

BIBLIOTECA DE DERECHO SOCIOLOGIA Y POLITICA  
Vol. 12  
Teoría de la tentativa y de la  
complicidad o del grado en la  
:-: fuerza física del delito :-:  
POR  
FRANCISCO CARRARA  
Traducido al castellano, con prólogo y notas  
de  
VICENTE ROMERO GIRON  
SEGUNDA EDICION  
CORRECCION Y NOTADA  
MADRID  
CENTRO EDITORIAL DE GONGORA  
SAN BERNARDO 85. TEL. 4-750  
1926  
J. GÓNGORA, IMPRESOR, SAN BERNARDO, 85, MADRID.

## PRÓLOGO DEL TRADUCTOR

(De la primera edición española.)

I

No es desconocido en España, entre algunos amantes de los estudios jurídicos, el nombre del insigne Profesor de la Universidad de Pisa, FRANCISCO CARRARA. La excelente revista, que con el título de *Escuela del Derecho* publicó en Madrid D. Cayetano de Estér, por los años 1863 y 1864, insertó dos artículos de CARRARA por todo extremo interesantes (*Ideas sobre el Derecho penal.—De la enmienda del reo como único fundamento y fin de la pena*), los cuales dan clara y suficiente idea por su forma y contenido de las relevantes cualidades del autor, muestran su perfecto conocimiento de la ciencia penal, y convidan y estimulan a ensanchar más la relación con tan preclaro jurisconsulto, recogiendo en sus numerosas obras abundante cosecha de doctrina y enseñanza teóricas, no menos que fecundas y útiles aplicaciones prácticas.

Italia, su patria, le estima y considera como uno de los primeros criminalistas de la época presente y de seguro le tiene por el discípulo más autorizado y genuino de la escuela fundada en Toscana por su maestro y predecesor en la Cátedra el célebre CARMIGNANI. Y en verdad, que una inteligencia superior, un sentido profundamente moral y humanitario, patrimonio común de casi todos los jurisconsultos toscanos, una

erudición vastísima y finalmente, treinta años no interrumpidos de enseñanza doctrinal en la Cátedra, de trabajo y experiencia en el Foro, de concurso asiduo a comisiones legislativas, de escritos de todo género en la prensa profesional, son otros tantos poderosísimos y legítimos medios por donde se llega segura y dignamente a la reputación y autoridad merecidas de que disfruta CARRARA dentro y fuera de Italia.

Pero si sus numerosos discípulos, esparcidos hoy por todos los ámbitos de la península italiana; sus muchos clientes, arrancados veces mil a los rigores de la justicia por los esfuerzos del noble Abogado; sus compatriotas, en fin, pueden atestiguar directamente, las notorias cualidades que adornan al Profesor pisano, los jurisconsultos extranjeros encuentran en las diferentes obras salidas de su pluma, arsenal copioso donde las más importantes cuestiones, si no todas las del Derecho penal, están tratadas con maestría y elevación, con tan cabal conocimiento de la materia, que cualquier encomio, por exagerado que parezca, no traspasará ciertamente los límites de una estricta justicia. Aceptables o no, según la escuela de cada uno, los principios fundamentales del sistema de CARRARA, no es posible desconocer después de todo, que la ciencia del Derecho penal tiene en él uno de sus más autorizados intérpretes y su inteligencia superior no está cerrada a ninguno de los progresos humanitarios y científicos de la época moderna en punto a derecho y legislación penales. Díganlo por nosotros sus calurosas protestas y reiterados ataques contra la pena de muerte y la acogida benévola que dispensa a los modernos adelantos de la ciencia penitenciaria, por cuyo medio indirecto se sepultan en el olvido los gérmenes aún subsistentes de la penalidad antigua, se demuestra la inconsistencia de la teoría absoluta, se da de mano a las relativas, cuyo criterio sea más bien externo y material y se consolidan y precisan más y más las eternas, inmutables relaciones íntimas de la moral con el Derecho penal.

Ocupa el primero y principal lugar entre las obras de CA-

RRARA, su *Programa del curso de Derecho criminal* dado en la Universidad de Pisa, cuya parte general (un volumen) vió la luz por primera vez en 1860, habiéndose agotado ya cuatro ediciones y disponiéndose en estos momentos la quinta<sup>1</sup>. La parte especial, o sea la exposición detallada de las diferentes clases de delitos, que comprende siete volúmenes, alcanzó en 1872 la tercera edición. Partidario el autor del sistema de la *tutela jurídica*, que se esfuerza en distinguir del de la *seguridad social*, considera que la máxima o principio fundamental de su sistema, contiene la justificación del Derecho criminal, lo mismo en la esfera propia del derecho de castigar, que en la parte relativa a determinar el *cuánto* y el *cómo* de la represión y en el establecimiento de las reglas de proceder para comprobar el delito y averiguar el delincuente, o sea el Derecho procesal. Por eso la parte general del *Programa* comprende tres secciones distintas, precedidas de unos prolegómenos, a saber: el delito, la pena y el juicio penal.

Entretanto que continuaba y mejoraba el *Programa*, obra las más fundamental de todas, las lecciones inaugurales de cursos académicos, los trabajos críticos en cuestiones de legislación y de práctica, los artículos bibliográficos sobre escritos nacionales y extranjeros se sucedían sin descanso, a la vez que emprendía la publicación de la más comprensiva de sus monografías, la más pensada acaso de todas ellas, en la cual trata extensamente las interesantes, tanto como difíciles cuestiones de la *tentativa* y la *complicidad*, ya delineadas en sus rasgos principales en la parte general del *Programa* (capítulo 9, arts. 1 y 2). Este trabajo, cuya traducción damos a luz autorizados por el autor, fué publicado primeramente en un volumen bajo el título *Del grado en la fuerza física del delito*, e incluído después en la segunda edición de los *Opúsculos del Derecho criminal* (cinco vol. Lucca 1870), formando

<sup>1</sup> Una traducción francesa de esta obra, hecha por PAUL BARET, se publicó en París el año 1876.

parte de una preciosa colección de monografías y estudios en los cuales se comprende variedad grande de cuestiones de doctrina general (*Necesidad de profundos estudios jurídicos. Derecho de la defensa pública y privada. Variedad de la idea fundamental del Derecho punitivo. Doctrina fundamental de la tutela jurídica, etc.*), prácticas (*Tentativa en el impetu. Dolo. Fraude y estafa. Envenenamiento. Homicidio culpable. Riña y duelo, etc.*), puntos relativos al procedimiento (*Cuestiones con ocasión del jurado. Acusado y defensor, etc.*), y asuntos de índole legislativa (*Hojas de trabajo sobre el proyecto de Código penal italiano. Las tres concubinas. Un nuevo delito. El delito y el matrimonio eclesiástico.*)

Dos distintas obras dió a luz el Profesor CARRARA durante el año de 1874. Intitúlase la primera: *Bosquejo de práctica legislativa penal* (Roma 1874), y es verdaderamente un ensayo más o menos feliz y comprensivo de *Política del Derecho penal* en el sentido propio de ciencia, que inspirándose en los principios eternos, fundamentales del Derecho natural y teniendo en cuenta el estado presente del Derecho positivo, la situación social del pueblo, las necesidades, que el proceso continuo de la vida ha engendrado, determina en consonancia con todos estos elementos y precisa con relación a época dada las reformas posibles a que puede aspirarse. Este punto de vista, si no con caracteres tan generales, palpita en el pensamiento de CARRARA, que lo expone con envidiable claridad.

La novedad del asunto nos mueve, aunque pequemos en cierto modo de inoportunidad, a consignar brevemente el pensamiento que al autor guía en su exposición. «El Derecho penal, dice, requiere tres momentos para completar su vida y producir la utilidad peculiar a su destino. El Derecho penal pide ser *fundado, dictado e interpretado*. El estudio y la enseñanza del Derecho penal, recorre, por lo tanto, tres fases que se distinguen entre sí de un modo clarísimo. Recorre la primera fase, cuando deriva de la suprema ley natural o sea

del puro Derecho filosófico, las reglas absolutas de la razón punitiva e indaga los criterios a que debe subordinarse y los límites dentro de los cuales ha de circunscribirse la autoridad social en la *prohibición, la pena y el juicio* de los hechos humanos. Hasta aquí el Derecho penal se mueve en la esfera de lo *absoluto* y su contemplación tiene los caracteres de pura ciencia. En esta primera elaboración el estudio y la enseñanza penal proceden con absoluta independencia de todo Derecho positivo. Su obra se reduce a la fundación del Derecho penal en su primer momento y las verdades que de ella se deducen, preexisten a todas las leyes establecidas en las naciones. Numerosísimos y eminentes fueron los expositores de la ciencia penal bajo este primer aspecto, que en muchas Universidades forma el objeto principal de la enseñanza con el título de *Derecho penal filosófico*.

«Pero el Derecho penal está destinado a gobernar a los coasociados y a asegurar el derecho de todos y de cada uno de ellos. Esto forma el tercer momento de su vida, luego que convertido en ley positiva de un Estado, necesita ser interpretado para aplicarlo a los hechos concretos. Recorre su tercera fase el estudio del Derecho penal, cuando sin contemplar ningún derecho especial constituido, supone no obstante su existencia y proveyendo a las necesidades de su aplicación práctica, indaga los preceptos que deben servir de guía, según la razón, a los llamados a interpretar un Código penal para adoptarlo a los hechos singulares realizados. En esta fase, la enseñanza procede siempre según reglas de abstracta razón y puede asegurarse sin caer en error, que en ella la doctrina penal reviste los caracteres de *arte*, sin conservar rigurosamente las condiciones de ciencia. Ella es la *lógica judicial* referida a la materia penal. También cuenta entre los antiguos, lo mismo que entre los modernos, especiales maestros. Se enseña en las Universidades al exponer los comentarios de los Códigos penales y de procedimiento vigentes; exposición que no puede hacerse sobre el mero positi-

vismo de la jurisprudencia, no completa todavía o siempre variable, sino que ha de sacar sus reglas del imperativo lógico y de los preceptos ineludibles de la hermenéutica.

«Entre el primero y tercer momento de su vida, el Derecho penal debe inevitablemente pasar por un segundo momento intermedio, en el cual, las verdades indagadas constitutivas de su ser, una vez fijadas en el pensamiento de los filósofos, se traduzcan en preceptos impuestos a los coasociados, como otras tantas reglas de conducta. Para alcanzar este segundo momento de su vida el Derecho penal, necesita ser *dictado*, precisado. Véase por donde el estudio y la enseñanza del Derecho penal encuentran una segunda fase indispensable e intermedia entre la primera y tercera. En ella la doctrina penal completa la actitud del legislador. Y como debe prestar obediencia aun aquí, a los preceptos absolutos de la razón, según son estudiados y coordinados, mientras que por otra parte le es forzoso penetrar en el campo de la práctica aplicación, bien puede decirse que en esta fase el estudio y la enseñanza presentan los caracteres de *arte* y de *ciencia*, prevaleciendo acaso las primeras. A esto llamo yo *Doctrina de práctica legislativa*. No basta que los publicistas resulten conformes acerca de las verdades cardinales de la razón prohibitiva, punitiva y judicial; no basta, que los jurisconsultos estén acordes sobre las reglas, según las cuales, un Derecho penal constituido haya de interpretarse y adaptarse a los casos concretos. En aquella contemplación, el filósofo prevé un Código por formar; en ésta, el jurista supone un Código hecho. Destácase entre ambas fases, como inevitable e importantísima, la segunda, en la cual el Código *previsto* o *propuesto* se va formando por el legislador. La doctrina penal no se ha completado con afirmar las verdades fundamentales, ni se realiza tampoco estableciendo las reglas de interpretación de un Código escrito. Vastísimo campo queda por recorrer a la fase intermedia. El legislador, aunque penetrado de aquellas verdades fundamentales, puede ser hábil para tradu-

cirlos en otros tantos artículos de ley. Es de necesidad transportar esas verdades superiores desde el campo del pensamiento a la vida real. Han de serlo, en primer lugar, como norma de todos los ciudadanos, y a la vez de aquellos a quienes incumbe la dolorosa misión de infligir las penas. Han de serlo en forma no confusa, sino sabiamente *ordenada*; en forma *coherente* y no contradictoria y elástica; en lenguaje *claro* y *preciso*, no dudoso o ininteligible. Todo ello es de necesidad para que los ciudadanos sepan cuáles son los actos prohibidos por la ley y cuáles los permitidos, y lo es más todavía, a fin de que las verdades fundamentales del Derecho filosófico no sean contradichas o menospreciadas, por efecto de una viciosa exposición; lo es, además, para que no sea de todo punto inútil al jurista la doctrina de la lógica judicial ante un artículo de la ley, bárbaramente confeccionado. Es necesario, por último, para que no se sustituya a los principios fundamentales de la razón abandonados en la región de las nubes, aquel perpetuo invasor, adversario homicida de la justicia: el arbitrio del hombre.»

Sin duda en el plan del autor no entraba el desarrollo completo de la *Política penal*, por cuanto el elemento preponderante de su obra es el puramente externo, cuya influencia, por lo común, resulta algún tanto exagerada en el ánimo de CARRARA, pero aun así no cabe duda, que el trabajo merece singular aprecio, y acaso dé ocasión o sirva de estímulo a otros más comprensivos, según el concepto general y más exacto de la *Política penal*, una de cuyas partes es, sin duda, la que CARRARA llama *Práctica legislativa*.

La segunda obra, publicada en 1874, la forman una serie de estudios, que intitula *Pensamientos sobre el proyecto del Código penal italiano de 1874*<sup>1</sup>, cuya obra se enlaza en el orden de los trabajos del autor con las monografías de 1866 y 1867 a propósito de otros proyectos de Código penal, que se elabora-

<sup>1</sup> Ultimado siendo Ministro de Justicia VIGLIANI, cuyo nombre lleva.

ban en Italia, comprendidas en el tomo II de los *Opúsculos* bajo el título de *Hojas de trabajo sobre el proyecto de Código penal italiano*, constituyendo entre todas un conjunto de observaciones críticas de gran valor, sobre las cuestiones más vitales que el Código penal puede comprender.

Recientemente el ilustre criminalista nos ha remitido un pequeño opúsculo, impreso en Lucca en 1875 con el título de *Principios fundamentales de la escuela penal italiana*, en cuyo trabajo contesta a la crítica de sus opiniones, hecha por el profesor ROEDER de Heidelberg e inserta en el tomo II, cuaderno 4.º de la excelente *Rivista penale di dottrina, legislazione e giurisprudenza*, dirigida por el Abogado LUIGI LUCCHINI.

Partidarios como somos de la *Doctrina correccional*, de buen grado discurriríamos acerca del folleto del profesor CARRARA, si una consideración de carácter personal no nos lo impidiera. La polémica entre ambos contendientes está abierta todavía, y no se hará esperar mucho nueva contestación de ROEDER. De otra parte, la disputa, acaso por efecto de alguna equivocada inteligencia, se conduce a la sazón con demasiada viveza por los dos contendientes, si avanzados en edad, jóvenes de corazón e inteligencia, los dos igualmente persuadidos de la bondad de su causa, y no hemos nosotros de olvidar la consideración que ambos merecen en su respectiva situación y el respeto debido a uno y a otro, con cuya amistad nos honramos.

Finalmente, si nuestras noticias no son equivocadas, el curso corriente de su enseñanza lo inauguró CARRARA con un estudio sobre el *valor de la excusa de provocación en los delitos de sangre*, escrito que no ha llegado todavía a nuestras manos.

## II

Debíamos hacer una reseña, aunque sucinta, de los escritos del Profesor CARRARA sobre Derecho penal, porque en nuestro sincero deseo de contribuir al adelantamiento de los estudios jurídicos en España, era inexcusable motivar la elección de la primera obra con que esta Biblioteca se inaugura, que aparte su interés e importancia por las cuestiones que son su objeto, no es el producto de un novel escritor, ni un pensamiento aislado sin precedentes y enlace con más amplias investigaciones. No: la *Teoría de la tentativa* y la *complicidad* está tratada con la mira puesta en principios fijos e inmutables para el autor, que informan todos sus escritos y se desenvuelven en todos ellos con rigor lógico. ¿Cuáles son éstos? Idea perfecta nos da de ellos el mismo CARRARA en carta de 24 de Enero próximo pasado, que nos dirigió otorgando su permiso para la traducción del libro.

*Me produce satisfacción, que los juristas españoles puedan conocer cuál sea el estado presente en Italia de esta parte del derecho criminal. En todos los principios fundamentales (cardini) de la doctrina penal, la Italia se separa radicalmente de la escuela francesa, dejando el positivismo y el empirismo para penetrar en las más puras regiones de la filosofía. Y mientras la Francia sufre el predominio de las ideas subjetivas, nosotros, partidarios de la doctrina ontológica, tomamos siempre por guía las reglas del criterio objetivo, a las cuales lógicamente se refiere el principio del derecho de castigar, unánimemente reconocido por todos en la tutela jurídica. De esta diversidad de principios nacen todas las grandes diferencias, que abren un abismo entre la escuela criminal italiana y la escuela criminal francesa. Pero esta oposición de ambas escuelas es más enérgica*

y pronunciada en la materia de la tentativa, y de la complicidad, más que en cualquiera otra parte del Derecho penal. Verdaderamente sobre este punto somos los antípodas de los franceses, y es una oposición que se manifiesta conjuntamente en los principios radicales, en su desenvolvimiento y en los efectos, tanto de la imputación, como de la pena. No es posible que las dos escuelas se entiendan sobre las reglas teóricas y prácticas, porque el contraste procede de los principios superiores y de las razones jurídicas, que hacen políticamente imputable, así la tentativa como la más remota complicidad. Cierto es, que en orden a estas dos clases de criminalidad, los italianos son más severos para imputar y lo son menos para castigar, mientras que los franceses son más benignos en la imputación, pero mucho más severos e injustos en el castigo. Es utilísimo, por lo tanto, que los juristas españoles puedan meditar en su lengua propia este libro mío, que resume la doctrina universal dominante entre nosotros, sobre el tema del Conato y la Complicidad. Es utilísimo, además, porque la tendencia espiritualista de la filosofía española, llevará por relación lógica a los juristas de la Península ibérica, a fraternizar con profundas convicciones con los criminalistas de la escuela italiana y a precaverse y guardarse del empirismo francés. En este sentido mi libro tiene cierto valor, aunque no el mérito de la creación original de las doctrinas que expone, pero es un fiel resumen de los preceptos aceptados ya en todas nuestras escuelas, y seguidos tranquilamente por la jurisprudencia práctica de los Tribunales. Me invita usted a escribir un prólogo o introducción para su traducción, y yo no sabría encontrar materia; parece-me que lo dicho en ésta puede servir con tal objeto <sup>1</sup>.

<sup>1</sup> La continuación de la notable carta, que dejamos transcrita en su parte sustancial, se refiere a ciertas preguntas que dirigamos al autor para garantimos acerca del original más reciente a la sazón. Véase la respuesta: «Hace usted perfectamente en considerar como la más completa edición de esta obra la 6.<sup>a</sup>, que procede de Lucca; es de 1870

Como se ve por las líneas que dejamos literalmente copiadas, el autor está poseído siempre de la idea fundamental en su sistema, la *tutela jurídica*, a la cual llega por un proceso, cuyos primeros momentos acaso se inspiran de la doctrina de LEIBNITZ al referir el principio del derecho al orden eterno establecido por Dios en el mundo moral. La naturaleza del hombre, moralmente libre y responsable de sus propias determinaciones, lo somete, según CARRARA, al *deber*, de donde procede la ley moral que gobierna al mundo; ley cuyo imperio es inconcebible, si a la vez que *deberes*, no se reconocen al hombre *derechos*, en cuanto sean necesarios para cumplir aquéllos. Todo deber, que se impone al hombre, lleva consigo la necesidad de un derecho a él correlativo y la suma de derechos se resume en la libertad externa del hombre. Esta ley del derecho es primitiva, absoluta, congénita al hombre; forma parte de la ley suprema del orden, que desde el primer momento confiere a aquél la facultad de ejercitar libremente sus fuerzas para la satisfacción de sus propias necesidades, con la única condición de hacerlo sin ofender la libertad de sus semejantes. De aquí el *vinculo jurídico*.

Pero esto no es constantemente respetado por los hombres, que libres como son, tienen el poder de violar la ley jurídica de donde nace la exigencia de constituir una fuerza permanente guardadora de esa ley, que satisfaga la necesidad de la *tutela del derecho*, la cual puede obtenerse *directamente* me-

fué inserta en la segunda edición de mis Opúsculos. No es probable que durante algún tiempo se hagan ulteriores reimpressiones, sobre lo cual puede usted estar tranquilo. Finalmente, me pregunta usted si he hecho correcciones posteriores, agregado notas o suplementos, o si creo conveniente hacerlo. Nada he añadido después de 1870, porque si consideré necesario algún desenvolvimiento de cualquier idea sobre las cuestiones de la tentativa y la complicidad, he incluido las observaciones pertinentes en las reimpressiones de la parte especial del Programa hechas desde 1872 ».

dian te coacción, que obligue al mal inclinado a respetar la ley jurídica, o *indirectamente* por virtud de una *sanción*, que amenaza con un mal al conculcador de los derechos ajenos. Sin que entre en nuestro objeto de hoy exponer extensamente el sistema del Profesor CARRARA en todos sus pormenores y relaciones, impórtanos, sin embargo, dejar consignada la base general (en cuya última determinación parece referirse a la doctrina kantiana), porque ella explica, a nuestro juicio, la preponderante influencia del puro elemento externo y material del delito en su *teoría de la Tentativa y de la Complicidad*, influencia que a veces se deja sentir demasiado, con agravio, a lo que pensamos, del elemento moral, como relegado en ocasiones a un segundo término, si bien el autor no desconoce, ni olvida, que la voluntad consciente del hombre, revelada en la intención injusta, es la causa y raíz principal donde ha de buscarse el delito. Por eso cuando procura determinar el elemento material o físico constitutivo juntamente con el moral de la tentativa, dualismo derivado de la idea primordial en que funda el derecho penal, no pudiendo precisarlo palpablemente como en el delito consumado por el hecho externo realizado que trae consigo la violación de la ley del derecho y como consecuencia el daño producido a otro, lo cual no se da en la tentativa, construye ese elemento material, sin el que la idea del delito no tendría realidad según el autor, mediante una abstracción cuyos límites nos parecen por extremo variables e inciertos, a saber: la idea del *peligro corrido* por efecto de los actos ejecutivos, que no alcanzaron la realización completa del mal propósito ideado y puesto en práctica por el criminal. Por donde se muestra cómo el rigor lógico en el desenvolvimiento del principio general, lleva al autor a consecuencias, que muy bien pudieran darse la mano con alguna de la teorías preventivas, cuya inconsistencia está ya fuera de duda. Esta idea del *peligro*, común a casi todos los tratadistas italianos (véanse entre otros varios que pudiéramos

citar, PESSINA <sup>1</sup>, TOLOMEI <sup>2</sup>, CANONICO <sup>3</sup>) es acaso más fructífera para determinar en el momento presente, según las prescripciones de la Política penal, la cantidad de la pena aplicable a los diversos grados de la tentativa, que adecuada para precisar filosóficamente la razón de su imputabilidad, pues que en nuestro sentir los hechos externos son puras consecuencias, signos de las determinaciones de la voluntad en las cuales únicamente reside la lesión del derecho, careciendo aquéllas de valor propio y sustantivo determinante de la índole y condición del delito.

No tiene, en verdad, la idea del conato abolengos perfectamente distintos y reconocidos en el proceso histórico del Derecho penal. La variedad de textos del Derecho romano, contradictorios entre sí, engendró no pocas dudas de los intérpretes que pretendieron averiguar cómo los romanos habían apreciado el conato en sus leyes. Si ALCIATO entendió, que en la doctrina romana tan sólo se castigaba el delito consumado, CUJAS, al cual siguieron MATHAEI y GRAVINA, y entre los modernos CROPP y VAECHTER, sostiene fundado en el axioma: *in maleficiis voluntas expectatur non exitus*, la idéntica punibilidad del delito consumado y de la tentativa. Entre estas opiniones extremas se mueve la de BINKERSOECK y TIRAQUELLO admitida modernamente por ABBEG, CHAVEAU y F. HÉLIE, DE SIMONI, HEFFTER, LELIÈBRE, MITTERMAIER, NICOLINI, SANIO y ZACHARIA, que sostienen la diversa punibilidad de la tentativa y el delito consumado, salvo casos excepcionales del derecho particular sobre delitos atroces, *contra rationem juris, propter aliquam utilitatem*. PESSINA propugna una opinión intermedia también, pero algo di-

<sup>1</sup> *Elementi di diritto penale*, 2.<sup>a</sup> ed., tom. 1.<sup>o</sup>, pág. 223. Nápoles, 1875.

<sup>2</sup> *Diritto e procedura penale*, 3.<sup>a</sup> ed., cap. 9.<sup>o</sup>, pág. 290. Pádua, 1875.

<sup>3</sup> *Del reato e della pena*, 2.<sup>a</sup> ed., cap. 2.<sup>o</sup>, pág. 221. Turín, 1872.

versa de la anterior: 1) En los delitos más graves entre los públicos, como el de homicidio y el de lesa majestad, en virtud del principio político o de la intimidación, una vez manifiesto el propósito criminoso, la acción reveladora del mismo, por tenue que fuese, se equiparaba al delito consumado. *Eadem severitate voluntatem sceleris qua affectum jura puniri voluerunt.* 2) En cuanto a los delitos privados, era condición esencial la realización del propósito. *Quid obfuit conatus cum injuriam nullum habuerit effectum.* 3) La noción del conato propiamente dicho, punible con pena menor a la del delito consumado, comienza a fijarse en tiempo de los Emperadores, pero respecto de algunos *crímenes extraordinarios* se distinguió entre reato *imperfecto* y *perfecto*, castigándose aquél con pena menor.

La apreciación de PESSINA es acertada y su sentido parece dominante en los escritos de la mayor parte de los intérpretes del Derecho romano a partir del siglo XVI hasta los tiempos recientes de reforma, mejor dicho, de reconstrucción del Derecho penal. Sin embargo, aun en obras anteriores, ideas más exactas, todavía embrionarias, se abrían paso, y justo es reconocer que la Italia representa gran papel, si no el primero, en la evolución. Bástanos al efecto recordar al célebre ALBERTO DE GANDINO en su escrito *De maleficiis: Cum quis cogitatet perficit, punitur. Si autem cogitavit et agit, sed non perficit, tunc subdistingue, quia aut noluit et potuit, aut noluit et non potuit: quia noluit venia dignus est ut ff. de fal. l. quia falsum. Si autem quia non potuit, punitur: quia in maleficiis voluntas spectatur non exitus. Si autem cogitavit nec perficit, subdistingue, quia aut agitur in foro saeculari et non punitur, quia cogitationis poenam nemo maeretur: fallit in crimine lesae majestatis;* así como en la ciencia moderna la doctrina hoy preponderante fué introducida definitivamente por ROMAGNOSI, núms. 660, 666 y siguientes.

Si los romanos, aun en medio de la diversidad y contradicción de los textos, dan mayor importancia al daño intelec-

tual <sup>1</sup>, de modo que su Derecho penal se apoya ante todo sobre la intención depravada, los germanos, por el contrario, siguiendo sus primitivas costumbres, conceden preponderancia al elemento material o de hecho, por tal manera, que los actos externos ejecutivos constituyentes de conato, según las ideas modernas se reputaban delito particular <sup>2</sup>, sin que para determinar su castigo se tuviese en cuenta la pena impuesta al delito consumado. (Véanse las leyes Bávara, Borgoñona, Wisigoda, Sajona, Frisona y alguna de las Escandinavas). Sólo las leyes Sállica y Lombarda constituyen excepción a esta regla general y se inspiran en los proyectos romanos.

El Derecho canónico, no obstante la particular atención que dispensa al elemento intencional, como quiera que su fin se endereza hacia la corrección del culpable, siguió el rumbo de las ideas romanas en su último período, manteniendo la impunidad de la mera intención, aparte los casos de pecado, y exigió en cuantos ejemplos se contraen a delitos la existencia de una acción directamente encaminada hacia aquélla <sup>3</sup>.

La Constitución Carolina, como más tarde el Código Josefino, si bien limitan en cierto modo la influencia excesiva del elemento objetivo material, dominante en las ideas de la Edad Media, que se inspiraban en el sistema expiatorio, reconocieron, sin embargo, la necesidad de *actos visibles dirigidos a la ejecución del delito* <sup>4</sup>, distinguiendo ya la primera de dichas compilaciones el conato de la consumación, por cuanto en el primero no han tenido lugar el daño y el hecho <sup>5</sup>.

Por lo tocante al estado de la legislación y de la doctrina

1 MITTFERMAIER: Cuando comienza la penalidad del conato. *Nuevos archivos del Derecho criminal*, tomo 2.º, cuaderno 4.º

2 Como la idea de PIZZOLI, citado por CARRARA.

3 Clem. I. de poenis.—C. 4, extrav. de judaeis.—C. 2, c. 36, q. 2, c. 2, x. de raptor.

4 Constitución Carolina, art. 178.

5 Const. Carol., arts. 109, 130 y 132.



en España, que algo hemos de decir llegados a este punto, el Fuero Juzgo no establece regla alguna general, pero castiga algunas tentativas como delitos particulares, de por sí subsistentes, y la Ley de Partida, trasunto fiel de los Códigos romanos, excluye la intención y castiga la tentativa de algunos delitos, con tal que se manifieste por actos exteriores, con la pena ordinaria del delito consumado. En cuanto a la Novísima Recopilación, si de las leyes 1, 3 y 5, tít. 21, libro 12, puede deducirse la pena menor de la tentativa, las 4, tít. 8 y 1, tít. 30 del mismo libro, son tan terribles y severas, que imponen al conato la misma pena que al delito consumado. Nuestros intérpretes (nos fijamos en DIEGO COVARRUBIAS) sostienen la pena ordinaria para el conato *in atrocissimis* y la arbitraria en los demás. Ni aun los Códigos modernos, no obstante la aparente unidad de todas las doctrinas hoy reinantes, han llegado a consagrar un precepto unánime, siendo todavía punto muy debatido el de la penalidad distinta o igual en el delito frustrado y en el consumado. La cuestión lo será sin duda alguna por mucho tiempo, mientras subsista la lucha entre las diversas teorías y sistemas penales, mientras preponderen en las legislaciones y en los jurisconsultos la consideración del daño causado por el delito como elemento substantivo y propio del mismo en lugar de apreciarlo como mera consecuencia. Pero sea de esto lo que quiera, y volviendo a nuestro autor, no hemos de terminar estas líneas de introducción sin llamar la atención de los jurisconsultos sobre la obra del insigne publicista italiano, que influirá sin duda alguna en el ánimo de nuestros escritores, pero prestará mayor utilidad en la práctica al jurista y al Magistrado.

Madrid y Abril, 1877.

VICENTE ROMERO GIRÓN.

## Abreviaturas.

- A. (Autor).  
 C. (Código).  
 C. e. (Código penal español).  
 C. f. (Código [penal] francés, de 1810).  
 C. n. (Código [penal] napolitano, de 1819).  
 C. p. (Código penal).  
 C. s. (Código [penal] sardo, de 1859).  
 C. t. (Código [penal] toscano, de 1853).  
 P. (Proyecto, de Código penal).  
 T. (Tribunal).  
 T. C. (Tribunal de Casación).  
 T. R. (Tribunal Real).  
 T. S. (Tribunal Supremo).