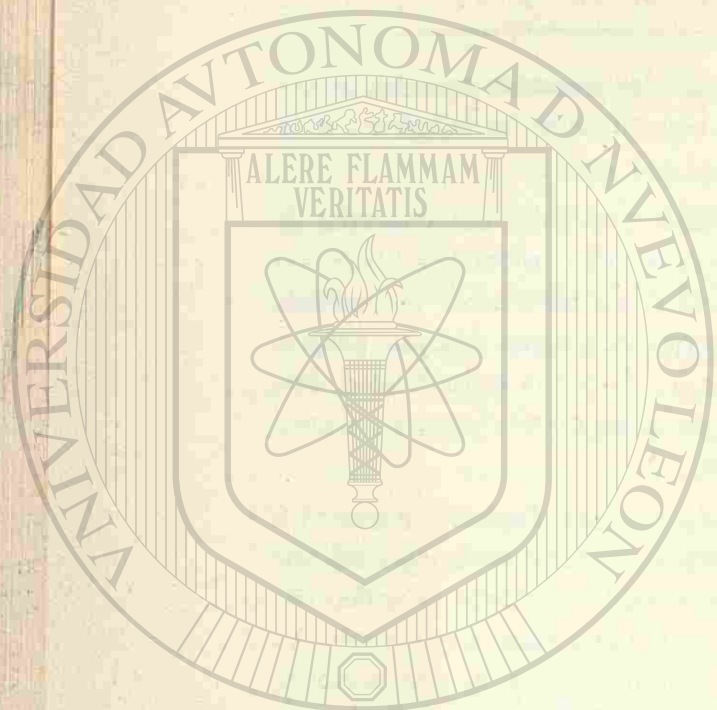
VI. En todo caso el fin de la norma, la agresión al bien tutelado, la consideración finalista en la interpretación de la ley, sirven al accertamiento de la actividad propia de la ejecución.

VII. Todos los actos que obedecen a la intención de preparar el delito, los que facilitan la empresa, no son adecuados al tipo, son meros actos preparatorios, sin que precise la distinción carrariana de preparatorios absolutos y preparatorios contingentes.

tes, pues en ocasiones los primeros son delitos *per se*, en atención al bien tutelado en la norma de la que derivan.

VIII. Es imposible prescindir del concepto de causa para la elaboración de la teoría de la tentativa; ella nos interesa como referencia al resultado propuesto, que permanece como simple peligro. Causa natural, restringida por la culpabilidad, desempeña un papel de orden primerísimo en el concepto de tentativa.

IX. Peligro-*causa*, tienen función normativa. No puede suprimirse el carácter emocional del juicio, aunque predominen los factores de orden objetivo. La esencia de la causa viene de la norma, ya explícitamente, ya implícitamente, por analogía, como es destacado por Grispigni y Delitala. Sobre tal base adquiere relevancia el juicio del peligro, que es puramente subjetivo en cuanto que sólo el que juzga lo forma, pero objetivo por fincarse en una realidad tempo-espacial.



CAPITULO QUINTO

TEORIAS SUBJETIVAS

Donde alcanza plena validez la univocidad carrariana, es en el ámbito de las teorías subjetivas de la tentativa. Ellas postergan la puesta en peligro prefiriendo la intención que revela la peligrosidad criminal del sujeto que agita, o sin atender al estado peligroso, estiman la actuación del culpado como causa equivalente a aquella podría haber puesto en peligro el bien tutelado.

Para la primera tesis, basta el acto unívocamente preordenado del culpable, independientemente de su relación objetivo-formal con el tipo, de ello resulta que la figura hipotizada en el precepto penal no adquiere en el exterior la materialidad de su ofensa; la lesión del bien protegido, así sea parcial

—el “comenzar a matar”— es simple meta remota, ajena al proceso causal, ya que el pensamiento exteriorizado del sujeto se juzga por la dirección. El Derecho penal bajo tal signo no es protector de un bien jurídico y de su goce tranquilo, sino que protege a la sociedad del sujeto que tiene aptitud, capacidad para delinquir. La probabilidad del resultado temido, en mérito de la personalidad del culpable, como resumen Grispigni, Liszt y Antolisei, va ligada no objetivamente, sino sólo subjetivamente. Para la segunda se prescinde de la personalidad del imputado y basta su concreta actuación referida al tipo, pues cada uno de los actos puestos en el curso causal tienen el mismo valor natural y jurídico.

Pierde pues toda importancia la separación que la *realística* se empeña en establecer, entre tipicidad y atipicidad por ausencia de cualquiera de los elementos de la figura accesoria. Los medios absolutamente inidóneos, los relativamente inidóneos que sí son inculminables por motivos especiales, diversos de los sostenidos por los subjetivistas, la carencia absoluta de objeto, la ausencia accidental del mismo —justiciable de la misma manera que el acto relati-

vanamente inidóneo—; la instigación de la autoridad —una de las formas del delito putativo para Florian—, no tienen ya razón de ser en el positivismo penal y en la equivalencia de condiciones. Mas ha de preguntarse si en realidad, al trastocar las esencias aún puede hablarse de Derecho penal.

El eminente Ferri,⁴⁰ defensor apasionado del estado peligroso, afirma, con relación al criterio rector que desempeña la aptitud para delinquir del sujeto, en la tentativa, que mientras la Escuela Clásica sigue una dirección objetiva, mira al acto y abandona cualquiera indagación sobre la personalidad del sujeto, el Positivismo Penal sólo toma el acto “como síntoma y expresión de la personalidad del delincuente”; que por ello, la búsqueda afanosa del distingo entre actos preparatorios y actos ejecutivos, a que jamás se pudo llegar, no tiene sentido, pues de la misma manera que el perturbado mental y el sano están sujetos a medios sancionatorios por parte del Estado, “resulta que también todos los actos en cualquier grado o forma de reali-

⁴⁰ Ferri, *op. cit.*, pp. 506, 507 y 597. Ver Vannini, *Il problema*, cit., p. 20.

zación externa del pensamiento delictuoso son punibles por ser la ejecución de un propósito criminal y no indiferentes o legítimos... También con los actos preparatorios hay realización del propósito criminal, y, por tanto, la ejecución del delito ha comenzado, y, en consecuencia el que la realiza debe estar sometido a la correspondiente sanción". La cercanía o lejanía del acto, unida a la peligrosidad sirven para la dosimetría penal, pudiéndose llegar al perdón judicial.

Esta postura ha sido además compartida por Garofalo, Tarde, coincidente con el pensamiento de Maggiore, aludido líneas arriba, al igual que el de Paoli, Arámburu y Z., Delitala, Cavallo y v. Buri, para quienes la resolución manifestada es tentativa.

a) Vannini —*Il problema...*, p. 16— dice que Cavallo afirma: "Los actos que se cumplen, cuando no proceden de un demente, son siempre ejecución de una decisión y por ello siempre ejecutivos."

b) Maggiore —*Principii...*, I— apunta: "Lógicamente hablando, todo aquello que sigue a la *cogitatio* criminosa es ejecución". Repite con Im-

pallomeni: "La tentativa punible es la ejecución frustrada de una determinación criminosa", pero vuelve a su criterio anterior al expresar: "La manipulación de un veneno potente, la preparación de una bomba u otro explosivo, el adquirir un aparejo con flama oxídrica para forzar una caja fuerte, la alteración de la cualidad de una substancia u objeto, a fin de defraudar al comprador —todos ellos medios idóneos— bien pueden constituir tentativa, si resulta de modo seguro probada su preordenación al delito"; y en seguida refuta el fallo de la casación italiana que declaró acto preparatorio el introducir agua en una ave muerta para aumentar el peso, porque aún no había oferta (pp. 549 y ss.).

c) Paoli —*Principii...*, III, p. 17— sintetiza: "Se obtienen los medios, se ponen en la serie causal, y el delito está en marcha."

d) Ferri —Exposición de Motivos, p. 597— declara que "la tentativa de delito... —bien como conato próximo, bien como conato remoto— constituye, con la agresión contra el Derecho, la manifestación positiva de una personalidad criminal". En su obra *Principios...*, p. 493, al rebatir el pensamiento de Manzini, dice: "Los actos preparatorios contienen en sí este principio de ejecución, aunque lejano de la meta, en cuanto —y esto conviene que

no lo olvidemos— son la exteriorización realizadora de un propósito delictivo.”

e) Mezger —*Tratado* . . . , II, pp. 210 a 212— explica que v. Buri defendió la concepción subjetiva argumentando que lo esencial en el delito tentado es la ausencia de algún momento del delito consumado, y si falta cualquier momento no existe lesión jurídica completa, ni una mitad, ni una parte, siendo indiferente por ello la naturaleza del medio o la inexistencia del objeto, para concluir que el criterio que se remonta a la intención, el subjetivo, es el único valedero lógicamente.

f) Liszt —*Tratado*, III, pp. 16 y ss.— afíliase al criterio objetivo-subjetivo; desecha la incriminación de los actos preparatorios; destaca el comienzo de ejecución en los delitos que requieren acciones sucesivas, cada una de las cuales es ya ejecución; lo mismo que en la utilización de medios, expresamente previstos por el tipo: falsificación de documentos y su uso, para la primera hipótesis; la violencia en el robo y el engaño en la estafa. Señala la no incriminación de la instigación o actividad mediata, en sí; pero su punición a causa del comienzo de ejecución por parte del autor material.

g) Garraud —*Traité* . . . , pp. 376 a 382— adopta un sistema de exposición particularmente confuso y frecuentemente contradictorio, como es notorio en todo lo largo de su exuberante y exegética obra, pues en tanto subraya que la tentativa nace en el comienzo de violación a la norma, entiende por ello los actos encaminados directa e inmediatamente al delito; insiste en la importancia que tiene la univocidad del acto para la separación jurídica entre preparación y tentativa inacabada, para después afirmar que es un criterio de relativa validez; y, finalmente, en los ejemplos que propone se adscribe sin duda al criterio objetivo-subjetivo.

h) Battaglini —*Diritto Penale*, p. 245— expresa que Delitala, en torno del precepto relativo del Código Rocco, afirma que ahí se trata de “punir no el hecho violatorio de bienes o de intereses, en cuanto culpablemente querido, sino la voluntad de delinquir en cuanto ha sido manifestada inequívocamente”.

Por su parte el autor sostiene: “con este criterio se terminaría por punir la mera intención delictuosa, en cuanto ha sido probada de modo seguro, lo que contrasta con el criterio adoptado por nuestro sistema penal; porque si para este sistema penal fuese bastante la mera intención delictuosa segura-

mente probada, no se habría requerido el extremo de la idoneidad"; para decir adelante que el elemento causal para realizar la mutación del mundo externo, es imprescindible en el delito tentado; que hay comienzo de ejecución cuando se inicia la agresión al bien protegido en el modelo abstracto de la norma; que en la obediencia jerárquica —p. 188— el superior no responde por tentativa sino cuando el inferior ha iniciado la ejecución; que en el dolo indeterminado el resultado decide; pero probada la intención, puede existir el delito frustrado o tentativa inacabada.

i) Juan P. Ramos —*Curso de Derecho Penal, Segunda Parte*, 1943, p. 288— si bien enuncia primeramente una idea impropia para el logro de la separación conceptual entre preparación y tentativa cuando dice: "actos de ejecución son aquellos que se dirigen directamente a la realización del hecho delictuoso", después certeramente indica que "se reprime la ejecución del delito, no se castiga la maquinación del delito"; que la vida del crimen "comienza con la idea de cometer el hecho delictuoso y termina con el disparo del arma", que en todo "ese proceso el acto de ejecución sólo comienza cuando la persona descerraja el arma", y los anteriores actos son simplemente preparatorios, no

susceptibles de punición; pero que, entre preparación y ejecución no hay una línea precisa.

j) P. S. Mancini —*Proyecto de Código Penal Italiano*, trad. de V. R. y Girón. Madrid, 1879— señala como elementos del delito tentado: La intención en el sujeto activo de cometer un delito, el comienzo de ejecución, la no realización de todos los actos necesarios para la consumación, y la suspensión por fortuito; diferenciado así el delito frustrado. Discrimina, por ser preparatorios, los pensamientos, las resoluciones criminosas, las amenazas, lo mismo que la acción absolutamente inidónea, por no haber peligro y ejemplifica.

k) Arámburu y Z. —*Comentarios a "Elementos ..."*, Pessina, Madrid, 1836—, después de objetar el criterio del autor sobre la tentativa, indica que algunos delitos admiten fragmentación de los momentos psíquicos y físicos, configurándose el *iter-criminis*; disposición, deliberación, resolución, preparación y ejecución, perteneciendo a esta última fase la tentativa, la frustración y la consumación; y afirma: "si a nosotros se nos pregunta en cuál de estos momentos se da la lesión o infracción del derecho que reclama el empleo de la facultad pu-

nitiva oficial, no vacilamos en responder que la resolución demostrable reúne todos los requisitos necesarios al efecto", p. 516. En sentido contrario, adhiriéndose al "comienzo de la violación de la norma penal", Cuello Calón en *Derecho Penal*, I, Barcelona, 1935, pp. 497 y 498.

Garofalo, en *La Criminología. Estudio sobre la naturaleza del crimen y teoría de la penalidad*. Trad. de P. Borrajo, Madrid, 1912, como paladín del positivismo penal, se une a la teoría subjetiva; declara por otra parte su asentimiento a la postura de v. Buri, parcialmente, y con referencia al distinguo entre preparación y ejecución, dice que los actos preparatorios serán punibles en "los casos en que éstos se cometan por delincuentes habituales de la figura especial que ejercitan"; que tales actos debe estimarse como "verdaderas tentativas criminales en los delincuentes habituales o incorregibles, y en todos los que manifiestan de una manera inequívoca su intención". (Aquí es donde con mayor claridad se nota el ámbito de validez de la tesis carrariana.) Objeta la postura germánica al reclamar la impunidad en los casos en que el sujeto no sea peligroso, pues "la razón de la pena deja de existir; no siendo el delincuente temible no debe ser castigado"; y sintetizando su pensamiento sobre el instituto proclama: "para nosotros es punible el acto

exterior en cuanto revela la criminalidad del agente, y la pena no es más que el medio de desvanecer el peligro que nace del agente mismo". En lo que atañe al delito imposible por inexistencia del objeto o por inidoneidad absoluta de medios, su criterio permanece congruamente ligado al "presupuesto general de la responsabilidad", como será acotado en el sitio oportuno, pp. 370 a 388.

El eminente maestro Mariano Ruiz-Funes,⁴¹ señala los beneficios incalculables rendidos por la teoría subjetiva debida al Positivismo penal, en cuanto que la "realística" abandona la acción válida de medios absolutamente inidóneos o dirigida sobre objeto inexistente, sin penetrar al estudio del malvado; pero al mismo tiempo marca la proyección anticientífica que pretende castigar al hombre por su querer malvado o su condición de peligroso.

En su extenso y brillante estudio sobre la peligrosidad encontramos concretas referencias. "De nuevo hemos de subrayar —expresa el maestro español— en relación con esta tesis, el notorio error

⁴¹ Ruiz-Funes, *La peligrosidad y sus experiencias legales*, Habana, 1948, pp. 175 a 177.

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 accesorio. 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 accesorio, 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 accesorio, 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 Grisigni —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, rioso 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 rioso y el tumultuario — el dolo con las modalidades señaladas antes. Queda suprimida, por la excepción, la figura accesorio, 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.

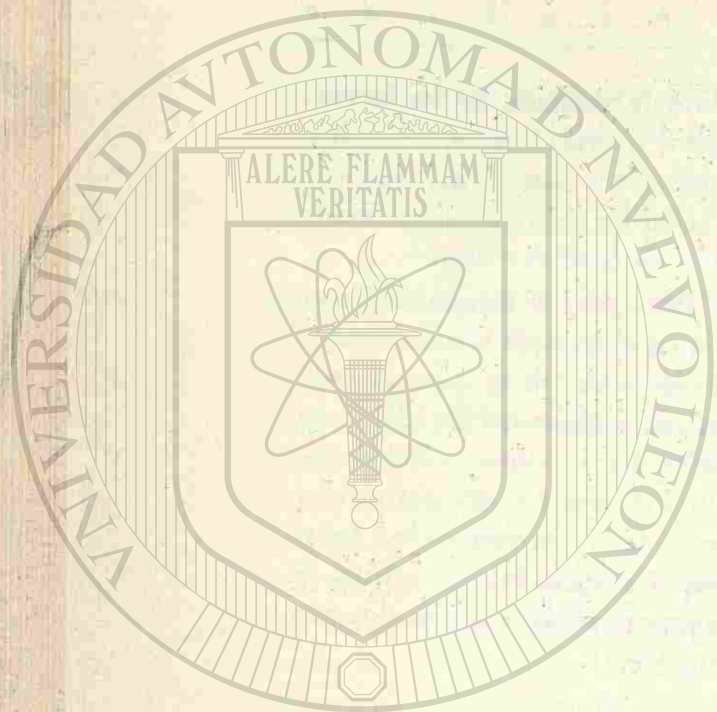
Del mismo modo la tentativa queda absorbida por la figura privilegiada (vid. Carrara, *op. loc. cit.*, p. 406; Liszt, *op. cit.*, p. 128; Mezger, *op. cit.*, I, 227 n.).

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 corresponsiva, 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.



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 Bettiol, 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-

facultad 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

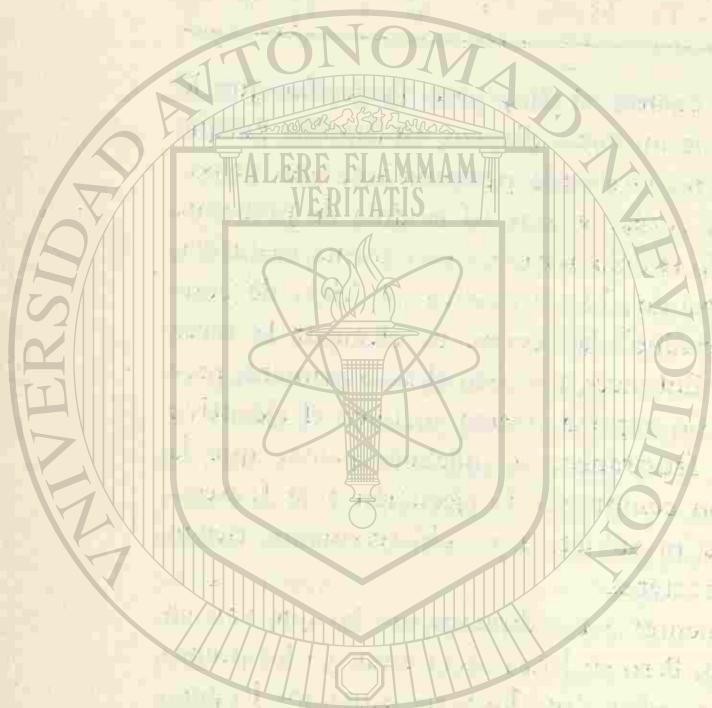
en las modalidades que serán estudiadas en los dos capítulos posteriores.

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.



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

CAPITULO SEPTIMO

LA ACCION IDONEA

Hemos recogido el criterio científico, para el que el enfoque carrariano de la univocidad "está delimitando el valor sintomático de los actos, como expresión de la dirección subjetiva", con la síntesis de Pannain; que el "un en seguida temporal" de la actividad desplegada por el sujeto, "a nadie convence" por ser un retorno a la tesis cronológica, en la explicación beligniana. La ley no pune, se dice, el pensamiento criminoso, ni su exteriorización en todos los casos, sino solamente cuando ésta pone en peligro el bien o interés tutelado por la norma y cuando es su voluntad sancionar pensamiento o preparación, lo hace creando figuras autónomas. Vannini, Mezger y Hippel lo han des-

tacado. A los efectos de la incriminación, en la tentativa, es de especial relevancia la acción que se conforma a un modelo legal a la que falta exclusivamente el resultado y por ello, "no prescinde de la idoneidad de los actos", apunta Ranieri. Hemos repetido con Bettiol que "es definitivo no ya la proximidad o lejanía del acto, sino su concreta capacidad para producirlo", en lo que está de acuerdo Grispigni, al decir que la idoneidad de la acción, su "capacidad" para producir con certeza el resultado, lo mismo que aquella relativa, son la base de la sanción de la conducta y sin ella la conducta no es punible; y Massari anota que "tanto los actos preparatorios como los ejecutivos presuponen una aptitud causal". Saltelli y Romano requieren la idoneidad, esto es, "la aptitud para producir el resultado", de tal modo que medie "relación de causalidad material del acto mismo con el fin propuesto". Manzini acota que el Derecho penal no debe acudir a sancionar una acción que no consiente absolutamente la producción del resultado; y Ramos dice que "se reprime la ejecución del delito, no se castiga la maquinación del delito". Béling

y Mezger, acuden a la atipicidad de la acción a la que falta poder de causación (implica el no peligro típico), la antijuridicidad objetiva: la ley sólo pena la consumación, la lesión del bien o interés, y supuesta en peligro, lo que está ausente en la acción inidónea absoluta.

¿Cómo se podría afirmar el "neto contraste" entre la voluntad individual y la del precepto legislativo, si aún la acción no es una "fuerza que lucha con el contenido volitivo de la norma", puesto que ella sólo revela el querer del sujeto, pero objetivamente no agrede el bien protegido? La construcción de Vannini perdería todo sentido, olvidando la idoneidad concreta de la acción. Si todo acto preparatorio revela la intención por poseer su propia objetividad, por "ser siempre directo a la perpetración del delito", según Impallomeni, olvidado el poder de ofensa sería inútil acudir al distinguendo entre preparación y ejecución.

No se presentaría como estudio lógico proseguir, del deslinde entre preparación y ejecución, al de la acción idónea e inidónea, si sepultáramos la importancia causal de la misma acción. Una acción

que no puede jamás poner en peligro un bien o interés jurídico no es acción agresiva, pero si se quiere castigar, entonces castigüemos el pensamiento desde su primera aparición, desde que produce un cambio en el mundo — sea preparatoria o ejecutiva —, porque revela, lo mismo que aquella otra, la voluntad perversa: si actuamos congrüamente y castigamos el querer malo, hemos perdido el tiempo separando preparación de ejecución, pues todo "lo que sigue a la *nuda cogitatio* es ejecución". Sólo queda sin castigo el puro pensamiento, y advertimos que salimos del campo de la equivalencia de condiciones en la acción absolutamente inidónea, porque ésta ni siquiera tiene el carácter de *condición*.

A decir verdad, con esta postura, la disención acortaría. En un primer análisis, llegaríamos a la exclusión del problema de la causalidad; la lucha, en segundo término, se libraría en el terreno del Positivismo, sin "logomaquias", como las titulara Ferri, sin ciencia jurídica: el presupuesto de la responsabilidad aludido desempeñaría el papel rector y se establecería con ella si la resolución mani-

festada es tentativa, si el mandato, etc., constituye la figura, o si ella empieza con la preparación *contingente*. La clasificación de los *delincuentes* sería basal, pero no para la aplicación de una pena siempre, como lo hace el C. de 71, sino sistemáticamente, lógicamente, como procede el Positivismo: pena para el delincuente *normal*, su individualización; medida de seguridad para el delincuente anormal; o pena capital, "contra la corriente", para el nato o el incorregible, para los "monstruos humanos", en la política criminal de Garofalo y Lombroso. No es lucha de Escuelas, sino una lucha apacible dentro de una Escuela, al repudiarse el presupuesto de la idoneidad de la acción.

La idoneidad de la acción sigue siendo para nosotros, en el Derecho penal, no en el preventivo y en orden a la tentativa, un elemento básico, esencial.⁴³

⁴³ Massari, *Il momento*, edic. 1934, p. 175, explica: "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." Carrara, *op. cit.*, p. 362, examina la idoneidad de la acción en referencia al sujeto pasivo de la consumación y al sujeto pasivo del atentado. Manzini,

Si partimos del principio de que la tentativa requiere la antijuridicidad objetiva; que se castiga no

Trattato, II, pp. 378 y 383, sostiene: "tanto vale querer sin actuar, como actuar de modo necesariamente estéril". Mezger, *op. cit.*, II, pp. 215, 216, remarca: "especiales merecimientos ha contraído Graf Zu Dohna en lo que concierne al esclarecimiento de la teoría de la ausencia de tipo en sus distintas referencias. La tentativa no es sino un caso especial del error (p. 38). Pero el error sobre las circunstancias de hecho que acompañan a la conducta no puede nunca fundamentar la tentativa (p. 46). SOLO ES POSIBLE QUERER ALGO QUE YACE EN EL FUTURO." Liszt, *Tratado*, III, p. 17, sigue igualmente el criterio objetivo-formal, con las inexplicables desviaciones a que posteriormente se aludirá. Conf. Vannini, *Lineamenti di Diritto Penale*, Firenze, 1932, p. 145. Particularmente significativa la siguiente expresión de Manzini, *Istituzioni*, p. 142, pues razona: "el Derecho penal no tiene razón de intervenir cuando el acto concreto se ha presentado de modo que no consienta absolutamente la verificación del resultado. La sola intención de matar a una persona no tiene importancia jurídica diversa de la de tentar matarla con propinarle, conscientemente o en forma inconsciente, azúcar en lugar de veneno"; señalando además que: "para juzgar la inidoneidad que hace imposible la tentativa, es necesario que el medio o medios puestos en acción por el agente constituyan en sí mismos un obstáculo natural y necesario a la actuación eficaz de la voluntad delictuosa, debido a la aberrante actividad del agente, de modo que ésta no pueda rendir eficacia nunca, en ningún caso, por el fortuito"; Impallomeni, *Istituzioni*, p. 350; Pannain, *Manuale*, p. 419; Grispigni, *Diritto*, II, pp. 124 y 135.

la intención unívocamente manifestada por el acto, sino aquélla y el acto que agrede el bien tutelado, sólo hay agresión cuando el medio es apto para producir el efecto prohibido por la norma penal. Si falta la agresión por la imposibilidad absoluta, total, completa, en el caso concreto, no hay estado objetivo de peligro y ahí falta tentativa punible.

Antes fué precisado que la acción carece en sí de valor, éste viene dado en la apreciación judicial, mas para su comprensión es necesario acudir a todos los factores que la anteceden y concurren con ella: la intención del sujeto activo, el medio que utiliza, el objeto sobre el que debe recaer, las cualidades de los futuros protagonistas, y todas las circunstancias de ambiente. Es pues definitivo el examen de la acción no abstractamente sino concretamente. La doctrina dominante acepta que un medio puede ser causalmente eficaz con relación a un objeto material en el que se hace incidir la acción, y en cambio inepto para producir el resultado querido en otro objeto.

Una dosis de azúcar —con el ejemplo repetido por la mayoría de los autores— puede ser capaz de

poner en peligro la vida de un diabético y es totalmente inofensiva propinada a un hombre sano. Un medio "moral" puede poner en peligro, e incluso causar la muerte de una persona que sufra afección cardíaca, y es inepta para provocar cualquiera alteración de la salud de un hombre de salud equilibrada. La idoneidad no es (igual la preparación) un concepto generalizable; su adecuación proviene de las circunstancias de ambiente y personales de la víctima o del objeto.

Demostrada la inidoneidad total, falta la puesta en peligro típica y en Derecho penal la tentativa punible.

Si en el caso concreto tal inidoneidad sobrevino por el fortuito, haciendo imposible absolutamente la realización del delito, esto es ya elemento, requisito de la tentativa. La inidoneidad sucesiva de la acción, entra igualmente en el campo del error irrelevante, dejando prendida la actuación por tentativa.

Es obvio que sólo cuando el obstáculo insuperable viene desde el momento en que el sujeto activo empieza a agitar, en confrontación con el objeto

al que dirige la actuación, hay tentativa impune, atipicidad. La concepción de la causalidad adecuada, con las restricciones acotadas, soluciona los problemas que pueden ofrecerse al intérprete de la ley.

La idoneidad, y por ello la inidoneidad, es un elemento objetivo. No interesa la creencia del sujeto activo. A los efectos de la represión es superflua la estimativa del agente sobre el valor causal de su acción. Si se funda la punibilidad de la tentativa en esa intención, insistimos, la causalidad no desempeña ya ninguna función en el Derecho de castigar.

Al subjetivismo —positivista, o fincado en la equivalencia de condiciones— le parece que la malicia del sujeto es bastante para motivar la incriminación. Beling⁴⁴ sintetiza admirablemente los

44 Beling, *Esquema*, pp. 103 y ss., separa nítidamente las acciones punibles por tentativa, de aquellas impunes, en los siguientes términos: "No son de la clase del delito-tipo y, en consecuencia, no hay tentativa en el sentido del art. 43, en los casos llamados de *tentativa absolutamente inidónea*, constituidos por acciones que, tal como eran, y bajo las circunstancias del caso, no podrían llegar a ser nunca una realización del tipo (p. ej., una mujer no grávida toma un me-

reparos oponibles al subjetivismo, que comparten Mezger y Hippel siguiendo las enseñanzas de Binding en la concepción objetiva.

dicamento no abortivo, un ciego aplica un fósforo a una roca), por oposición al verdadero principio de *porque o bien se detuvo la continuación de la acción o bien no se produjo la continuación causal del suceso*. "Tal es la opinión dominante (teoría objetiva) divergente de la teoría subjetiva. Esta proviene de la época en la cual no se sabía distinguir la antijuridicidad de la culpabilidad, considerándose antijurídica toda acción proveniente de un querer malo. La verdad es que las acciones que nos ocupan no tienen en sí mismas ningún contenido ilícito (y en todo caso ninguno que corresponda al concreto tipo delictivo); carecen objetivamente de significación si es que no son totalmente conformes al Derecho (nadie duda de que el médico obra conforme a derecho cuando suministra la medicina curativa, aun cuando creyera que fuese veneno y quisiera matar al paciente). En la *tentativa absolutamente imposible* lo que contraría al Derecho es simplemente el querer malo del actor. Con lo cual la teoría subjetiva va a parar en la punición de lo meramente interno del hombre; pero como ella debe reconocer que con eso se subvertiría un principio fundamental del Derecho penal, pretende que las acciones de que nos ocupamos se dan, también objetivamente en forma suficiente para la punición, por cuanto contienen una manifestación del querer malo, y no sólo un querer como tal. Pero las acciones por medio de las cuales se descubre un plan malvado, para el Ordenamiento jurídico son, naturalmente, muy bien venidas, es decir, no antijurídicas. Finalmente, la inestabilidad de la teoría de la manifesta-

Se estima impropio hablar de medio idóneo o inidóneo, pues entendiéndose por tal lo utilizado por el sujeto para alcanzar el propósito, la idoneidad

ción se muestra en el hecho de que la ley ha dejado impunes las acciones preparatorias, las cuales, del mismo modo, ponen de manifiesto un querer malvado." Sin embargo, una crítica merece el primer ejemplo aducido por el ilustre jurista alemán. Esta nace del hecho de que ahí donde la atipicidad surge del medio absolutamente inidóneo, es inútil agregar la ausencia total del objeto del delito, por cuanto que éste motiva una atipicidad autónoma, especial, diversa de la primera. La propinación de substancia no abortiva, absolutamente inidónea para producir la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez, no pone nada en la *vida natural*, no aporta causa alguna para variar los fenómenos de la naturaleza, y es indiferente por ello que la mujer esté embarazada o no lo esté. Propinar a la mujer un té, creyendo que es una pócima de hebreo macho o de ruda, es medio "normalmente" inidóneo para producir un aborto; es absolutamente inapropiado para el resultado querido: la mujer grávida no sufre en su integridad corporal, ni el feto, aunque la intencionalidad fuera lesionarla o matar al feto. Si al té sedativo se une un *medio moral* que produce la muerte del producto de la concepción, o la puesta en peligro de su vida, estaríamos frente a un grupo de acciones concretamente idóneas para el efecto querido; pero si tales acciones se ejercen sobre mujer no grávida, así el medio sea de los "normalmente" aptos para el resultado, la atipicidad no está en la acción, sino en la carencia de objeto del delito. Cfr. Mezger, *Tratado*, II, p. 212; Hippel, *Manuale*, p. 228.

de la acción aparecería relegada a la estimativa de tal instrumento, cuando ciertamente lo importante es la acción que se sirve del mismo. El medio carece de substantividad, de valor, de eficiencia causal. Adquiere un signo jurídico por la intención del sujeto y la acción que le sigue, en la que se emplea, incluso, la fuerza propia del hombre mismo.⁴⁵

⁴⁵ Grispigni, al examinar el concepto de causa —*Diritto*, p. 227, II—, revisando la causalidad adecuada, adopta la postura del juicio de evaluación sobre la normal potencia de la acción, pero la reduce a sus debidas proporciones, al decir que el juicio es concreto, en relación con todas las circunstancias del caso, "teniendo en consideración todos los elementos externos, preexistentes, simultáneos, previsibles, supervenientes, que podrían unirse a la conducta formando con ésta la totalidad de las condiciones (causa) necesarias, suficientes, para la producción del resultado. Así que, una conducta generalmente idónea para producir un resultado, puede contrariamente presentarse como inidónea en circunstancias particulares; también puede verificarse lo contrario... Sería, por esto, un error discutir en abstracto si un puñetazo es o no idóneo para producir la muerte. Débese, en su lugar, proponerse el problema así: ¿Dado que una determinada persona se encuentra en determinadas condiciones de salud, un puñetazo es idóneo para producirle la muerte?" Por nuestra parte propondríamos el examen de la cuestión tal como lo realiza Jiménez de Asúa, en "El Criminalista", I, p. 214, II, pp. 215, 216, *La Ley y el Delito*, pp. 484, 485.

Si hemos reproducido las objeciones dirigidas contra la causalidad adecuada, en lo que concierne a la evaluación de la causa abstractamente, es lógico adherirnos, en este capítulo, a aquella dirección jurídica que estima la causa restringida o ampliada por la culpabilidad, y con el presupuesto de la causa *sine qua non*, naturalísticamente concebida.

La inidoneidad primitiva de la acción puede ocurrir por la "exquisita necesidad" del sujeto; él mismo, desde el inicio, evita la actuación de un medio que es "normalmente eficaz". Sólo existe la voluntad de delinquir. Quien olvida colocar las cápsulas en el arma de fuego para matar a su enemigo, y pretende matarlo tirando del llamador, no ha "comenzado a matar".

Pero igualmente la inidoneidad sobreviene, en ocasiones, por obra de tercero que produce error de hecho en el sujeto que agita. Si sancionamos la acción que trata de producir el resultado, como quiere Carrara,⁴⁶ ya no se incrimina la puesta en

⁴⁶ Carrara, *Programa*, vol. cit., pp. 247, 248, al elogiar un fallo que castigó por homicidio tentado al padre que carga un arma de fuego para matar al hijo, pero éste, advertido, la

peligro típica, sino los actos preparatorios contingentes que adquirieron su univocidad con el acto posterior inidóneo.

Quien prepara el veneno eficazísimo y observa los movimientos de la futura víctima para propinárselo en el momento oportuno, pero por la acción de tercero, que consciente o inconscientemente cambia el tóxico por una bebida inocua y ministra agua: no ha cambiado el curso natural de los fenómenos, no ha puesto en peligro la vida o integridad corporal de la víctima, le falta la "fuerza física objetiva", el peligro corrido. Si llevamos la punición a la preparación del veneno, por su univocidad, castigamos el acto preparatorio, ya que falta el comienzo de ejecución.

Se impone la distinción, entre tales especies de inidoneidad, y aquella que acaece evitando el desarrollo completo del curso causal, capaz de ser producido por la acción desenvuelta.

descarga y cuando aquél quiere dispararla falla naturalmente en su propósito homicida, porque a su juicio el acto de carga era impune en sí por la equivocidad, pero "el acto sucesivo, aunque inidóneo, le ha dado univocidad y lo ha vuelto punible".

Una es la acción que concretamente es inoperante, que no pone nada en la naturaleza y otra la que empieza a producir efectos, suspendidos por la acción del culpado, de la víctima, de terceros, o del fortuito.

Quien ministra veneno, pero inconscientemente en seguida proporciona a la víctima un antídoto, ha suspendido el efecto, pero la acción primera ha sido idónea, apta, capaz de producir el resultado tipificado: la inidoneidad sucesiva aquí sólo evita la consumación del delito, es por ello elemento del delito tentado de homicidio o de lesiones en su caso.

La dosis no letal de veneno, que se propina cotidianamente con intención homicida, es inidónea en cada acto concreto para producir el resultado; es *insuficiente* por voluntad del sujeto, pero en cada acto es puesta en peligro, al minar la salud de la víctima escogida.

Manzini⁴⁷ acude al término insuficiencia, para referirse a las hipótesis en que, por razones de ca-

⁴⁷ Manzini, *Istituzioni*, I, p. 142, fundamenta el distinguo de la siguiente manera: "la simple insuficiencia del medio respecto del fin no es inidoneidad, porque mientras ésta sig-

lidad, de cantidad o de modo en el medio, el resultado no se produce, pues el fortuito puede suplir lo que faltó al medio, en tanto que, en la inidoneidad es absolutamente imposible el delito, por falta completa de potencia causal en el medio.

nifica ausencia absoluta, completa, de potencia causal, la primera denota solamente deficiencia de fuerza para conseguir el propósito. Aquí la insuficiencia del medio, que puede ser determinada por razones de cualidad, de cantidad o de modo, no excluye la punibilidad de la tentativa, porque no hace imposible absolutamente el resultado que consuma el delito, en cuanto que el fortuito puede suplir la insuficiencia del medio aprestado." Igual en *Trattato*, II, 384. Para la objeción sobre la validez del distingo, no para los efectos de la incriminación, consultar Pannain, *Manuale*, p. 424. Conf. Grispigni, *Diritto*, II, p. 124; Vannini, *Lineamenti*, p. 144, *Il problema*, p. 20; Carrara, *Tentativa*, pp. 119, 120, igualmente en *Programa*, vol. cit., p. 244; hasta el mismo Ferri lo acepta en *Principios*, p. 506, y Florian, *D. Penal*, pp. 610, 616. Es por ello torpe decir que significan conceptualmente lo mismo inidoneidad absoluta e inidoneidad —insuficiencia— relativa. La ejecutoria de marzo 5 de 1950, Suprema Corte, amparo en Rev. 5206/949, analiza la intención de dañar y se decide por el más —ver antes Manzini, Carrara cita núm. 23—, concluye abstractamente sobre el medio, declarándolo apto para matar; es tentativa de homicidio el acecho preordenado, si el culpado tenía intención de dañar a una persona con un automóvil, arrollándola, aunque la víctima jamás estuvo presente.

A decir verdad no interesa profundamente el léxico; lo importante es dejar establecido el marco dentro del cual una acción puede considerarse imputable por tentativa y cuándo ella permanece fuera de la imputación.

Al logro de la finalidad propuesta, auxilia la afirmación de que lo evaluable en Derecho no es el medio, sino la acción, la conducta humana, en cuanto es típica, culpable y antijurídica.

Si tomamos el "medio" aisladamente, alcanzaremos un juicio de valor abstracto y llegaremos a conclusiones inaceptables. El medio puede ser en relación con las circunstancias y el objeto del delito, tan ineptamente usado, que resulte inidóneo en ese y en todas las hipótesis en que venga operando semejantemente; y un medio abstractamente inidóneo puede ser utilizado tan hábilmente, de acuerdo con el conocimiento del hombre superior, medidas todas las circunstancias —ambiente, objeto— preexistentes y concomitantes, que resulte eficaz para la producción del resultado. Por ello, es decisiva la consideración de la acción, que es lo justificable, no el medio, que no es objeto de la re-

presión penal. Pannain ha dicho que "la idoneidad del medio va juzgada en abstracto, la idoneidad del acto va juzgada en concreto, un medio abstractamente idóneo puede ser inidóneo en concreto... Un disparo de arma de fuego es, abstractamente considerado, un medio idóneo para matar, mas si viene producido a distancia superior de la que el arma permite es inidóneo para producir el resultado", y Vannini, objetando un fallo de la Casación Italiana que sancionó por homicidio tentado el acecho preordenado con fusil en mano interroga: ¿Cómo es posible juzgar de la idoneidad de este acto preparatorio: falta el sujeto pasivo, no sabemos a qué distancia, presente éste, el agente habría disparado...; no existe más que un instrumento abstractamente idóneo (el fusil), pero cuál es la acción que puede declararse idónea, en el sentido de poder afirmar que por ella el bien fué agredido?" Podemos aducir el ejemplo, no ciertamente escolástico, proporcionado por Hippel: el ligero golpe dado en el cráneo, que produce su fractura por un defecto óseo, ocasionando la muerte. Si el sujeto

activo conocía tal circunstancia y contaba con ella para lograr su propósito homicida; aunque la *causa* es normalmente inapropiada, fué concretamente apta y a tal potencia naturalística debe unirse el elemento finalístico: la voluntad del sujeto activo, en la forma expuesta por Grispigni, Asúa, Carnelutti y Soler. Se divide la imputación no por el resultado, sino por la culpabilidad: delito preterintencional o doloso nacen ya como hijos del querer; y el dolo de consecuencia necesaria aparece de la presunción de culpabilidad derivada de la normal y evidente potencia causal de la acción; hay aquí verdadera *causa adecuada*. Esto se lleva lógicamente al delito tentado, tomando en consideración el conocimiento del hombre superior, del hombre ideal y del hombre inferior, para el juicio de necesidad.

La dosis escasa de veneno (persona enferma o sana); el disparo de arma de fuego (a larga o a corta distancia) contra persona protegida por una cota de malla o que viaja en automóvil blindado, ofrecen ejemplos de acciones relativamente inidóneas. Una es la potencia causal que se desvirtúa y

otra es su ausencia. La ley no debe sino comprender genéricamente estas dos modalidades de la acción. El casuismo es un demérito, en vez de acierto: la ley casuista se hincha, en su vano intento de especificar, y ofrece un aspecto tumefacto. A la postre resulta, con tales normas jurídicas, que la jurisprudencia se convierte en ley derogatoria particularizante por necesidades vitales.

De *lege ferenda* resulta indispensable acotar tales diferencias substanciales.

Concluyendo: La acción —no el medio— es inidónea en forma absoluta cuando le está vedado un desenvolvimiento causal acorde con la intención del sujeto activo, y en ningún caso podría, aun aceptándose la intervención del fortuito, ocasionar el resultado lesivo; mas la inidoneidad que adquiere importancia en Derecho penal, como la idoneidad a su vez, viene en el caso concreto, singularmente. La impunidad de la primera se deriva de la ausencia del peligro corrido; por ello, el Positivismo penal la elude. Al Derecho preventivo sí le es propia la indagación con fines sancionatorios, de tal inidoneidad, pero en vista de la peligrosidad del agente.

Si un Código se inspira en el clasicismo, en la anti-juridicidad objetiva y no la extiende por la culpabilidad venida por el camino del estado peligroso, prescinde de la inidoneidad absoluta para la figura accesoria y la recibirá, eclécticamente, adosándole medidas de seguridad. Si le agrega como amenaza una pena, es ilógico, mezclar pena y estado peligroso, que son unidades irreductibles. La pena se basa en el daño, en su entidad política. La medida de seguridad se afianza en la prevención como fin; su existencia se debe al estado peligroso, en que el daño es un hecho al que no acude para su justificación. Si se pena al peligroso, igualmente, con el mismo sentido absurdo, podría aplicarse medida de seguridad al delincuente por razón de su delito. Si hay pena para el peligroso, es previo el juicio que tiene como premisa menor la investigación del sujeto por las ciencias criminológicas, como premisa mayor los postulados de la ciencia criminal, pero faltando las premisas y obteniéndose la pena —no la medida de seguridad—, del simple actuar absolutamente inidóneo, resulta que se castiga la voluntad decisa de un sujeto que puede ser o no ser peligroso. Todo

se derrumba, todo es hijo de una confusión, por ignorarse lo que es pena, sus fines; lo que es medida de seguridad, sus fines, la justificación de aquélla y de éstas; lo que es daño y lo que es el estado peligroso. Si pensamos que alguna ley comprende en la definición de la tentativa el delito imposible por absoluta inidoneidad de la acción, y que le adosa una pena, estamos afirmando que el legislador cometió la más grave de las incongruencias; le estamos imputando un estupendo desatino, porque aseguramos que el legislador no supo distinguir daño, estado peligroso, pena, medida de seguridad.

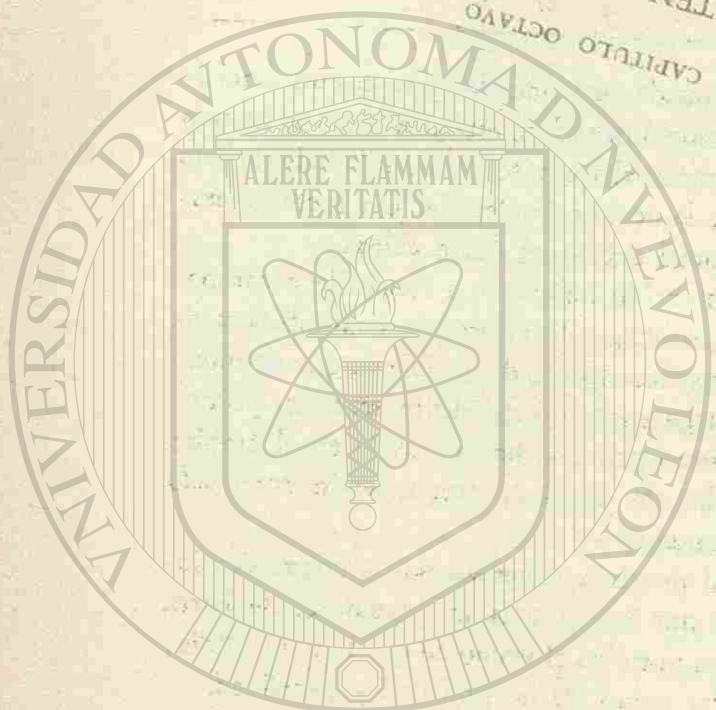
La acción relativamente inidónea ha sido comprendida como punible por tentativa desde el egregio Carrara hasta nuestros tiempos. Ninguna discrepancia anota la doctrina al respecto.

La dosis escasa de veneno, el disparo de arma de fuego a mayor distancia del alcance del fusil, son casos de *insuficiencia*, en que definitivamente el fortuito, la acción del propio culpado, de la víctima, de terceros o la naturaleza, hicieron fallido el intento criminoso. Esto se emparenta con la relativa inexistencia del objeto del delito. El objeto existe,

tiene vida, puede ser lesionado, pero circunstancialmente, ocasionalmente, no está presente; no ha sido agredido gracias al fortuito, pero pudo haberlo sido a través de la acción desplegada. Un factor meramente espacial detuvo el curso causal.

Hemos creído necesario, a riesgo de pecar por prolijidad, subrayar la diferencia cualitativa y de Escuelas, en este aspecto del problema que de modo natural surge en torno del delito tentado, porque el Positivismo penal se ha infiltrado en el ámbito del derecho de castigar, pretendiendo *tragárselo* anticipadamente.

De ahí proviene el desdén por la dogmática jurídica de que hacen gala los seguidores de Ferri, pero pasan por alto el hecho de que hay un Código Penal y las garantías de tipicidad y penalidad.



INEXISTENCIA DEL OBJETO

CAPÍTULO OCTAVO

Tentativa absurda la llama Saldaña. La intención viene a menos, queda desvirtuada. La intención jurídica, con valor de...

CAPÍTULO OCTAVO

INEXISTENCIA DEL OBJETO

Tentativa absurda la llama Saldaña. La intención viene a menos, queda desvirtuada, sin relevancia jurídica, con valor puramente ético así se 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 conceptualizar 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; Impallomeni, *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 *substraer 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 movable* 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 comenzar, 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 Canelutti, *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 recae 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.

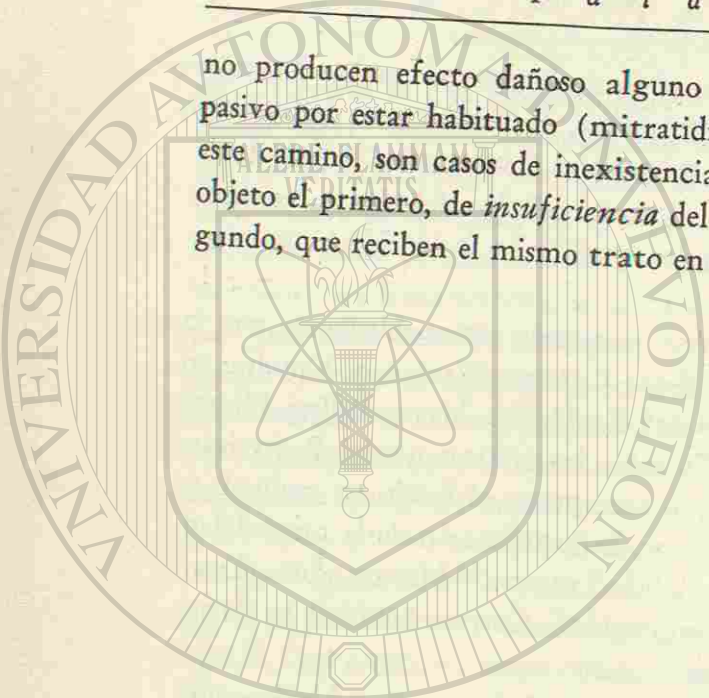
En la inexistencia relativa del objeto, es, desde todos los ángulos, punible la acción idónea por tentativa.

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.



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

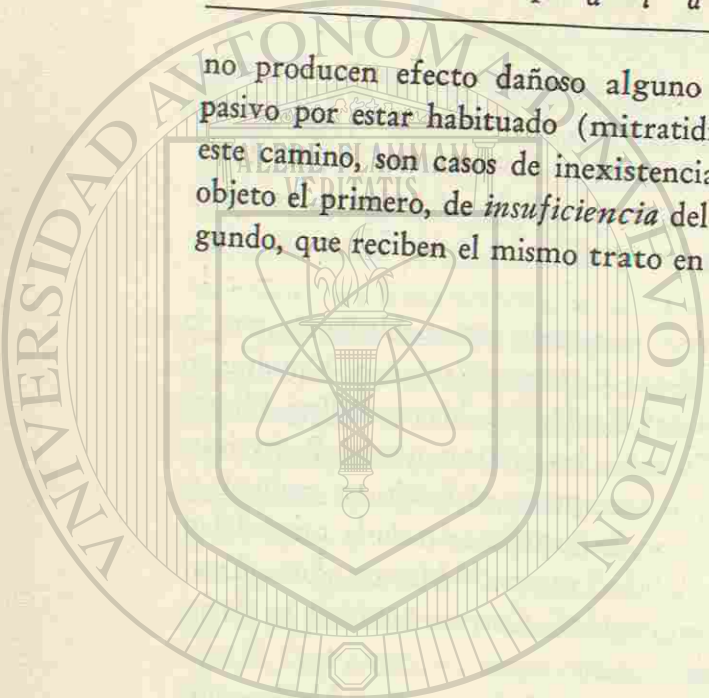
CAPITULO NOVENO

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. ®

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.



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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. ®

Penetraciones perniciosas en el Derecho penal, unas, saludables otras.

I. En general merece elogio la postura adoptada por Martínez de Castro. El delito imposible en sus dos modalidades, puede ser revelador de la temibilidad del sujeto activo. El sistema constitucional de entonces, como el de hoy, prohibiendo la analogía para la incriminación, hacía inevitable la previsión del acto en el que no media peligro corrido, pero que ha demostrado la intención de delinquir, pasando del mero pensamiento a la acción.

Sistemáticamente contemplado el Código, hay reparos que oponerle. Si el Positivismo penal sanciona "por el hecho de vivir en sociedad" no por la libertad moral, a todo sujeto que delinque, con tal de que sea peligroso, debe aplicarse una medida por el Estado al sano y al enfermo mental. Si el demente emplea medios normalmente inadecuados para cometer un delito, consuma una tentativa imposible, un delito intentado, punible por la norma del artículo 25 del Código citado, pero no punible por la excluyente del artículo 34 fracción I, y sin embargo, sujeto a medidas curativas,

a criterio judicial, en términos del diverso 165. De igual modo el delito imposible en las especies sub a), y sub b), del perturbado mental reciben la medida preventiva de curación.

II. La primera objeción surge de la equiparación conceptual de la tentativa imposible absolutamente y de la imposible sólo relativamente.

III. Otra se apunta al adosar una pena para la imposibilidad absoluta, cuando lo pertinente era la medida de seguridad.

IV. Finalmente la no existencia de las Clínicas de conducta, faltando el diagnóstico del estado peligroso y menospreciando los motivos determinantes, tan caros al Positivismo penal, no hay conclusión válida sobre la peligrosidad.

Es un tipo compuesto sin daño, sin estado objetivo de peligro, sin diagnóstico del estado peligroso y sin medida de seguridad.

El Código Penal de 1929 en su artículo 22 definió con propiedad, substancialmente, la tentativa inacabada, el comienzo de ejecución, el principio de violación de la norma principal.

Como sólo se puede comenzar a lesionar un derecho, a poner en peligro un bien o interés a través de la acción idónea, que por otra parte fué expresamente requerida en el precepto legal, queda fuera de la figura accesoria la inidoneidad absoluta, no así la relativa; típica es la ausencia circunstancial del objeto, no punible su falta total, porque no se puede comenzar a matar a un muerto, ni comenzar a robar lo propio.

I. La objeción es contraria a la que hemos tenido que dirigir al Ordenamiento punitivo del 71. Aquí es de incongruencia con el Positivismo que satura al Código, hasta en sus definiciones meramente declarativas, no vinculatorias.

Si la medida de seguridad fué dispensada al acto del que desiste —artículo 27—, con mayor razón debió adosarse a la tentativa imposible y sin embargo no hay precepto legal que la prevea.

El Código Penal de 31, al entender por tentativa "los hechos encaminados directa e inmediatamente al delito, que no se consuma por causas ajenas a la voluntad" del sujeto activo, sancionó los

actos preparatorios. El acto dirigido inmediatamente al delito puede estar valido de medios absolutamente inidóneos, por ello no agredir el bien tutelado: el que se dirige en vía recta, por el camino más corto a dar alcance a su enemigo, y lleva una pistola sin cápsulas creyendo que las contiene al ser detenido antes de encontrarse con la víctima ha cometido una tentativa de homicidio, si quería matar a su oponente; de lesiones si quería herirla o si se prueba la intención de dañar, pero no la de privar de la vida. El medio abstractamente inidóneo, concretamente puede ser idóneo al emplearse, pero como no se juzga de la acción que agrede, que lesiona el bien, que penetra en el núcleo del tipo, es decir, como no se enjuicia el comienzo de ejecución sino el "un en seguida temporal que a nadie convence", el acto preparatorio, el que "facilita la empresa", ¿puede decirse que está encuadrada tal acción en la fórmula vigente?

Una es la *insuficiencia*, la inidoneidad sucesiva es sub-especie y otra entidad representa la inidoneidad absoluta; nosotros creemos que tal moda-

lidad está fuera del supuesto de la norma por una motivación que parte de la naturaleza de tal actividad inane.

En efecto: la acción absolutamente inidónea, lo mismo que aquella dirigida contra objeto inexistente, ofrecen una discrepancia anticipada, previa, con el tipo en mente.

No podemos asimilar ese proceder ni con preparación, ni con ejecución o con la frustración, porque no tienen los mismos supuestos lógicos.

Se prepara lo preparable, lo lógicamente factico, lo posible. Jurídicamente no integra preparación la acción que facilita el consumar un hecho no típico. La preparación del delito putativo no es preparación en Derecho penal; es preparación en significado gramatical, pero no en Derecho.

Se comienza a lesionar un bien o interés, cuando la acción es idónea y existe tanto el sujeto activo, como el pasivo y el bien, protegidos por una norma jurídica: comenzar a matar a un muerto, comenzar a hacer abortar a mujer no grávida, es igual a comenzar a disparar un arma de fuego

que no tiene proyectiles; comenzar a matar con agua, comenzar a matar con bicarbonato de sodio.

Podemos decir, de la misma guisa, que no se ha frustrado el homicidio proyectado cuando se apuñala un cadáver; tampoco es frustrada en derecho la acción del que toma la cosa propia, o yace con su esposa, creyéndola ajena. Son precisamente las modalidades inversas de la tentativa; son la tentativa al revés, su negación: negación de la preparación, de la ejecución y de la frustración. Si conceptualmente a estas hipótesis les falta lo que jurídicamente es imprescindible para la tentativa, incluso para la preparación del delito, no se ve cómo puedan equipararse al delito tentado, así sea al amparo de una fórmula tan defectuosa como la del C. Penal en vigor.

Preparar un delito no es sólo quererlo llevar a término, sino conducirse el sujeto de modo tal que su proceder facilite la empresa. El acto inútil, ocioso, no forma en el cuadro de la preparación, y, con mayor énfasis, la acción que precisamente contradice, se opone, se rebela y desmorona la intención,

que la vuelve estéril, condenada de antemano al fracaso; no es fenoménicamente una parte de la preparación, sino la destrucción de ella. Por esto, no puede ser comienzo de violación o frustración esa misma acción que niega la ejecución y la frustración, que las invalida, que las hace imposibles, que las corta, que impide su existencia material y formal.

La norma que prevé la preparación, hay que repetirlo, aunque sea encantadoramente tautológico, sólo contempla la preparación; no hipotiza el delito imposible — medios, objeto.

Decir que la norma del artículo 12 del C. Penal vigente reprime ejecución, frustración y delito imposible es tan demoledoramente ilógico, como que vacía en un molde lo que no puede en él caber; confunde los elementos substanciales, trastorna las esencias y riega a todos los vientos las enseñanzas de las Escuelas queriendo que fructifiquen, hermanadas, en un agro que no puede ser común. Que Martínez de Castro, visionariamente comprendió mejor el problema, es un hecho indiscutible, pues estable-

ció, en norma explícita, la acción que *choca contra las resistencias jurídicas* sub. a) y sub. b). Es decir: advirtió que son hipótesis diametralmente opuestas a la tentativa de Derecho penal, y que por tanto reclamaban una norma específica, ya que no podían ser subsumidas en lo que era su contrapartida.

Interpretando el precepto legal citado, del C. Penal de 31, la Suprema Corte certeramente en la conclusión ha dicho que el delito imposible no es enmarcable ahí. No ha dado tampoco la razón para apoyar su veredicto, como el pro antes procediera, y sancionó por tentativa el acuerdo criminal, también certeramente, aunque no fundó su aserto convincentemente. Que esta segunda solución es injusta, está fuera de discusión, pero a la Corte no le interesa como Tribunal de Derecho la justicia en sí, sino la justicia del caso concreto regulada por el orden jurídico; y la primera ejecutoria es justa en nuestro sistema legal, injusta para el Positivismo, e intuitivamente jurídica. Resumiendo: los exégetas mexicanos del C. Penal de 31 dicen que el ar-

artículo 12 prevé el delito imposible, el delito intentado del C. Penal de 71, mas no fundan su aserto.⁵³

53 Carrancá y Trujillo, *Derecho Penal Mexicano*. Parte General, México, 1937, pp. 279 y ss. dice: "La preparación consiste en un comienzo de ejecución del delito por medio de actos físicos adecuados." La preparación no es comienzo de ejecución. El texto confunde, a nuestro modestísimo entender, el acto preparatorio con el acto ejecutivo; pero una restricción importante, con referencia al tema aquí desenvuelto, es dada por el distinguido profesor mexicano, al remarcar que: "Aquí puede darse el llamado delito putativo, porque los medios no sean realmente aptos para producir la violación que se hubiera resuelto cometer (adquirir sal común por arsénico para ejecutar envenenamiento ya decidido)." Si es delito putativo la acción válida de medios abstractamente considerados como inidóneos absolutamente para consumar el delito, es acción no punible; y debe recibir igual solución la otra modalidad del delito imposible. A ello se proyecta el pensamiento del autor citado, al decir que los actos preparatorios se encuentran punidos por la norma del artículo 13 del C. P., "que un exagerado propósito de defensa social frente a la temibilidad de los sujetos ha podido inspirar, no justificadamente, sin embargo". Así se ve que la peligrosidad en el acto preparatorio no debe ser castigada, aunque medie el estado peligroso; debe sobrevenir, aunque no lo expone el doctor Carrancá, medida aseguradora. Alaba la creación del delito intentado en el C. P. de 1871, aunque tiene adosada una pena y no medida de seguridad, donde se advierte una contradicción en el pensamiento del claro autor; transcribe la definición de tentativa dada

Finalmente, es decisiva la consideración de Riccio, quien con Delitala —*Riv. it. dir. pen.* 1934, pp. 740 y ss.— sostiene que "el delito es modifica-

por el C. P. de 1929, y agrega que el C. P. de 31 dió la misma solución. Lo cual ciertamente no es así, como hemos dejado sentado. Pero sostiene que el artículo 12 del C. P. de 31 prevé el conato, como tentativa inacabada; "el delito imposible (tentativa imposible o delito intentado), por tanto el delito putativo puede presentarse como esta tentativa punible". Afirma que el antecedente del conato se encuentra en el C. P. de 71, y no vuelve a aludir siquiera al delito imposible. Con el respeto que nos merece el doctor Carrancá, estamos obligados a destacar lo que a nuestro parecer muestra la incongruencia en el desenvolvimiento del Instituto, por el profesor citado. a) Si el delito putativo es en una de sus modalidades delito imposible por inadecuación del medio, y aquél es impune, la tentativa imposible no es actuar típico, sino atípico. b) Si esa adecuación del medio —acción— viene requerida como elemento básico en la figura accesoria, es irrefragable que la inidoneidad absoluta del medio impide el curso captable jurídicamente de la acción misma, y destruye la punibilidad, pues se castigaría el mero pensamiento criminoso. c) La carencia absoluta de objeto es atipicidad, es delito putativo con la denominación que el profesor Carrancá adopta, es acto no punible. Si critica la pena para la preparación sería lógico censurar la pena para el delito imposible. El doctor González de la Vega, en el Código Penal comentado, al anotar el artículo 12 del C. P. de 31, refrenda la postura del doctor Carrancá, sin fundamentarla. En el D. Penal mexicano, I, pp. 67, 68, al estudiar el homicidio, en con-

ción de un estado de hecho; para que el delito subsista, es necesaria la existencia de ese estado de hecho, cuya modificación representa el resultado",

frontación con la norma del artículo 9, fracción II del C. P. de 31, afirma: "Basta que se demuestre la posibilidad de previsión del daño de muerte, para que esta eventualidad no querida por el sujeto de la infracción, integre legalmente el delito consumado de homicidio", englobando el dolo de consecuencia necesaria, el eventual y el delito preterintencional (retro, cita n. 45) y especialmente Porte Petit, *Labor Fecunda del doctor J. A. Martínez*. "Rev. Jur. Veracruzana", t. IV, p. 2; Reyes Navarro, *Ensayo sobre la preterintencionalidad*, México, 1949. Y continúa: "Esta explicación no será aplicable al grado de tentativa de homicidio, porque para integrarlo se precisa la demostración del propósito de matar, cuya prueba es difícil de obtener; el juez la fijará indirectamente, a través del juicio que le merezcan los antecedentes y los medios de ejecución empleados." Dos elogios debe recibir el breve pero acertado juicio transcrito: I. La prueba de la intención no sólo viene del acto mismo, como quería Carrara, sino de todas las circunstancias, comprendidos los "antecedentes", y esto ha sido sostenido por la doctrina uniformemente. II. Los "medios de ejecución empleados" auxilian al mismo propósito, lo cual también es atinado, y los medios absolutamente inidóneos no pueden revelar sino la pura intención, pero de ellos no se desprende, ni puede venir, el comienzo de ejecución. Creemos que para el doctor De la Vega el medio es abstractamente considerado aquí, como enuncia Pannain, y decisivo en la estimativa del delito ten-

por lo que, faltando en la inexistencia absoluta del objeto el *estado de hecho*, la posibilidad de la lesión jurídica, el delito no es dable, ya como consuma-

tado; por lógica consecuencia, el medio inidóneo absoluto, no tiene el acto con el color jurídico de la tentativa. En todo lo largo de su enjundiosa obra no vuelve a aludir directamente a los medios, y en las pp. 29, 199 y 227, respectivamente, apunta que por la definición de la tentativa, no "ofrece ninguna dificultad"; que el niño nacido muerto a quien sus padres pretenden matar "con medios idóneos", es sujeto pasivo y hay tentativa punible, "en aquellos casos en que se demuestre la temibilidad de sus autores"; y el mismo trato le merece la maniobra abortiva sobre mujer no grávida. Entonces, el doctor De la Vega acude lógicamente, con el Positivismo, al "presupuesto general de la responsabilidad", es decir, a la peligrosidad del sujeto y la inexistencia absoluta del objeto es punible si el sujeto es peligroso, no punible si el agente es no peligroso; pero ¿qué norma jurídica del C. Penal de 31 supedita la incriminación a la peligrosidad del sujeto? Al tratar del delito de disparo de arma de fuego, que tantas controversias ha suscitado en nuestro país y en España, el distinguido doctor De la Vega acota: "Dos hipótesis pueden imaginarse acerca de la penalidad de este delito: a) el disparo o el ataque no causan al ofendido ningún daño constitutivo de diferente delito; en este caso la acción se sanciona por el peligro corrido, conservando su original característica de tentativa inprobada", *op cit.*, I, p. 80. Sentimos no participar del criterio sustentado por tan culto penalista sobre la figura prevista por la fracción I del artículo 306 del C. Penal, y acudimos a la exposición que él hace, exclusivamente te-

ción, ya como simple tentativa. Hasta el práctico Garraud, conviene en la "repugnancia que encuentra en la conciencia social" el hecho del que pre-

niendo en mira al delito tentado. Ahora bien: si para el doctor González de la Vega la ausencia de daño en la persona sobre la que se dispara, es punible por tentativa en mérito del peligro corrido, del peligro real, efectivo, objetivo, material, sólo hay tentativa comprobada con ese peligro, y cuando no está presente es conducta atípica. De ahí que el que quiere matar a su hijo muerto y hace abortar a la mujer no grávida, consume acciones atípicas. Con sentido netamente positivista, interpretando con criterio "peligrosista" la ley, Almaraz y Porte Petit —*Algunos errores y absurdos de la legislación penal de 1931*, pp. 46, 47, *op. cit.*, pp. 352, 353, respectivamente— que convierten en parricidio consumado lo que sólo es homicidio consumado, suplantando el daño causado por la intención delictuosa. Actitudes próximas a la incriminación, del delito imposible, adosándole pena. El anteproyecto de Código Penal, de 1950, elaborado por los eminentes juristas Luis Garrido y Celestino Porte Petit, y en el que participó temporalmente el destacado doctor Raúl Carrancá y Trujillo, *Anteproyecto no sometido a la consideración del Poder Legislativo de la Unión*, definía la tentativa: "La tentativa punible consiste en la resolución de cometer un delito, manifestada por un comienzo de ejecución o por todos los actos que debían producirlo, no consumándose aquél por causas ajenas a la voluntad del agente." En el acto ejecutivo sigue los trazos del Código Napoleón y de los Códigos Zanardelli y Alemán; doctrinariamente es irreprochable la expresión "comienzo de ejecución", y la locución "resolución manifestada", aunque siem-

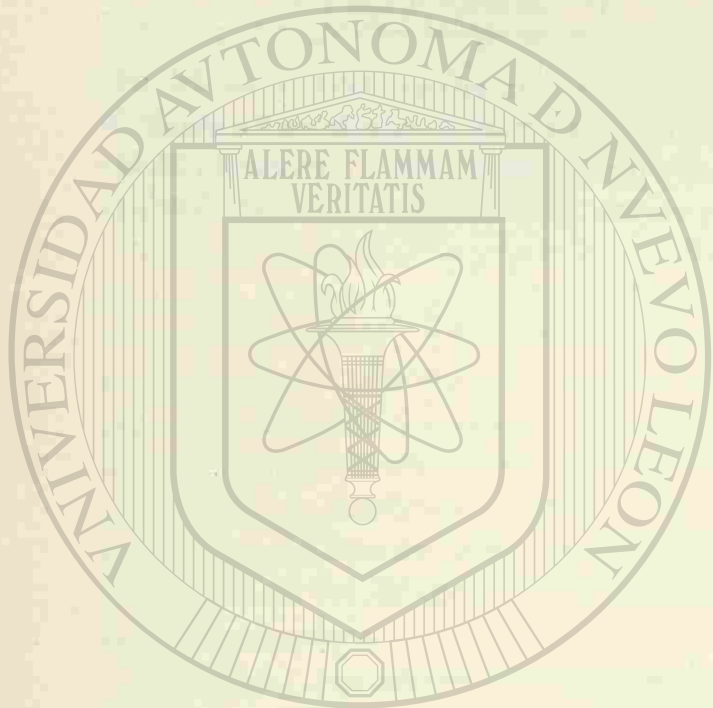
tende una consumación imposible, pero con Chauveau y Helie destaca el que "la ejecución de un delito imposible, es, de todas maneras, imaginaria; y no subsiste, en realidad, más que una resolución criminal".

pre implícita en la tentativa, no es superflua, porque obviamente queda desterrado el estado objetivo de peligro derivado de acción culposa. Igualmente separa con propiedad la tentativa inacabada de la acabada, dando los elementos objetivos de esta última, que serán analizados líneas adelante, adhiriéndose al punto de vista material, en lugar del subjetivo, que pocos autores profesan y que multiplica las dificultades. No prevé, por lo mismo, el delito imposible, debiendo enmarcarlo adosándole medidas aseguradoras como lo verificó en el acuerdo criminal organizado, aunque ligándolo a una pena; y a la conducta peligrosa del artículo 245, aunque también asignándole pena. Todos los Códigos Penales de la República reproducen la fórmula del artículo 12 del C. P. de 31, con las siguientes excepciones: Campeche, art. 10; Sonora, art. 67; Querétaro, art. 7; San Luis, art. 10; Oaxaca, art. 8; Jalisco, art. 54; pues estos Códigos dicen directa o inmediatamente, copiando a la letra el primitivo texto del Congreso de la Unión en 1931, en lugar de: directa e inmediatamente, como es debido. Como se ve hay verdadera unificación de la legislación penal en México; se copian hasta los errores de imprenta. El C. Penal del Estado de Tlaxcala —arts. 18, f. I, II, 19 a 25— reproduce los términos del C. Penal de 71.

Independientemente de la norma del artículo 12, el C. Penal de 31, sanciona: la instigación —art. 124, fracción v—; el acuerdo criminal —fracción vi del mismo precepto legal—; la instigación —artículo 125, fracción i—; la apología de un delito —segunda hipótesis de la fracción iii del anterior art.— el acuerdo criminal —en los diversos 126, 132—; la instigación — fracción i del 135. Opera el desistimiento en términos del 139. Son tradiciones jurídicas. Se justifica la punibilidad por la naturaleza especialísima del interés protegido. El tipo multiforme del 145, laberinto de hipótesis, es fruto de una contingencia.

Igualmente, por ejemplo, la inducción al suicidio es tipo específico —art. 312—, como es preparación elevada a delito la acción de la fracción v del diverso 235. Delitos de peligro, diferentes del peligro concreto de la tentativa, por ejemplo, la conducta prevista por el art. 166, todos los tipos del 167 —peligro común abstracto—, del mismo modo las conductas de los diversos 168, 169; delito complejo, de daño y peligro concreto —vida o inte-

gridad corporal— la primera prevención del art. 170. La ejemplificación viene dada en mérito de la distinción que recogimos entre la tentativa y el delito de peligro. (Consultar Soler, *Derecho Penal*, v, p. 14.)



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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 aquel 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, *Tratado*, 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 consumar 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 Bettiol 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 quedo 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 difficilísima 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 Bettiol, 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*, II, 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 ladrón 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 tona; 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 si 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

consideración de la omisión debe recibir diferente trato que la de la acción, porque si bien es cierto que es cosa "convenida entre los filósofos", que psíquicamente son modos del ser, y que tanto se quiere actuando como omitiendo, no pueden ser elevados esos comportamientos a una categoría superior que los enmarque desde el lado objetivo, sino desde el subjetivo. En otros términos: partiendo de su base psíquica, se puede uniformar la apreciación, porque la finalidad perseguida da la tonalidad, y el hacer o el omitir desempeñan la función de medios para el logro del propósito. Obtenido éste y comprobado que la *acción esperada* habría evitado el resultado, se está en presencia normativamente de una actitud *causal* para el Derecho. Se *equipara*, con la expresión de Liszt, la omisión a la causación activa; pero aquélla es precisamente el reverso del juicio que merece naturalísticamente la acción; se debe justificar que la omisión, substituída por la acción debida, habría impedido el curso causal que produjo el resultado. En la acción se puso la causa, en la omisión no se cortó el proceso causal

existiendo la obligación jurídica de activar en tal sentido. Por ello es exacto, como destaca Vannini, que la omisión no es "ciertamente, entonces, por sí, un comportamiento agresivo del bien jurídico protegido"; y si la omisión se liga al resultado es en mérito de una evaluación puramente jurídica, ya que ella está fuera del curso causal.

Antolisei argumenta diciendo que la omisión "no es un *quid vacuum*, no es la nada", que la madre que deja morir de hambre a su hijo, al no amamantarlo, "no ha ejecutado un simple juicio de la mente", lo cual sin duda demuestra que la omisión posee una realidad tempo-espacial, y que, por ello, la ley no castiga *la nada*, sino la falta de actuación que habría impedido el resultado. La omisión, en síntesis, es captada por el Derecho, porque tolera, permite el desenvolvimiento de una causa. Si prescindieramos de esta segunda referencia normativa, terminaríamos por castigar no la omisión, el no hacer, sino la *causa ciega* que ha producido el efecto tipificado por la norma. Se pune, por ello, la ausencia de la acción esperada, de la acción de-

bida, de la acción que tenía el deber jurídico de poner en existencia el sujeto omitente.⁵⁶

La comisión por omisión punible requiere, además del juicio de culpabilidad y de antijuridicidad:

⁵⁶ Para Massari, *Il momento*, edic. 1934, p. 56, se castiga en los delitos de comisión por omisión la acción que substituye a la acción debida. De raigambre filosófica y afirmando claramente el concepto normativo de la acción Ranieri, *Diritto*, p. 172, pues rechaza el aludido criterio de Massari para remarcar que la omisión existe cuando "no se hace aquello determinado y prescrito"; que la omisión tiene una substancialidad propia y real, pues es el comportamiento del hombre "reconocible y precisable en el tiempo y en el espacio, porque no es el no ser, sino el modo de ser del sujeto". Gómez, *Tratado*, I, pp. 416 y 417, opina que en los delitos de comisión por omisión, la omisión "no es sino la actividad observada por el agente como medio para perpetrar un delito", acudiendo al ejemplo aducido en el texto. Vannini, *Il problema*, p. 31, explica la función normativa de la omisión. Antolisei, *L'Azione*, pp. 46 a 57, desenvuelve brillantemente el tema. Beling, *Esquema*, p. 68, aduce: "En la omisión no puede dudarse de que, entre lo negativo —no hacer—, y lo positivo —resultado, cambio en el mundo exterior— pueda haber relación causal, pues tal duda arraiga en consideraciones de orden filosófico —conocimiento del sistema total de relación—, y prescinde de la cuestión jurídica, que es la única que interesa... Comprende el no evitar el resultado. "En sentido opuesto, como se ha visto, Mezger, *Tratado*, I, pp. 287, y ss.; Grispigni, *Diritto*, II, p. 43, define la omisión como la "conducta voluntaria, positiva o negativa, de un sujeto, la cual

la acción exigible, proveniente con exclusividad del Derecho —público o privado—; un curso causal extraño al sujeto que omite; la producción comprobada del resultado prohibido por la norma pe-

—a juicio del que la estima— es diversa de aquella que tenía que ser cumplida con base en una norma de cualquiera naturaleza"; el deber viene pues, para el autor, de todas las normas, en lo que coinciden: Mezger, I, pp. 291 a 304; Beling, ya cit.; Liszt, *Tratado*, II, p. 304. Lo decisivo de la tesis de Grispigni radica en que para él sí posee realidad material, la omisión. "Esto que existe objetivamente, sostiene, lo que constituye un fenómeno natural, reconocible y comprobable en el mundo externo es la conducta, sea en la forma de movimiento corpóreo, sea en aquella de inactividad o estado de quietud en el que se encuentra el cuerpo del sujeto; mas lo que deriva exclusivamente del juicio humano, y por ello no existe sino en la mente del que juzga, es la naturaleza de la omisión, de la conducta, esto es, su calificación... Y por tanto, tal conducta —calificada por el que juzga como omisión— es innegablemente una realidad temporal y espacial." Aclarando el concepto normativo —p. 48—, el autor agrega que "desde el punto de vista natural existe sólo una conducta y sólo respecto de ella es necesario afirmar la voluntad; en seguida, con motivo de la fuerza de la norma existente, tal conducta se califica como *no cumplimiento* de la acción prescrita... (imputación normativa)". A las mismas conclusiones arriba Bettiol, *Diritto*, pp. 160, 161, 162, clasificando los delitos de omisión en *simples* y de comisión por omisión. La primera sólo viola una norma jurídica que manda hacer; la segunda aquella norma y la que prohíbe un resultado; y pre-

nal, para llegar al juicio de responsabilidad, siendo "necesaria la prueba —como reclama Mezger—, obtenida por la vía de la interpretación de la ley, de que la fundamentación del deber encierra en sí,

cisa sobre el valor jurídico de la omisión: "La afanosa búsqueda de un criterio formal naturalístico de un género, propio a la acción y a la omisión, ha hecho olvidarse que la omisión tiene otra realidad de gran longitud, superior a la primera: su realidad normativa. El concepto de omisión tiene un significado sólo al contacto con una exigencia espiritual, en cuanto que en la realidad *naturalística* con el auxilio de meros criterios *naturalísticos*, no es posible calificar un dado comportamiento como omisivo... Y fuera de la norma —ética, jurídica— que permite juzgar un dado comportamiento y ahí calificarlo, la realidad natural es ciega"; para concluir afirmando que en relación con los fines perseguidos por la norma, al imponer la actividad, es dable apreciar el valor de omisión, y que ésta, como ha sido sostenido por Grispigni y Ranieri, tiene una realidad temporal y espacial. Singularmente interesantes las argumentaciones de Jiménez de Asúa, quien considera la comisión por omisión dolosa como verdadera comisión. La ley, p. 269. Beling, requiere para la omisión, en que la antijuridicidad recibe una disciplina especial: "I. Exigida por un precepto específico. II. Que esté incluida en el conjunto de deberes que para la ley importa una determinada situación jurídica (padres, empleados). O III. Que alguien haya tomado voluntariamente a su cargo el evitar peligros posibles ya sea", por una acción precedente o por la aceptación espontánea de una obligación. En igual sentido la explicación de Mezger. La función normativa desempeña

al mismo tiempo, la idea de responsabilidad penal en el caso de que el resultado se produzca".

En nuestro Derecho positivo el art. 335 prevé conjuntamente la omisión simple como delito, sea

en todo el orden jurídico un poder selectivo que se impone a la simple causación material, y al simple hecho material del omitir, acompañado del resultado, dañoso o peligroso. Si en la comisión por omisión no se encontrase restringida la materialidad por la culpabilidad en el no hacer, todos serían responsables de todo; el *hecho de vivir en sociedad* sería insoportable, y el orden jurídico un medio de opresión. Tan son normativos tales conceptos que el estado objetivo de peligro ocasionado por una actuación culposa no es punible por tentativa y que el resultado culposo no es penado como el doloso. En orden a las especies del deber, anotadas, no siendo este sitio propicio para su desenvolvimiento total y su crítica, sólo contemplaremos brevemente el tema. El deber jurídico precedente, puede darse, por ejemplo, en la madre que no amamanta a su hijo menor, ya que está obligada por el D. Civil a hacerlo. El abandono del menor, con acción previa —llevándolo a lugar distinto— o con simple omisión, dejándolo desamparado en donde se encuentra normalmente, es típico delito de omisión simple; el resultado puede ser culposo, por culpa con representación o sin ella, por simple olvido, violándose la norma preceptiva y la prohibitiva, sancionándose esta última por el citado título de culpabilidad; puede ser doloso, con dolo indeterminado respecto a varios resultados —lesiones, muerte—, de dolo eventual (anterior, sucesivo, al resultado querido como directo o simple ante como único riesgo), o de dolo directo, ocasionándose el resultado dañoso o peligroso por el curso

por deber jurídico, sea por especial aceptación. El resultado letal, en el diverso 339, a cargo del obligado a la acción, lo mismo que la lesión, con presunción *iuris tantum* de premeditación. Es obvio que el resultado puede ser doloso y culposo, por ello la presunción es un desacierto.

causal previsto y querido o por otro aberrante: Lesiones dolosas, homicidio doloso; tentativa de lesiones u homicidio, en concurso real con el abandono. Es pues evidente el absurdo consagrado por el precepto legal que presume la premeditación (niño, enfermo o persona incapaz abandonado, cuando se tenía el deber de actuar). En la especial aceptación, como el profesor de natación que omite cuidar a su discípulo, quien perece por inmersión en el agua: culpa simple, culpa con representación, o dolo en las modalidades acotadas; la enfermera que sale de la habitación del enfermo, quien perece por el descuido de aquélla; o bien que no suministra el medicamento para lograr la muerte del paciente. El hacer precedente ofrece las mayores dificultades, pues "el contenido del deber tal —como anota Mezger, I, pp. 303, 304— sólo puede determinarse tomando en cuenta de la manera más exacta la situación del caso concreto". No es superfluo añadir que sólo la acción esperada que deriva de la norma jurídica, es capaz de crear, junto al probado curso causal no evitado, la comisión por omisión, que unidos a los demás requisitos genéricos, darán la responsabilidad por el resultado.

El art. 340 sanciona la omisión, aisladamente, con base en el deber pietista, por lógica consecuencia el resultado no está en el ámbito de la culpabilidad.

El art. 341 prevé en concurso real la acción precedente delictiva (o fortuita, por tanto no punible) y la omisión siguiente, que incluso puede ser dolosa respecto al resultado y ocurriendo así cambia el signo de la culpabilidad.

El tipo del art. 342 sanciona la omisión simple, por incumplimiento del deber por especial aceptación, en que el resultado ya no es punible, por la naturaleza de la acción desplegada para no cumplir el deber exigible.

La omisión simple es sancionada por la fracción I del art. 400, y el resultado sólo quedará a su cargo cuando medie la instigación, la inducción o la autoría mediata, disciplinadas por el 13.

La acción precedente puede ser delictiva, pero ella obliga del mismo modo que la acción lícita. El plagario está obligado a suministrar alimentos a su víctima, y si no lo hace pereciendo ésta por inani-

ción, el resultado es imputable al agente, en concurso real con el secuestro.

Ahora bien: el delito tentado nace en la comisión por omisión cuando el obligado rehusa "a intervenir frente a una situación de peligro para la integridad del bien penalmente tutelado", apunta Vannini. Si la acción se cumple antes del estado de peligro, la mera intención no agrede el bien protegido, en cuanto que la agresión consiste aquí en dejar que un curso causal ajeno al imputado ejerza su poder lesivo, no poniendo éste la acción esperada.

Siendo ya necesaria objetivamente la acción que es exigible y ésta se omite, tanto por la decisa voluntad como por la incerteza, en la perplejidad, hay una comisión por omisión.

El estado objetivo de peligro, querido, se produce a través de la omisión, pues su lado positivo, la acción, habría interceptado la relación causal.

Si la madre deja por una sola vez de amamantar a su hijo menor, con propósito homicida, esa omisión *no es causal*, por no resentir aún el estado de peligro la víctima elegida; sólo cuando es ya ne-

cesaria la actividad, por la situación en que se ha roto el equilibrio funcional del menor, y aquella persona obligada no actúa, hay homicidio tentado de comisión por omisión.

Tentativa y delitos agravados.

Cuando el tipo recibe una especial calificación en virtud de una circunstancia, llegada ésta, la consumación viola al mismo tiempo el tipo y la norma que prevé la circunstancia. El tipo es una combinación de dos preceptos legales: el que hipotiza la consumación y el que adosa la circunstancia. Como la tentativa no es sino la fusión de la norma del tipo y la genérica del delito tentado, referible a todos los tipos, con las excepciones que la ley misma determina, cuando se realiza una tentativa puede serlo del delito simple o del delito circunstanciado.⁵⁷

⁵⁷ Vannini, *Il problema*, pp. 128 a 130, ha estudiado con singular claridad y exactitud el tema, distinguiendo las circunstancias en subjetivas; objetivas debidas a los medios de ejecución, y las que miran al resultado en su entidad. Entre las primeras está situada la premeditación, lo mismo que la relación parental entre los protagonistas, en ciertos tipos;

La circunstancia es un hecho, de carácter objetivo o subjetivo, que se reporta a la pena, dejando inalterada la figura. Cuando hace variar el *nomen iuris* pierde su eficacia de circunstancia para adquirir la calidad de elemento.

la violencia es de la segunda categoría, así como los instrumentos —bombas, minas, explosivos, venenos, etc., del art. 315 del C. Penal de 1931—; y en la última se coloca la cantidad especial del daño, hipotizado en la norma como merecedor de una sanción más grave —deformidad, cicatriz perpetuamente visible en parte notable. Las subjetivas referentes a la relación con la víctima —padre, hijo, tutor, pupilo; patrón, empleado— tiene que darse como presupuestos de la acción ejecutiva y acompañarla. Igual acontece con las subjetivas fincadas en el “grado de intensidad del dolo”, lógicamente con previas y concurren en la ejecución y frustración. Las segundas, como son valuadas por la ley en razón de la materialidad, han de ser concomitantes a la acción tentada, pero si se renuncia al medio —amenaza, violencia física— el imputado se ve favorecido por el desistimiento y habrá ejecutado una tentativa simple, y, en su caso, un delito típico al emplear el medio: lesiones, daño en propiedad ajena, que no se ven protegidos por el desistimiento. En cuanto a la tercera categoría de calificantes, es donde surge la discusión. Vannini argumenta: “la norma sobre la circunstancia no es violable en sí, violable es el precepto formado por la fusión de la norma principal..., con aquella accesoria...”, y así la tentativa “será circunstanciada si el peligro inherente a la acción ejecutiva, o sea el peligro que constituye la tentativa”

Son objetivas las que se refieren a la naturaleza o especie del medio, al tiempo, lugar, a la gravedad del daño o del peligro; subjetivas las que contemplan la intensidad del dolo o de la culpa, la cualidad

está presente. El peligro no es referible con exclusividad al tipo simple, lo es también al agravado por la entidad del resultado, basta para su presencia que el peligro del tipo agravado se haya dado a través de la acción ejecutiva o frustránea. Se protege sin duda, pensamos con Vannini, la vida de las personas, se sanciona el matar y el comenzar a matar, y se aplica pena agravada al que mata premeditadamente y al que empieza a matar premeditadamente. Por lo mismo, se protege la integridad corporal —artículo 288 del C. Penal— y se sanciona con pena agravada la entidad especial del daño anatómico —art. 293—, estético —art. 290— y art. 292 última hipótesis —psíquico— art. 292 al hablar de enajenación mental en el segundo párrafo; fisiológico como en el mismo apartado al referirse a las funciones sexuales y para la tentativa de lesiones agravadas por la entidad del resultado, si se quiso ese resultado, la acción fué abstractamente idónea, había sujeto pasivo y se puso en real estado de peligro ese bien tutelado por la norma, se debe aplicar la pena de la lesión agravada y no la de la lesión simple. Maggiore, *Principi*, pp. 493, 494, Manzini, *Trattato*, II, pp. 375, 376, niegan la hipótesis c), que se ha venido analizando. Para tan ilustres escritores se trata de tipos especiales calificados por la entidad del resultado, de manera que o se consuma el daño y se llenan los requisitos del tipo, o no se consuma y entonces no hay

del imputado, sus relaciones con el ofendido. Pueden preceder, acompañar o seguir al delito. Anterior subjetiva es la premeditación, concomitante subjetiva-objetiva la crueldad, subsecuente la reparación del daño, la restitución de la cosa antes de juicio.

tipicidad principal ni tentativa agravada, sino simple. Vannini, *Lineamenti*, p. 144, reafirma su criterio, y agrega que la circunstancia objetiva no precisa ser completa para hipotizar la tentativa calificada, basta que haya comenzado a actuarse. Del mismo parecer son Ranieri, *Diritto*, p. 305; Pannain, *Manuale*, p. 421, aquél anota: "para que la circunstancia pueda ser puesta a cargo del agente, precisa el que pueda ser referida a su conducta, y porque haya sido actuada por él, sea en forma completa o incompleta, parcialmente"; el segundo escribe: la tentativa es circunstanciada si la circunstancia "está actuada efectivamente, y también si es incompleta". Hippel, por su parte, no sólo reconduce el tema a los términos planteados y lo soluciona con premisas iguales, sino que afirma que cuando se tiende a la víctima elegida una insidia, existe comienzo de ejecución de un homicidio circunstanciado. *Manuale*, p. 208. Bettiol, *Diritto*, p. 329, destaca la diferencia entre elementos y circunstancias del delito y conviene en que "la norma que hipotiza una circunstancia se une a la norma que hipotiza el delito en su configuración normal", y como la tentativa "es el fruto de la combinación de dos normas incriminadoras: una principal y otra secundaria", p. 354, concluye en la misma forma que Vannini sobre tentativa y calificantes. En el mismo sentido Massari, *Dottrine*, p. 182. No debe olvidarse, como es por

Siempre la circunstancia debe acompañar el comienzo de ejecución. En la frustración ya ha sido realizada totalmente. No importa en la tentativa inacabada que la circunstancia no esté completa,

cierto frecuente, que la circunstancia es lo que está alrededor del tipo, circundándolo, proyectada a la sanción, de manera que la disminuye —atenuante— o la agrava —calificante—; cuando esa relación, *posición del agente*, modo de ejecución, están en la descripción de los elementos del delito-tipo, ya no son circunstancias, sino requisitos esenciales del delito. La circunstancia no presente deja inalterado el *tipo normal*; la circunstancia que adviene lo agrava solamente, pero no agrega ni quita al tipo, sino a la pena. Todo apoderamiento de muebles, culpable y antijurídico es robo; sea o no doméstico el ladrón; sea en casa habitada o en lugar cerrado; sea en el taller o en la calle. La relación entre los protagonistas se refleja en la pena, no en el tipo. Toda privación de la vida de un hombre por otro, culpable y antijurídica es homicidio, pero si el homicida es hijo de la víctima, tal relación no es circunstancia del delito, sino elemento del tipo parricidio; con tal de que sea conocida por el agente. Esto no hemos querido entenderlo y confundimos circunstancia con elemento del delito, llegando por ello a soluciones absurdas en la interpretación de los tipos en referencia con el diverso 54 y el 55 del C. Penal. ¿El extraño a la familia del recién nacido que participa en su muerte con los ascendientes de éste, se puede decir vinculado al delito del art. 325 del C. Penal, en mérito de la prevención del diverso 55, que habla de circunstancias? Si la relación personal, en el absurdo infanticidio genérico del C. Penal de 31, entre victimario y víctima, no es circuns-

no es que se trate de tentativa de circunstancia, sino que existió tentativa de delito circunstanciado. El ladrón que aplica la flama oxídrica a la caja de caudales inició con violencia en las cosas el robo y la suspensión de la actividad por el fortuito, hace el hecho punible por robo agravado (no en el C. de 31).

tancia, ¿cómo puede estar disciplinada por un precepto legal que regula las circunstancias? Uno es lo que quiso prever el legislador y otro lo querido por la ley. Esta se encuentra ya separada formalmente de su autor y si bien el legislador quiso referirse a circunstancias y a elementos, sólo se refirió a circunstancias traicionándolo su léxico. De nuevo el legislador fué más sabio que la ley. No compartimos pues el punto de vista de Porte Petit y del valeroso Almaraz —citados anteriormente—, ya que le daríamos, en holocausto a la sabiduría del legislador, una extensión a la ley que en realidad no tiene. Esto va proyectado al delito tentado, con las ampliaciones y restricciones, que se derivan del art. 13 del C. Penal, pudiendo ser divisible el título por la culpabilidad, e indivisible por ella. Consultar Porte Petit, exposición, p. 81, donde estima que “la comunicabilidad de las condiciones personales, en el parricidio se ha solucionado definitivamente (se refiere al texto del Anteproyecto), al suprimirse el artículo 55 del Código en vigor, pues está en abierta pugna con el artículo 323 del mismo ordenamiento”, pensando que está regulado un elemento, por el artículo que alude a circunstancias, y, por ello, que ahí derivaba la indivisibilidad del título. El título es divisible o indivisible, pero no en mérito de tal precepto legal.

El que queriendo matar inflige un primer dolor innecesario a la víctima, ya actuó cruelmente, aunque no con toda la crueldad querida. El que pretende robar e inicia la horadación, sin concluir, ha realizado un robo calificado; el que va a lanzar la bomba sobre su oponente, un homicidio calificado.

En el C. Penal el parentesco de consanguinidad es elevado a la categoría de elemento en los delitos de parricidio, infanticidio genérico y específico: arts. 323, 325, 327, respectivamente. No es circunstancia regida por la disciplina del diverso 55.

Son circunstancias, p. ej., subjetivas las de la fracción II, del art. 381, y subjetivas unidas a objetivas en las fracciones III, IV, V y VI del mismo precepto legal, comunicables en términos de los arts. 54 y 55.

El robo puede ser calificado por el lugar —circunstancia objetiva, por la relación patrón—, doméstico —circunstancia subjetiva— por la violencia, estupendamente mal legislada; por la entidad del daño — art. 371; es circunstancia sobreviniente la del art. 375 que sólo se presenta *post consumationem*.

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 inadmisble 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 culpa* 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-

cuentra 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.

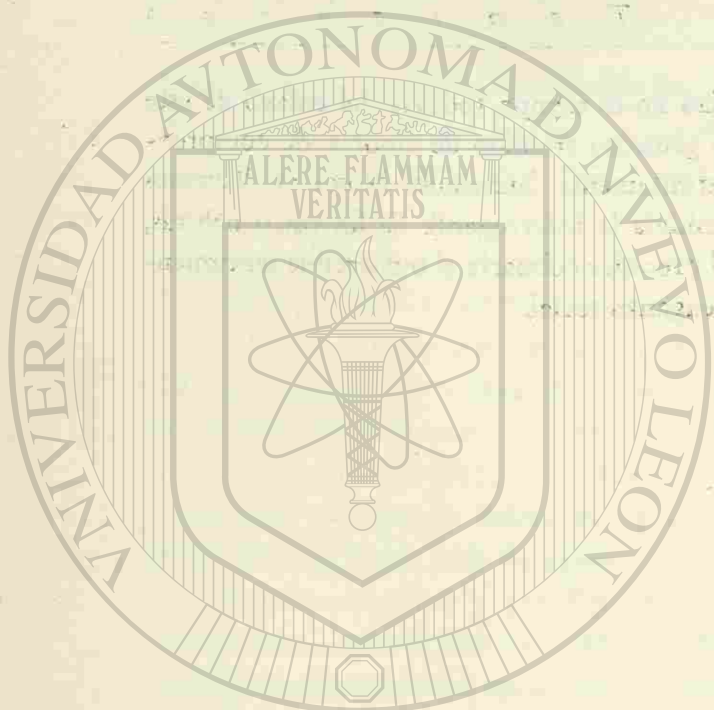
d) Individualización/ en esta última, de la pena, pero no con las anteojeras del Positivismo.

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 inadmisible; 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.



A P E N D I C E

REFERENCIAS LEGALES

CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS
FEDERALES EN MATERIA COMUN, Y PARA TODA
LA REPUBLICA EN EL FUERO FEDERAL

de 7 de diciembre de 1871

CAPITULO II.

Grados del delito intencional

ARTICULO 18. En los delitos intencionales se distin-
guen cuatro grados:

- I. Conato.
- II. Delito intentado.
- III. Delito frustrado.
- IV. Delito consumado.

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

ARTICULO 19. El conato de delito consiste: en ejecutar uno o más hechos encaminados directa e inmediatamente a la consumación, pero sin llegar al acto que lo constituye.

ARTICULO 20. El conato es punible solamente cuando no se llega al acto de la consumación del delito, por causas independientes de la voluntad del agente.

ARTICULO 21. En el caso del artículo anterior son requisitos necesarios para el castigo:

I. Que los actos ejecutados den a conocer por sí solos, o acompañados de algunos indicios, cuál era el delito que el reo tenía intención de perpetrar.

II. Que la pena que debiera imponerse por él, si se hubiera consumado, no baje de quince días de arresto o quince pesos de multa.

ARTICULO 22. En todo conato, mientras no se pruebe lo contrario se presume que el acusado suspendió la ejecución espontáneamente, desistiendo de cometer el delito.

ARTICULO 23. Los actos que no reúnen las circunstancias que exigen los artículos 20 y 21, no constituyen conato punible, y se consideran como puramente preparatorios del delito.

ARTICULO 24. Los actos puramente preparatorios son punibles solamente cuando por sí mismos constituyen un delito determinado que tiene pena señalada en la Ley, con excepción de los casos en que ésta dispone expresamente lo contrario.

ARTICULO 25. Delito intentado es: el que llega hasta el último acto en que debía realizarse la consumación, si ésta no se verifica por tratarse de un delito irrealizable porque es imposible, o porque son evidentemente inadecuados los medios que se emplean.

ARTICULO 26. Delito frustrado es: el que llega hasta el

último acto en que debió verificarse la consumación, si ésta no se verifica por causas extrañas a la voluntad del agente, diversas de las que se expresan en el artículo que precede.

CODIGO PENAL DEL DISTRITO Y TERRITORIOS
FEDERALES DE 1929

CAPITULO II

De los grados del delito intencional

ARTICULO 20. En los delitos intencionales se distinguen:

- I. El delito consumado, y
- II. La tentativa o conato.

ARTICULO 21. Delito consumado es: el acto pleno por la práctica de todos los medios de ejecución según el tipo legal establecido para cada una de sus especies en el Libro Tercero de este Código.

ARTICULO 22. Hay tentativa punible: cuando el agente inicia exteriormente la ejecución del hecho delictuoso directamente por actos idóneos y no practica todos los esenciales de ejecución que debieran producir el delito, por causa o condición que no sean su propio y espontáneo desistimiento.

ARTICULO 23. En el caso del artículo anterior, son requisitos necesarios para aplicar la sanción:

- I. Que los actos ejecutados den a conocer por sí solos o acompañados de algún indicio, cuál era el delito que el reo quería perpetrar;

R a m ó n P a l a c i o s

II. Que la sanción que debiera imponerse por él si se hubiera consumado, no baje de quince días de arresto o multa de cinco días de utilidad.

ARTICULO 24. El desistimiento del delito, en la tentativa o conato, exime de toda sanción: si no fue impuesto por circunstancias diversas y si nació de un arrepentimiento en el deseo, más bien que de apreciado error en el cálculo.

ARTICULO 25. El arrepentimiento a que se refiere el artículo anterior, se probará:

I. Por auto-delación del agente, antes del descubrimiento de la tentativa;

II. Por haber destruido él mismo los instrumentos del delito, o

III. Por prevenir, en caso de complicidad, a la víctima y autoridades.

ARTICULO 26. No obstante lo dispuesto en el artículo que precede, el Juez podrá exigir del agente la caución de no ofender o someterlo a la vigilancia de la policía o a confinamiento, cuando se trate de sujetos de máxima temibilidad.

ARTICULO 27. Si el autor de una tentativa frustrada por arrepentimiento, incurriere posteriormente en un plazo de cinco años en nueva tentativa de igual delito o de otro, sea desistida, suspendida, fallida o consumada, se le aplicarán las sanciones de ésta y las que hubieren correspondido a la primera.

ARTICULO 28. Siempre que los actos ejecutados en una tentativa constituyan por sí mismos un delito de los especificados en el Libro Tercero de este Código, se aplicarán las sanciones correspondientes.

L a T e n t a t i v a

LEY ADUANAL

de 30 de agosto de 1935, publicada el 7 de octubre del mismo año.

CAPITULO II

Sección I

CONTRABANDO

Prevenciones generales

ARTICULO 346. Comete el delito de contrabando toda persona que voluntariamente y en detrimento del Fisco, viole alguna o algunas de las disposiciones de esta ley, relativas a la importación o exportación de mercancías, con el propósito de introducir las al País o sacarlas del mismo, sin cubrir los impuestos aduanales que les correspondan.

ARTICULO 347. El delito de contrabando se considera consumado cuando, en cualquiera de los trámites que progresivamente presenta el despacho en las operaciones aduanales, se comete una violación a esta Ley, si tal violación es voluntaria o relativa a cualquiera o a todos los trámites, y tiene o puede tener, como resultado directo, el menoscabo de los intereses fiscales.

ARTICULO 348. Se equiparan al delito de contrabando la importación o exportación, clandestinas, de mercancías cuyo tráfico internacional esté prohibido expresamente por disposición legítima del Gobierno Federal, y los actos preparatorios que tengan por objeto consumir dichas operaciones en forma subrepticia.

ARTICULO 349. No se considerarán, como constitutivos del contrabando, ni les será aplicable la pena que a éste co-

responde, aquellos actos que, aun cuando pudieren comprenderse dentro de los términos del artículo 346, tengan señalada en esta Ley o en su Reglamento, una sanción administrativa con motivo distinto.

ARTICULO 350. Si, para llevar a cabo una sola importación o exportación subrepticia, se recurre a diversos actos sucesivos que, separadamente, pudieran considerarse comprendidos dentro de las prevenciones de los artículos 346 al 348, toda la serie de hechos se estimará como un solo contrabando; pero, si en la comisión del delito concurre algún acto delictuoso distinto del de contrabando, se seguirá las reglas de acumulación.

ARTICULO 351. Cuando diversas personas, que obren de común acuerdo, se distribuyan lotes de mercancía, y cada una de ellas aisladamente, intente o consuma la importación o exportación clandestina de la porción que trajere o llevare consigo, se deberá considerar que todas y cada una de dichas personas son responsables de un solo delito por la totalidad de la mercancía, objeto de la mencionada operación.

ARTICULO 352. El delito de contrabando dará lugar a la imposición de pena corporal, al cobro de los impuestos omitidos y a la aplicación administrativa de multas de acuerdo con este Capítulo.

Competencia de la autoridad judicial

ARTICULO 358. En los delitos de contrabando y en aquellos otros que, por su naturaleza, sean de la competencia del poder judicial federal, los jueces y tribunales federales aplicarán la presente ley, y, en lo no previsto por ella, lo que disponga el Código Penal.

ARTICULO 359. El delito de contrabando lo castigarán las autoridades judiciales, en la siguiente forma:

I. Con las penas corporales que para el robo con violencia señala el Código Penal, si la violencia existe en el con-

trabando; y

II. Con las penas corporales que para el robo sin violencia señala el repetido Código, cuando en el contrabando no exista violencia.

En ambos casos, para la aplicación de las sanciones, se tomará como base el monto de los impuestos que fijan las Tarifas de importación o exportación, defraudados o que se hubiere intentado defraudar.

ARTICULO 360. Para la aplicación de las sanciones corporales en todos los casos de contrabando, se tomarán en cuenta, de acuerdo con el Código Penal, las circunstancias exteriores del delito y las peculiares del delincuente; además, las siguientes:

I. Que los contrabandistas sean más de dos, o que al ejecutar el contrabando usen armas, en prevención de ataque o defensa;

II. Que el contrabando se consume de noche o por lugar inhábil para el tráfico internacional;

III. Que el contrabandista se finja empleado o funcionario público, o que siéndolo se valga de su cargo oficial para delinquir;

IV. Que se haga uso de falsa documentación, o se violen sellos o candados fiscales para la comisión del delito, y

V. Que se trate de mercancías o efectos cuyo tráfico internacional esté prohibido por disposición legítima del Gobierno Federal.

ARTICULO 361. El contrabando de mercancías o efectos de importación o exportación prohibidas por disposición legítima del Gobierno Federal, y las operaciones preparatorias que se encaminen a consumarlo, se castigará con una pena corporal que fluctúe entre diez días y seis años de prisión, según la mayor o menor importancia del delito y atendiendo a las circunstancias del mismo y a las peculiares del

delincuente.

Además, la autoridad judicial decretará el comiso, a favor del Fisco, de las mercancías o efectos que se haya pretendido importar o exportar clandestinamente.

Reformas

Decreto de 30 de marzo de 1936:

ARTICULO 352. El delito de contrabando dará lugar al cobro de los impuestos dejados de pagar, a la aplicación administrativa de multas y a la imposición de pena corporal, de acuerdo con este Capítulo.

No habrá lugar de imponer pena corporal, cuando, en cada caso de contrabando, los impuestos de importación o exportación no excedan de cincuenta pesos, siempre que el presunto responsable pague o deposite el importe total de la liquidación del expediente, tan pronto como se le notifique el fallo que dicte la aduana instructora.

ARTICULO 359. El delito de contrabando lo castigarán las autoridades judiciales, salvo la excepción que se consigna en el artículo trescientos cincuenta y dos, segundo párrafo de esta Ley, en la siguiente forma:

I. Con las penas corporales que para el robo con violencia señala el Código Penal, si la violencia existe en el contrabando; y

II. Con las penas corporales que para el robo sin violencia señala el propio Código, cuando en el contrabando no existe violencia.

En ambos casos, para la aplicación de las sanciones se tomará como base el monto de los impuestos que fijan las Tarifas de importación o de exportación, defraudados o que se hubiere intentado defraudar.

ARTICULO 364. Los instrumentos que sirvieren para la

comisión del delito de contrabando, no se considerarán afectos al pago de impuestos aduanales, sino que deberán consignarse a la autoridad judicial para que ésta decrete su comiso, en los términos establecidos por el Código Penal.

Como excepción a lo dispuesto en el párrafo anterior, no se hará la consignación que el mismo previene, sino que se exigirá el pago de los impuestos aduanales, en su caso, de los instrumentos del delito, de uso lícito, cuando el valor de los impuestos de importación o exportación que se haya pretendido defraudar, no exceda de cincuenta pesos, y siempre que el responsable pague o deposite el importe total de la liquidación del expediente, tan pronto como se le notifique el fallo que dicte la aduana instructora.

DECRETO de 30 de diciembre de 1948 del Diario Oficial de 31 de diciembre del mismo año.

ARTICULO 346. Comete la infracción de contrabando:

I. El que introduce o saca del país mercancías, omitiendo el pago de los impuestos de importación o exportación que les correspondan;

II. El que en detrimento del Fisco, viole alguna o algunas de las disposiciones de esta Ley, relativas a la importación o exportación de mercancías, con el propósito de introducir las al país o sacarlas del mismo, sin cubrir los impuestos aduanales que les corresponden.

ARTICULO 347. La infracción de contrabando se considera consumada desde el momento en que cualquiera de los trámites que presenta el despacho de las operaciones aduanales, se cometa voluntariamente una violación a esta Ley que tenga o pueda tener como resultado el menoscabo de los intereses fiscales.

ARTICULO 348. Se considera también como infracción de contrabando:

I. La importación o exportación clandestina de mercancías cuyo tráfico internacional esté prohibido expresamente

por disposición legítima, y los actos encaminados directa e inmediatamente a la realización de dichas operaciones;

II. La inexacta declaración del valor de las mercancías que causen impuestos ad-valorem.

ARTICULO 350. Si para llevar a cabo una sola importación o exportación se recurre a diversos actos sucesivos que separadamente pudieron considerarse comprendidos dentro de las prevenciones de los artículos 346 al 348, toda la serie de hechos se estimará como un solo contrabando.

ARTICULO 351. Cuando diversas personas, que obren de común acuerdo se distribuyan lotes de mercancías, y cada una de ellas intente o consume la importación o exportación clandestinas de la porción que trajere o llevare consigo, se deberá considerar que todas y cada una de dichas personas son responsables de una sola infracción por la totalidad de la mencionada operación.

ARTICULO 352. La infracción de contrabando dará lugar al cobro de los impuestos dejados de pagar y a la aplicación administrativa de multas; así como a consignación a la autoridad judicial, para los efectos de las penas corporales que establece el Código Fiscal de la Federación.

CONSULTAR Decreto de 4 de enero de 1951 sobre levantamiento de prohibición de importación de mercancías.

CODIGO FISCAL DE LA FEDERACION.

DIARIO OFICIAL DEL 19 DE ENERO DE 1967 Y
DEL 4 DE FEBRERO DE 1967.

CAPITULO IV

ARTICULO 43. Para proceder penalmente por los delitos previstos en este Código, será necesario que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público declare previamente que el fisco ha sufrido o pudo sufrir perjuicio.

En cuanto a los delitos tipificados en los artículos 51, 65, 71, 72, 75 y 76 se requerirá querrela de la propia Secretaría.

El requisito a que se refiere el párrafo anterior en los casos de las fracciones I, II y III del artículo 51 sólo será necesario si se trata de comerciantes establecidos e inscritos en el registro federal de causantes.

Los procesos por los delitos fiscales a que se refiere el párrafo segundo de este artículo, serán sobreseídos si la Secretaría de Hacienda y Crédito Público lo solicita antes de que el Ministerio Público Federal formule conclusiones.

Dicha Secretaría sólo podrá pedir el sobreseimiento si el procesado paga las prestaciones fiscales originadas por el hecho imputado, o si a juicio de la propia Secretaría ha quedado garantizado el interés del Erario Federal.

ARTICULO 44. En los delitos fiscales la autoridad judicial no impondrá sanción pecuniaria; las autoridades administrativas, con arreglo a las leyes fiscales, harán efectivos los impuestos eludidos y las sanciones administrativas correspondientes.

Para que proceda la condena condicional cuando se incurra en delitos fiscales, además de los requisitos señalados en el Código Penal Federal será preciso acreditar que el interés fiscal esté satisfecho o garantizado.

ARTICULO 45. En todo lo no previsto en el presente título serán aplicables las reglas consignadas en el Código Penal.

ARTICULO 46. Comete el delito de contrabando quien:

I. Introduzca al país o extraiga de él mercancía, omitiendo el pago total o parcial de los impuestos que deban cubrirse;

II. Introduzca al país o extraiga de él mercancías cuya importación o exportación esté prohibida por la ley, o

lo haga sin el permiso otorgado por autoridad competente cuando se requiera al efecto;

III. Introduzca al país vehículos cuya importación esté prohibida por la ley, o lo haga sin el permiso otorgado por autoridad competente cuando se requiera al efecto;

IV. Interne al resto del país vehículos u otras mercancías extranjeras procedentes de perímetros, zonas o puertos libres, omitiendo el pago total o parcial de los impuestos que deba cubrir, o sin el permiso que legalmente se requiera para internar los vehículos o la mercancía de que se trate, y

V. Introduzca mercancías nacionales o nacionalizadas a puertos libres, omitiendo el pago total o parcial del impuesto de exportación que deba cubrir.

ARTICULO 47. Se presumirá consumado el delito de contrabando, si se trata de mercancías que causan impuestos aduanales, o cuya importación o exportación esté prohibida, o requiera permiso de autoridad competente, cuando:

I. La introducción al país o la salida de él de las mercancías se efectúe por lugares inhábiles para el tráfico internacional;

II. Se introduzcan al país o se extraiga de él mercancías en forma clandestina, por lugares autorizados para el tráfico internacional;

III. Se introduzcan al país mercancías ocultándolas en cualquier forma;

IV. Se encuentren vehículos extranjeros fuera de una zona de veinte kilómetros en cualquier dirección, contados en línea recta a partir de los límites externos de la zona urbana de las poblaciones fronterizas;

V. Se encuentren mercancías de origen extranjero, dentro de las zonas de vigilancia, si el propietario, poseedor o porteador no lleva consigo el documento que se requiere

para el tránsito por las expresadas zonas conforme al Código Aduanero;

VI. Se aprehendan o encuentren mercancías de altura a bordo de buques en aguas territoriales sin estar documentadas;

VII. Se desembarquen subrepticamente efectos de rancho o de uso económico de un buque, en tráfico de altura o mixto de un buque extranjero en tráfico de cabotaje;

VIII. No se encuentren amparadas con documentación alguna las mercancías extranjeras en tráfico mixto, que sean descubiertas a bordo.

IX. Se trate de mercancías conducidas en un buque destinado exclusivamente al tráfico de cabotaje, que no llegue a su destino salvo caso de fuerza mayor, o que haya tocado puerto extranjero, antes de su arribo, y

X. Una nave aérea aterrice en lugar que no sea aeropuerto internacional y conduzca mercancías extranjeras que no hayan sido presentadas a alguna oficina aduanera.

ARTICULO 48. Son punibles los actos encaminados a la comisión del contrabando, así como su principio de ejecución y los que pudieran realizarlo aun cuando no llegue a consumarse por causas ajenas al agente.

ARTICULO 49. Es responsable del delito de contrabando quien:

I. Interviene en su concepción, preparación o ejecución;

II. Aconseje, provoque, instigue o compela a su ejecución;

III. Preste auxilio o cooperación de cualquier especie para realizarlo;

IV. Se sirva de un tercero para cometer el delito, y

V. En cumplimiento de promesa anterior o, a sabiendas de la comisión del delito, preste ayuda al inculcado.

ARTICULO 50. Comete el delito de encubrimiento en materia de contrabando quien:

I. Después de ejecutado, ayude en cualquiera forma al inculcado a eludir o entorpecer las investigaciones de la autoridad, para sustraerse a la acción de ésta, o bien oculte, altere o haga desaparecer las pruebas, instrumentos o rastros del delito, o asegure para el inculcado el producto o provecho del contrabando, o reciba y oculte los bienes objeto del mismo.

II. Al comerciante que adquiera, reciba u oculte mercancías ilegítimamente importadas.

III. A quien de cualquier manera preste sus auxilios o cooperación para realizar los actos a que se refiere la fracción anterior.

ARTICULO 51. Será sancionado con las mismas penas del contrabando quien:

I. Adquiera mercancía extranjera cuando no sea para su uso personal, la enajene o comercie con ella, sin la documentación que compruebe su legal estancia en el país;

II. Tenga en su poder por cualquier título, mercancía extranjera que no sea para su uso personal sin la documentación a que se refiere la fracción anterior.

III. Ampare o pretenda amparar, con documentación o factura auténtica, mercancía extranjera distinta de la que cubre la documentación expedida.

La tenencia o estancia legal en el país de la mercancía extranjera sólo se comprueba:

a). Con la documentación aduanal exigida por la ley.

b). Con nota de venta expedida por la autoridad fiscal federal.

c). Con factura extendida por comerciantes inscritos en el registro federal de causantes.

d). Fuera de la zona de vigilancia, con la carta de porte en que conste el nombre y domicilio del remitente y del destinatario y de los efectos que ampare, si se trata de portadores legalmente autorizados para efectuar el servicio público de transportes.

IV. Pretenda extraer mercancías del país ocultándolas en cualquier forma.

V. En su carácter de funcionario o empleado público de la Federación, de los Estados, del Distrito o Territorios Federales o de Municipios, autorice la internación de algún vehículo proporcione documentos o placas para su circulación o intervenga para su inscripción en el registro de automóviles, cuando la importación del vehículo se haya efectuado sin el permiso previo de la autoridad federal competente.

VI. Posea, conduzca o use vehículos de procedencia extranjera, de modelos correspondientes a los últimos cinco años, sin comprobar su legal importación y estancia en el país, o sin la previa autorización legal.

VII. Enajene o adquiera por cualquier título sin autorización legal, vehículos importados temporalmente.

VIII. Enajene o adquiera por cualquier título vehículos importados definitivamente para transitar en zonas o perímetros libres, o provisionalmente para circular en la zona fronteriza si el adquirente no reside en dichas zonas o perímetros.

ARTICULO 52. La clasificación arancelaria hecha por las autoridades fiscales, que haya quedado firme, hará prueba plena.

ARTICULO 53. Cuando el valor de los impuestos omitidos por medio de contrabando no exceda de \$10,000.00 (diez mil pesos) la pena será de tres días a seis años de prisión y cuando excediera de \$10,000.00, la pena será de seis años a doce años de prisión.

Las averías solamente se tomarán en cuenta para determinar el valor de la mercancía y el importe del impuesto omitido si son producidas antes del contrabando.

Cuando no sea posible fijar el monto del impuesto omitido, con motivo del contrabando, la pena aplicable será de diez días a cinco años de prisión.

ARTICULO 54. Se impondrá la pena de 6 meses a 12 años de prisión, a quien introduzca al país o extraiga de él, mercancía de tráfico internacional prohibido o restringido legalmente. En el caso de que la mercancía de importación o exportación restringida esté gravada y no se haya pagado el impuesto aduanal, se aumentará la pena con una tercera parte de la sanción que corresponda conforme al artículo anterior.

Se aplicará igual pena a quien introduzca al país vehículos de importación prohibida o restringida legalmente, sin obtener, en este último caso, permiso de la autoridad competente.

La misma pena se impondrá a quien tenga en su poder por cualquier título, mercancías de origen extranjero de tráfico internacional prohibido o restringido legalmente, sin la documentación que en su caso compruebe la legal importación y estancia en el país.

ARTICULO 55. En los casos previstos por el artículo 48 se impondrá como pena hasta las dos terceras partes de las establecidas para el delito consumado en los artículos 53 y 54.

ARTICULO 56. Existe calificación en los delitos previstos en los artículos 46, 51 y 54 cuando:

I. Se cometan con violencia física o moral en las personas.

II. Se cometan por más de dos personas aunque no constituyan asociación delictuosa.

III. Se porten armas en el momento de ejecutarlos.

IV. Se consumen de noche o por lugar inhábil para el tráfico internacional.

V. El autor se ostente como funcionario o empleado público.

VI. Participe en cualquier forma, para cometerlo, algún empleado público que no esté en ejercicio de sus funciones, siempre que por las actividades que tenga encomendadas deba intervenir en la vigilancia aduanal, o en investigaciones para cerciorarse que se cumplen las disposiciones aduanales o comprobar los casos en que fueron infringidas.

VII. Se haga uso de falsa documentación o se violen sellos o candados fiscales.

VIII. Se realicen por vía aérea en campo de aterrizaje clandestino.

ARTICULO 57. Si los delitos previstos en los artículos 46, 51 y 54 fueren calificados, a las penas que señalan los artículos 53 y 54 se agregará hasta tres años de prisión. Si la calificación constituye otro delito, se aplicarán las reglas de la acumulación.

ARTICULO 58. Cuando en el delito de contrabando participe en cualquier forma un empleado o funcionario público, en ejercicio de sus atribuciones, a la pena que resulte por el delito oficial, se le aumentarán de tres a ocho años de prisión.

ARTICULO 59. Se impondrá de seis meses a ocho años de prisión al que en materia de contrabando, participe en una asociación delictuosa.

ARTICULO 60. El delito de encubrimiento en materia de contrabando se sancionará con la pena de tres días a cuatro años de prisión.

ARTICULO 61. En el caso de delito continuado se aumentará la pena correspondiente, hasta con dos años de prisión.

ARTICULO 62. A quien robe mercancía que se encuentre en el dominio fiscal, de importación prohibida o sujeta a permiso o respecto de la cual no se hayan cubierto los impuestos aduanales respectivos, se le aplicará la pena correspondiente al delito de robo que se aumentará con prisión de diez días a cinco años.

ARTICULO 63. La agravación a que se refiere el artículo anterior, también se impondrá al que intencionalmente destruya o averie mercancías ajenas que se encuentren en el dominio fiscal y por las cuales no se hayan cubierto los impuestos respectivos.

ARTICULO 64. Cuando sea materia de contrabando la mercancía robada fuera del país, el introductor quedará sujeto a las penas del delito de contrabando, sin perjuicio de que por el robo se observe lo establecido en el Código Penal Federal.

ARTICULO 65. Se impondrá prisión hasta de tres años, a los funcionarios o empleados públicos que practiquen o pretendan practicar visitas domiciliarias sin mandamiento escrito de la autoridad fiscal competente.

El nuevo Código Fiscal de la Federación en su artículo 48 transcrito mejora la redacción de su equivalente de las reformas de 1959 a que aludimos en otra ocasión. (Revista Jurídica Veracruzana. Julio-Agosto de 1962).

Mejora el texto anterior, en cuanto que hoy alude al "principio de ejecución" como elemento objetivo de la figura accesoria, pero faltó a los redactores el conocimiento siquiera epidérmico del instituto de la tentativa porque tam-

bién lo hicieron consistir en "los actos encaminados a la comisión del contrabando"; resultando así como dos formas diversas de aparición del delito tentado el "un enseguida temporal" y "el comienzo de violación al núcleo del tipo".

Entonces verdaderamente el legislador no llegó a comprender la teoría ni la técnica legislativa de la tentativa, creando con ello admirable confusión de conceptos.

El contexto de la tercera hipótesis del artículo 102 del Código Penal Federal, que se refiere a la prescripción que corre "desde el día en que se hubiera realizado el último acto de ejecución, si se tratare de tentativa" ya no adopta la directiva del artículo 12 precedente, sino el "del comienzo de ejecución", en que verdaderamente debe reposar todo el instituto.

Aquí encontramos nuevamente la oposición entre dos normas del mismo Ordenamiento Represivo y en que para no castigar el pensamiento criminal por la intención manifestada por los actos preparatorios habrá que acudir contra toda regla de interpretación no a la norma general de la tentativa (Artículo 12) sino a la norma especial de la prescripción (Artículo 102). Se desemboca en el proceso interpretativo poco plausible de la apreciación no a través de los elementos definitorios del delito tentado, sino a virtud de la contemplación de un otro aislado precepto cuya vigencia obliga en el capítulo excepcional de la prescripción. Con esta limitación y contradicciones antes no invocadas resultaría válida la objeción del eminente penalista Don Mariano Jiménez Huerta, que asevera que del artículo 12 del Código Penal Federal y del sistema deviene la tentativa como el comienzo de ejecución de la norma.



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

L a T e n t a t i v a

LA HONORABLE SUPREMA CORTE
INFORME DE 1966, PRIMERA SALA, PAG. 34.

DELITO CONTRA LA SALUD, EN LA MODALIDAD DE TRAFICO EN GRADO DE TENTATIVA. (LEGISLACION PENAL FEDERAL).—Si bien, la conducta desplegada por los Agentes de la Policía Judicial Federal, para descubrir al vendedor de estupefacientes al simular ser compradores de drogas enervantes, frente al sujeto del delito sea reprobable desde el punto de vista de la ética, también lo es que no puede estimarse como antijurídica, por cuanto a que en la investigación de tráfico de drogas, actuaban por orden de la autoridad competente como lo es el Ministerio Público Federal. Así pues aun cuando el delito contra la salud, en la modalidad típica de tráfico en grado de tentativa fue provocado de todas formas le es reprochable al sujeto a título de dolo, puesto que en la actividad desplegada por los Agentes de la Policía Judicial Federal, hay ausencia de antijuridicidad tanto más cuanto que tratándose del tipo contra la salud en la modalidad apuntada el sujeto pasivo lo es la sociedad, por el daño que puede reportar en alguno de sus miembros el uso del estupefaciente, con la consiguiente degeneración de la raza humana y no los Agtes de la Policía Judicial Federal, máxime que el Código Represivo Federal no registra como excluyente responsabilidad, la circunstancia de que el delito sea provocado, y por ende, la sentencia que así lo establece, no infringe en perjuicio del quejoso, los principios de exacta aplicación de la ley penal y de la legalidad, se consagran los artículos 14 y 16 Constitucionales.

Directo 5895/65.—J. Daniel Villegas Gámez.—Resuelto el 11 de agosto de 1966.—Relator: Ministro Agustín Mercado Alarcón.—Secretario: Enrique Padilla Correo.

INFORME DE 1967.— PRIMERA SALA. PAG. 54.—

TENTATIVA Y ACTO PREPARATORIO (TESIS APLICABLE A TODAS LAS LEGISLACIONES QUE CONTEN-

GAN UNA FORMULA IDENTICA AL ARTICULO 12 DEL CODIGO DEL DISTRITO).—Cualquiera que sea la posición que se adopte respecto a la tentativa, ya sea que se la considere como un estado inferior de la violación típica, o como figura autónoma, posición esta última doctrinariamente poco defendible, debe sostenerse que lo característico de ella es el principio de ejecución, acompañado necesariamente en la puesta en peligro del bien jurídico que tutela el tipo. Si no hay puesta en peligro, simplemente no hay lesión jurídica y para que haya, el sujeto debe de hacer algo encaminado en forma unívoca a la realización delictiva. El fallido ladrón que ha decidido robar dentro de una residencia, y al ver la altura de los muros que la protegen y cerciorarse de que le es imposible salvarlos, desiste de su empeño, no por otra razón, sino porque se encuentra en condiciones de imposibilidad material de llevar a cabo el escalamiento; sin embargo, si el escalamiento se intenta, y por las dificultades materiales, fracasa el presunto delincuente, su conducta es ya de ejecución, y la mayor o menor puesta en peligro servirá de criterio para cuantificar la pena, puesto que se determina el grado en que se llegó a la ejecución, pero la tentativa existirá.

Amparo directo 7227/56 1a.—Eliseo Rodríguez Ramírez.—20 de febrero de 1967.—Unanimidad de 4 votos.—Ponente: Abel Huitrón y Aguado.

SEXTA EPOCA

VOLUMEN CX.— SEGUNDA PARTE.— PRIMERA SALA.—

DROGAS TRAFICO EN GRADO DE TENTATIVA PROVOCADO POR POLICIAS FEDERALES.—Si bien, la conducta desplegada por los Agentes de la Policía Judicial Federal, para descubrir al vendedor de estupefacientes, al simular ser compradores de drogas enervantes frente al sujeto del delito, sea reprobable desde el punto de vista de la ética, también lo es que no puede estimarse como anti-jurídica, por cuanto a que en la investigación del tráfico de

drogas, actúan por orden de la autoridad competente, como lo es el Ministerio Público Federal. Así pues, aun cuando el delito contra la salud, en la modalidad típica de tráfico en grado de tentativa, sea provocado, de todas formas le es reprochable al sujeto a título de dolo, puesto que en la actividad desplegada por los Agentes de la Policía Judicial Federal, hay ausencia de antijuricidad; tanto más cuanto que, tratándose del tipo contra la salud en la modalidad apuntada, el sujeto pasivo lo es la sociedad, por el daño que puede reportar en alguno de sus miembros el uso del estupefaciente, con la consiguiente degeneración de la raza humana, y no los Agentes de la Policía Judicial Federal, máxime que el Código represivo Federal no registra como excluyente de responsabilidad, la circunstancia de que el delito sea provocado, y, por ende, la sentencia que así lo establece, no infringe en perjuicio del inculpaado los principios de exacta aplicación de la ley penal y de legalidad, que consagran los artículos 14 y 16 constitucionales.

Amparo directo 3903/65.—Daniel Villegas Gámez. Relacionado con el Directo 3895/65.—11 de agosto de 1966.—5 votos. Ponente: Agustín Mercado Alarcón.

SEXTA EPOCA.—VOLUMEN CXI.—SEGUNDA PARTE

PRIMERA SALA.—

AMENAZAS Y TENTATIVA, DIFERENCIAS. (LEGISLACION PENAL DEL DISTRITO FEDERAL Y DEL ESTADO DE YUCATAN).—Los elementos del tipo de amenazas, cuyo bien jurídico protegido es la paz y seguridad de las personas, que constituyen una situación psicológica y que establece la fracción I del artículo 264 del Código de Defensa Social del Estado de Yucatán, (idéntico al 282, fracción I, del Código del Distrito y Territorios Federales, salvo en que el código de Yucatán al referirse al "mal" que se enuncia, en forma expresa establece que debe ser "determinado", palabra que es participio pasivo de "determinar"), son: 1o.

Una conducta tangible del sujeto activo, por la que de cualquier modo, se enuncia que se va a causar un daño, en la persona, bienes, honor o derechos del sujeto pasivo; o en la persona, honor, bienes o derechos de alguien con quien esté ligado por algún vínculo. 2o.—Que el sujeto activo actúe dolosamente y que su intención sea alterar la paz y seguridad del pasivo. (Elemento subyacente del tipo). 3o.—Que el sujeto pasivo sufra la alteración señalada. (Elemento subyacente del tipo). Cabe agregar que cuando el sujeto activo en forma coetánea al enuncio del daño, o inmediatamente después, sin solución de continuidad, agrede al sujeto pasivo (ya sea que lo lesione o no; o lo prive de la vida o no), su actitud revela que no tiene intención de alterar la paz y seguridad del sujeto pasivo; sino que su querer, tiende a privar de la vida o a dañar la salud de éste, por lo que no se reúnen los elementos del tipo de amenazas. Cuando existe el enuncio de un daño (que reúne los elementos de la amenaza), una solución de continuidad que sólo queda en tentativa o bien consuma lesiones u homicidios o cualquier otro tipo delictivo, lógicamente y sin que importe el tiempo de la solución de continuidad, existen: una primera conducta que integra amenazas y una segunda conducta que integran tentativa de lesiones u homicidio o bien homicidio o lesiones, o en su caso cualquier otro delito ya sea consumado o en tentativa. El delito de amenazas que es eminentemente circunstancial, atenta contra la situación psicológica de sentirse tranquilo (paz jurídica) y seguro (conciencia de protección del orden jurídico), que son facultades de derecho que forman, entre otras muchas, dos aspectos del concepto libertad. De aquí que algunas legislaciones extranjeras cataloguen el delito de amenazas bajo el título de "Delitos Contra la Libertad". El sentido de la punibilidad no es reprimir la realización del mal que se enuncia, sino la intimidación que se causa con tal enuncio y el requisito psíquico en el pasivo, es que el daño que se avisa sea idóneo para despertar la creencia de la posible realización del mal; pues si se tiene la convicción de que se trata de un daño imposible, no se integra la figura delictiva.

Amparo directo 1442/66.—Higinio Cervantes Alonso.—7 de septiembre de 1966.—5 votos.—Ponente: José Luis Gutiérrez Gutiérrez.

Sostiene la misma tesis amparo directo 7426/65.—Carlos Montes Castañeda.—7 de Sept. de 1966.—5 votos.—Ponente: José Luis Gutiérrez Gutiérrez.

INFORME DE 1968.—PRIMERA SALA.—PAG. 54.—

TENTATIVA CALIFICADA.—La tentativa es un acto de ejecución sin consumación y participa necesariamente de la modalidad dentro de la que se hubiere consumado la figura delictiva; por lo tanto, puede legalmente afirmarse que en tipos que admiten las calificativas, la tentativa puede también ser calificada. Este criterio es el que informa la tesis del amparo número 2995/65., resuelto por esta Sala.

Amparo directo 4474/67.—Agustín del Angel Delgado.—7 de febrero de 1968.—5 votos.—Ponente: Abel Huitrón Aguado.

Precedente:

Amparo directo 2195/65.—Mariano Rodríguez Blanco.—9 de marzo de 1967.—5 votos.—Ponente: Mario G. Rebolledo F.

CODIGO DE JUSTICIA MILITAR
de 28 de agosto de 1933

CAPITULO III

Grados del delito intencional

ARTICULO 105. Los delitos serán punibles en todos sus grados de ejecución. ®

Estos son: conato, delito frustrado y delito consumado.

ARTICULO 106. El conato consiste en ejecutar uno o más hechos encaminados directa o inmediatamente a la consumación, pero sin llegar al acto que la constituye si esos hechos dan a conocer por sí solos o acompañados de algunos indicios cuál es el delito que el agente tenía intención de perpetrar; si no dieran a conocer, tales hechos se considerarán como actos puramente preparatorios que serán punibles cuando por sí solos constituyan delito.

El frustrado es aquel en que el agente llega hasta el último acto en que debía realizarse la consumación, si ésta no se verifica por tratarse de un delito irrealizable por imposible, porque los medios que se empleen sean inadecuados o por otra causa extraña a la voluntad del agente.

CAPITULO IV

Aplicación de penas en los grados de conato y delito frustrado

ARTICULO 158. El conato se castigará con la quinta parte de la pena que se aplicaría al delincuente, si hubiera consumado el delito.

ARTICULO 159. El delito frustrado se castigará:

I. Cuando el delito no se consume por tratarse de un delito irrealizable, porque es imposible o porque son evidentemente inadecuados los medios empleados, con un tercio o dos quintos de la pena que se impondría si el delito se hubiera consumado, y

II. Cuando el delito no se consume por causas extrañas a la voluntad del agente, diversas de las que se expresan en la fracción anterior, con dos quintos a dos tercios de la que se aplicaría si se hubiera consumado el delito.

CODIGO PENAL ESPAÑOL VIGENTE
Decreto de 23 de diciembre de 1944

ARTICULO 4. La conspiración existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo.

La proposición existe cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas a ejecutarlo.

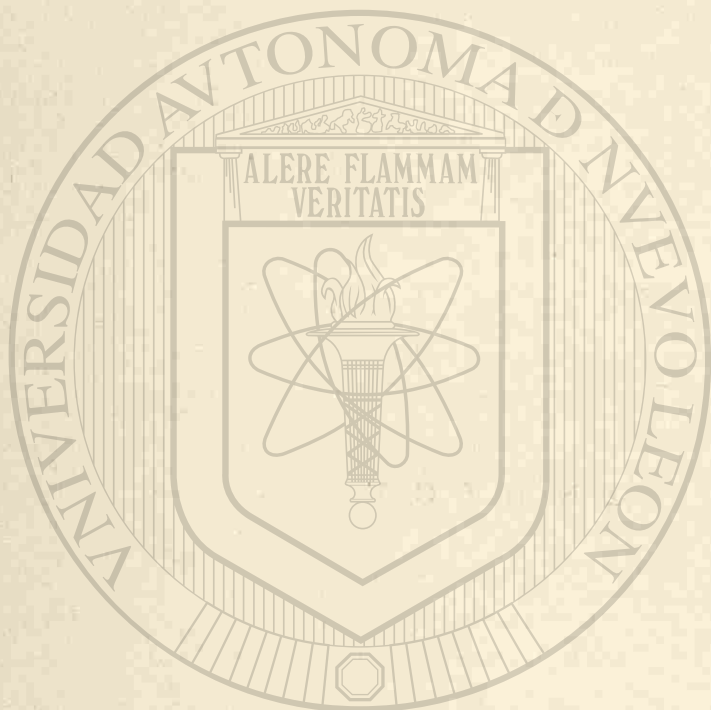
La provocación existe cuando se incita de palabra, por escrito o impreso, u otro medio de posible eficacia, a la perpetración de cualquier delito. Si a la provocación hubiere seguido la perpetración del delito, se castigará como inducción.



U A N L

I N D I C E

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

L a T e n t a t i v a

<i>Prólogo a la Segunda Edición</i>	5
<i>Prólogo a la Primera Edición</i>	9
<i>Introducción</i>	15
<i>Ensayo</i>	21
<i>Capítulo primero</i>	29

NATURALEZA JURIDICA DE LA TENTATIVA

La tentativa y la garantía **nulla crimen sine lege**. Necesidad imprescindible en el Derecho penal liberal de la norma jurídica específica que prevea la tentativa. Pensamiento de Beling, Bettiol, Mezger. Nuestro sistema constitucional y la tentativa. Conclusiones.

<i>Capítulo segundo</i>	33
-------------------------	----

CONSUMACION Y TENTATIVA

La concepción teórica de la tentativa como delito imperfecto en la construcción sistemática de Carrara, seguida por Crivellari, Pessina, Ferri y Florian. El delito consumado; Saltelli y Romano Di Falco y Manzini. Refutación de la concepción carrariana por Cuello Calón y Bettiol.

<i>Capítulo tercero</i>	37
-------------------------	----

FUNDAMENTACION DE LA TENTATIVA

Tesis de Carrara, Hippel, Mezger, Bettiol y Liszt. Pensamiento de Vannini. Crítica de Manzini y Pannain. El peligro corrido y su concepto: Antolisei, Stuart Mill, Grispigni, Ruiz-Funes y Carnelutti.

Capítulo cuarto

57

ILICITUD Y TENTATIVA

licito y el principio del ilícito penal. Positivismo penal y la Criterio de Ferrari y Vannini sobre la distinción entre lo Unión Soviética frente al tema. Pensamiento de Rocco y su crítica por la Comisión redactora del Proyecto preliminar del Código Penal italiano — 1949. Criterios diferenciadores: Cronológico de los prácticos italianos. La univocidad carrariana y su crítica por Heller, Antolisei, Manzini, Saltelli y Romano Di Falco, Massari y Pannain. Lo que queda de la postura carrariana: La intención y la univocidad como presupuestos, pero no como únicos elementos de la tentativa; la discriminación de ciertas actividades previas a la ejecución y la utilización de medios; el juicio de probabilidad recogido por Liszt, Antolisei, Mezger, Hippel, Saltelli y Romano Di Falco. El ataque a la esfera jurídica de la víctima, enunciado por Carrara. La adhesión de Leto. Objeciones de Impallomeni, Liszt y Manzini. "Causa y condición" de Birkemeyer. Refutación de Mezger y Heller. "Causa inerte y causa en movimiento" de Impallomeni. Su inadmisibilidad conforme al pensamiento de Antolisei, Heller, y Hippel. "Voluntad posible y voluntad exteriorizada", que importa al decir de Saltelli y Romano Di Falco el retorno a la univocidad. "El Comienzo de violación a la norma", Rossi Manzini, Massari, Vannini, Beling, Ranieri, Hippel, Jiménez de Asúa y Mezger.

Capítulo quinto

121

TEORIAS SUBJETIVAS

La formulación de Ferri, la debida a Garofalo, la de Cuello Calón; el criterio de Cavallo y de Maggiore, la anfibólica postura de Garraud. Lo que debe pertenecer al Derecho preventivo y lo que es propio del Derecho represivo. Opiniones de Ruiz-Funes, Beling, Longhi y Jiménez de Asúa. La teoría de la equivalencia de condiciones y su proyección respecto del delito tentado. Críticas de Mezger, Soler, Ranieri, Florian. La casualidad en el Código penal federal. Crítica.

Capítulo sexto

145

NUESTRAS LEYES

La tentativa en el Código de 71. La exposición de motivos y sus panegiristas e intérpretes. Crítica. El Código de 1929. Incongruencias del sistema. El Código de 1931: sus exégetas. Defectos de doctrina, de técnica. Interpretación dogmática con la crítica.

Capítulo séptimo

157

LA ACCION IDONEA

Importancia del concepto de la acción idónea en el delito tentado: La atipicidad benigniana; la relación causal; Ranieri, Mezger, Battaglini, Massari, Manzini, Bettiol. El error en la tentativa: Frosali, Liszt, Bettiol, Binding, Beling, Graf zu Dohna. La acción absolutamente inidónea: Carrara, Vannini, Manzini, Altavilla, Porte Petit. La inidoneidad sucesiva como requisito del delito tentado. La responsabilidad por la acción idónea precedente: Carrara, Manzini, Vannini. El concurso de personas: Carrara, Manzini. El erróneo criterio de los ex-

getas mexicanos y de la Suprema Corte. El concepto normativo de la omisión por omisión y la tentativa, y la omisión simple: Antolisei, Dadbruch, Battaglini, Massari, Vannini, Mezger, Manzini. Nuestro Código Penal Federal ante el problema. Crítica.

Capítulo octavo

181

INEXISTENCIA DEL OBJETO

Inadmisibilidad de la tentativa en la absoluta inexistencia del objeto del delito, y posibilidad conceptual y jurídica en la inexistencia circunstancial del objeto. Carrara, Liszt, Manzini, Beling —atipicidad—, Mezger, Hippel, Soler y Carnelutti. El Positivismo penal.

Capítulo noveno

197

LEYES MEXICANAS

Códigos Penales Federales de 1871, 1929, 1931. Sus exégetas. Crítica.

Capítulo décimo

215

TENTATIVA Y FRUSTRACION

Liszt, Rocco, el proyecto italiano de 1949, Mezger, Hippel, Beling, Manzini, Massari. El error —*personae, objecto y causae*— Bettiol, Mezger, Frosali. Las normas jurídicas federales mexicanas. El desistimiento voluntario en el positivismo y en

la realística. Liszt, Garofalo, Florian, Ferri, Carrara e Impallomeni. La no consumación por causas ajenas a la voluntad del sujeto: Distinción de Carrara y Manzini. Delitos en que la tentativa es inadmisibile: *quod unico actu perficitur*, culposos; excepciones en los preterintencionales —Liszt, Manzini, Vannini—, en los de omisión simple; en la progresión criminal, delito habitual, concurso ideal. Régimen legal en el Código de 31. Delitos que admiten la forma tentada: Delitos calificados o agravados —Restricciones señaladas por Manzini y Maggiore—; criterio de Beling, Bettiol, Massari, Carrara, Garraud; delito condicionado —Pannain, Carnelutti, Vannini—, opiniones de Manzini, y Beling; delitos de forma vinculada. Pannain, Manzini. Pena de la tentativa. Carrara, Liszt. Ensayo de una concepción sistemática del delito tentado.

Apéndice

261

REFERENCIAS LEGALES

Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en Materia Común y para toda la República en el Fuero Federal, de 7 de diciembre de 1871. Código Penal de Distrito y Territorios Federales, de 1929. Ley Aduanal de 30 de agosto de 1935, publicada el 7 de octubre del mismo año. Código de Justicia Militar, de 28 de agosto de 1933. Código Penal Español vigente.



UAN

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

