

tural de crímenes y criminales, en la trágica o cómica riqueza de sus especies: «E un'assoluta verità ontologica che ove cessi in un ente giuridico quanto ne costituisce la sua natura specifica, l'ente stesso cambi di genere, etc.» (*Parte speciale, Prima divisione delle materie*, § 1.079, 5.ª ed., Luca, tip. Canovetti, 1881, I, 35). Y esta parte especial, con todo, merece aplausos modernos: «FRANCESCO CARRARA, non solo il perfezionatore della teorica generale del CARMIGNANI, ma il primo maestro che abbia scientificamente trattato la dottrina dei singoli reatti» (MANZINI, *Treatato di diritto penale italiano*, cap. II, n. 38; 2.ª ed., Turín, U. T. E., 1920, I, 49). Volvamos a la triada de categorías.

XI. LA CALIDAD.—Aparente antinomia contiene el criterio de *calidad*, según CARMIGNANI: «l'atto fisico in cui consiste la infrazione della legge, costituisce la *qualità* del delitto» (*Elementi*, § 100, p. 35). Así, calidad, ¿envuelve elemento de cantidad? Más netamente; «La *Qualità* del delitto è l'atto materiale da prava intenzione accompagnato, dal quale risulta la infrazione delle legge della città. Le leggi proteggono i diritti o privati o pubblici. Quindi la infrazione della legge produce un danno immediato privato o pubblico». (Id. § 133, p. 43). He aquí ya elemento mensurable que señala el paso a la nueva categoría (Vid. adelante, XII). Mas, veamos el desarrollo de la doctrina en CARRARA. Deriva éste el concepto de calidad de la noción de *especie*. «La *calidad*, en el sentido general de la palabra, es lo que hace que la cosa sea *tal como es*. En los delitos, la *calidad* es lo que hace que un acto criminal constituya tal delitto más bien que tal otro; esto es lo que distingue un *título* de delitto de otro *título* de delitto» (*Programma*, P. G., § 130). Continúa, pues, la deformación metafísica; pues cada delitto, si ofrece características propias, relativamente diferenciadoras de progresiva heterogeneidad, presenta otras comunes, de relativa asimilación a otros delitos de primitiva homogeneidad. Sólo abstractamente, sobre el postulado del «ente

jurídico», se puede atraer aquéllas, elevándolas a potencia de lo absoluto, para luego extraer la *calidad del delitto* como criterio. Del delincuente no se habla. Así, calidad es: a) título criminal o *nomen juris*; b) módulo criminológico o *mensura juris*.

XII. LA CANTIDAD.—Trátase de mero criterio de diferenciación. «La *quantità* del danno *immediato*—sigue CARMIGNANI—dolosamente commesa è ciò stesso, per cui ciascun delitto differisce degli altri in ragione della *quantità*». (§ 133, p. 43.) Más, he aquí la función de esta cantidad al servicio de la calidad, como criterio. Porque, en sustancia, calidad quiere decir tanto como gravedad. «Quindi la *qualità* del delitto e in certo modo un termine generico esprimente quai delitti in particolare sieno piu o meno gravi degli altri». (§ 133, p. 43.) Deriva CARRARA el concepto de *cantidad* de la idea de *género*, que sólo indica (P. § 129). Así, «se presenta de especie a especie la relación de *cantidad*, de lo cual deriva la necesidad de encontrar el justo criterio que debe emplearse para reconocer en una especie una *cantidad* mayor que en otra». (§ 131.) Y define: «La *cantidad* es lo que hace que entre las diversas especies, comparadas entre sí, exista una relación de *más* o de *menos*». (§ 132.) Mas, ello supone un término común de comparación, que otra cosa fuera simple cotejo, y ese término introducirá el desorden de la relatividad, en esa estructura convencional de la comparación absoluta.

En efecto, «el cálculo de la relación de *cantidad* varía de especie a especie según el elemento que se tome para medirla». (§ 133.) Sigue un ejemplo feliz, para la explicación precisa (§ 134), y, luego, aplicación de la doctrina al delitto. Obsérvese la coincidencia con CARMIGNANI. «Del mismo modo en el delitto no basta distinguir las especies.... allí termina la investigación de la *calidad*, pero tenemos necesidad de saber además cual de los delitos con relación al otro (el robo y el homicidio) es *más grave*, a fin de imputarlo con justicia. Tal

es la investigación de la *cantidad*.» (§ 135.) Por ella «vengo en conocimiento, por ejemplo, de que el homicidio presenta una cantidad de mal social mayor.» (§ 136.) ¿Por qué? Debiera explicar CARRARA que la propiedad a que el robo ataca, es medio con relación a la vida, que niega el homicidio, y esta subordinación de valores, en la relación de medio a fin, y la consiguiente de los bienes jurídicos protegidos, determina la respectiva jerarquía—siempre abstracta—de la infracción criminal. Pero, no lo explica. Acerquémonos a otro criterio más concreto.

XIII. EL GRADO.—Ya el antepasado FILANGIERI (1752-1788), habla del *grado* en el delito, «grado» que él conjetura «dalla sola imperfezione dell'intenzione.» (*Scienza della legislazione*. Lib. III, Cap. XXIII, 1.ª Ed., Nápoles, 1780 85). CARMIGNANI precisa y amplía el criterio: «e tutto ciò che manca o nell'intenzione o nell'esecuzione (del delitto) ne costituisce il grado.» (*Elementi*, § 100, p. 35.) Significa el grado toda la técnica del moral colorido, del matiz, en la imputación. Por eso, «E chiaro poi che le regole, per cui viene stabilita la civile imputazione di ciascun agente, riguardano il *grado* del delitto, non la sua qualità.» (§ 250, p. 75.) CARRARA desarrolla el concepto. «Las dos fuerzas que constituyen el delito no se desarrollan siempre en un mismo momento. La voluntad puede recorrer diversas fases, según que esté acompañada de una inteligencia más o menos lucida, o de una libertad de elección más o menos grande, y del mismo modo la fuerza física puede resultar de una serie más o menos larga de momentos, según el número de actos empleados para llegar desde el primer acto de ejecución hasta el de consumación. Estos momentos, de cada una de las fuerzas que componen el delito, forman otros tantos *grados*.» (§ 138.)

XIV. DEL GRADO EN LA FUERZA DEL DELITO. — Saltando a doctrina de la tentativa, en los *Elementi* de CARMIGNANI,

continuamos asidos al triple cable de «quantità», «qualità» y «grado», como criterios de «misura dell'attentato». Así explica él «Gli esterni atti fisici dell'agente dai quali risulta la esecuzione del delitto, in quanto possono *gradatamente* procedere dalla intenzione fino alla consumazione dello stesso, possono essere mentalmente distribuite in una certa serie di *gradi*». (N. 1 *Della quantità dell'attentato*, § 235, página 71.) En esa idea de «grado», asociada a la otra de «fuerza física», por yuxtaposición de técnicas, ve CARRARA la célebre fórmula, título de su monografía. Reproducida en el *Programma*, aparece allí esa fórmula desarrollada, pero diversamente.

«Todo delito—CARRARA—supone una acción *externa*. Las acciones externas se componen de diversos *momentos físicos*» (§ 345). «Estos pueden ser incompletos *subjetiva* y *objetivamente* a la vez, porque alguno de ellos haya hecho falta, y por tanto el culpable no haya obtenido el resultado que deseaba. Puede suceder también que sean completos *subjetivamente*, pero incompletos *objetivamente*, porque, aunque el agente haya agotado todos los momentos físicos de la acción, sin embargo, el derecho que atacaba no ha sido violado» (§ 346). «En tal caso, el delito presenta una *degradación* en la *fuerza física*; en efecto, o bien la *acción* misma no es perfecta, o bien, si la acción es perfecta, la *ofensa a la ley* no lo es. En estos dos casos hay un delito *imperfecto*» (§ 347). Hasta aquí, el esquema ideológico de la *tentativa*.

Luego, continúa: «Cuando los momentos físicos de la acción son completos, tanto *objetiva* como *subjetivamente*, la degradación de la fuerza física del delito puede tener lugar todavía, no en razón de una *imperfección*, sino en razón de una *división*. Esto sucede cuando varias personas han tenido parte en el delito, sin que los *momentos físicos* de éste puedan, ya *en parte*, ya *en todo*, ser atribuidos a *todas* aquellas personas. En este caso se presenta la noción de la *complicidad*» (§ 348.)

XV. GÉNESIS DE LA OBRA.—He aquí, ahora, el dispositivo ideológico de *Grado nella forza fisica del delitto*. CARRARA toma de su maestro materia y forma: el dato criminológico, técnicamente elaborado, según el sistema de las fuerzas—físicas y morales—y el triple criterio para su interpretación y aplicación, cantidad y grado. Tales son las categorías criminológicas de CARRARA (*Programma*, P. G., Sec. I.<sup>a</sup> *Il delitto*, Caps. IV a IX, §§ 128-279), en amplio desarrollo de su conocido sistema, expuesto en el *Programa*. La sistemática es aquí menos original. Veamos: «Idea general de la calidad, de la cantidad y del grado en los delitos.» (Cap. IV, §§ 128-153). «Criterio de la calidad en los delitos.» (Cap. V, §§ 146-170). «Idem de la cantidad.» (Cap. VI, §§ 171-206.) «Idem del grado.» (Cap. VII, §§ 207-210.) «Del grado del delito en su fuerza moral.» (Cap. VIII, §§ 211, s.); «con relación a la inteligencia del agente» (art. 1.<sup>o</sup>, §§ 212-213), distinguiendo «Causas fisiológicas» (§§ 214-250), e «ideológicas» (§§ 251-271), y «con relación a la voluntad» (art. 2.<sup>o</sup>, §§ 271-283), singularmente «violencia» (§§ 284-356), «impulso de las pasiones» (§§ 317-334) y «embriaguez» (§§ 332-344), con lo que llegamos al asunto de este libro. En una palabra clásica: non novum, sed noviter.

En la monografía que sigue a estas páginas, nos hallamos ante paralelismos sorprendentes de sistema. Véase:

J. A. CARMIGNANI.

(*Elementi di dir. pen.*, 1808.)

- T. II. *Dell' attentato* (§§ 227-229).  
 I. *Nozione giuridica* (§§ 230-233).  
 II. *Misura dell' attentato* (§ 234).  
 N. 1. *Della quantità* (§§ 235-236).  
 N. 2. *Della qualità* (§§ 237-242).  
 T. III, I. *Conessione* (§§ 248-249).

«Piu volontà a commettere un medesimo delitto concorrano.» (§ 248.)

N. 2. *Il mandato* (§§ 253-262).

N. 3. *Il Consiglio* (§§ 263-265).

II. N. 2. *Di un' Università delinquente* (§§ 269-270).

F. CARRARA.

(*Grado nella f. f. del d.*, 1860.)

I. *Conato* (§§ 2-16).

1.<sup>a</sup> *Quando si abbia il tentativo* (§§ 17-102).

2.<sup>a</sup> *Norme per misurare la imputazione del conato* (§§ 103-105).

*Qualità* (§§ 106-124).

*Quantità* (§§ 125-181).

II. *Complicità* (§§ 182-195).

*Sec. caso. Concorso di volontà senza concorso di azione* (§§ 241-248).

*Prima figura. Mandato.* (§§ 249-265.)

*Seconda figura. Consiglio.* (§§ 266-276).

*Terza figura. Società.* (§§ 277-282.)

XVI. TENTATIVA Y COMPLICIDAD EN CARMIGNANI.—El paralelismo no llega a repetición, porque el sistema de CARMIGNANI es infinitamente más rico y vario. A partir de la distinción clásica, por categoría de relación, entre «delincuente principal y accesorio» (tít. II), avanza el concepto genérico de «conexión» o relación causal—ya «moral», ya «física»—del delito.

Aquella se distingue en «esencial, cuando contribuye directamente, y accidental, cuando indirectamente, y pertenece sólo a las acciones culposas» (§ 248, p. 75). Nuevas categorías determinan nuevas distinciones; ahora, la categoría de tiempo. Así, el delincente accesorio puede serlo:

- a) *Antes* del delito (coacción-orden, mandato, consejo).  
 b) *Al tiempo* del delito (cómplices-correos, consocios); y  
 c) *Después* de él (apología, aprobación cuando fué cometido por cuenta de otro y encubrimiento) (§§ 249-272.)

A la antítesis cronológica no falta la síntesis, en esta dialéctica de la cooperación criminal; que así lo *anterior* y lo *posterior* se enlazan en el juego de esa cooperación—a través del delito—como causa y efecto, auxilio y concierto *antero-posterior*. Trátase de «il caso che i ditti atti si potessero riguardare come indizzi d'una precedente società di delitto, ciò che però alla teoria delle criminali prove apparterebbe..... il caso che la partecipazione dei frutti del delitto, o la ricettazione dei rei fosse seguita dietro una convenzione anteriore alla esecuzione del delitto; perocchè siffatte azioni allora soltanto potrebbero tra le cause morali del delitto essere annoverate» (§ 272, página 81.)

En fin, la *categoría de acción* interviene—nada tan importante para el pragmatismo—como partididor que diferencia del delincuente accesorio *por acción*, «el delincuente accesorio *por omisión*, o sea negativamente tal» (Tít. III, art. II, §§ 273, s.) Trátase de la negativa cooperación, pero eficazmente positiva, esto es, por eficacia de la omisión, del que no impide—pudiéndolo—la realización de un delito, cuya culpabilidad moral sólo es jurídicamente deducible si no evita—debiéndolo—ese delito o daño inminente.

Así, CARMIGNANI, siguiendo a MATHEI, (*De Criminibus. Proleg.* Cap. I, n. 15 *in fine*), distingue la calidad del delito y la calidad de la *persona* (§ 287), en aquel punto en que el más agudo interés social provoca, en el camino de la *ley natural*, una interferencia de la *ley civil*, con el refuerzo que pone al *humano deber* la explícita y concreta *obligación ciudadana*. Y aquí habría lugar a distinguir aún, de la cooperación por *omisión material*, aquella otra por omisión de diligencia, u *omisión espiritual*, según nuestra técnica (Vid. *Adiciones*, II, 464-466 y *Comentarios al Código penal*, I, 290-295 y 447-451.)

Nueva postura de la cuestión, con distinción nueva, a través de la *categoría de tiempo*. De la cooperación negativa *anterior* ha de distinguirse la *posterior* al delito, a saber, *ex post facto*; con referencia, lo segundo, a los magistrados, a quienes la ley «impone una especial y perfecta obligación de descubrir los delitos, cuyo silencio debe reputarse doloso»; lo primero, a los consocios del delito, «que espontáneamente no lo revelasen, cuando con revelarlo habría podido impedirse» (§ 280, p. 83.)

XVI. EL TÍTULO.—No es difícil, ahora, determinar cuál pudo ser—debió ser, acaso—el título de esta monografía. Rechazado todo coeficiente de originalidad—que sólo pudiera autorizar con nuevos valores una nueva técnica—, el aprovechado discípulo de CARMIGNANI, al aceptar la del maestro, no estuvo muy feliz, rotulando sus *Lezioni sull' grado nella forza fisica del delitto*. De *fuerzas* se trataba en el sistema clásico, como dispositivo ideológico para explicar, conjuntamente, la tentativa y la complicidad. Pero, ¿sólo de fuerza física? De ninguna manera. El sistema de fuerzas que expone CARMIGNANI, es complejo, abarcando los opuestos dinámicos de *fuerzas físicas* y *fuerzas morales* (V. atrás, n. IX); la explicación técnica de tentativa y complicidad, donde juegan la intención y la realización, el mandato y la ejecución, el consejo y la obra.

¿Cómo pueden explicarse con el puro dato de la «fuerza física»? Fuerzas morales suponen tentativa y complicidad, conato y cooperación en delito; que, si «mandato» y «consejo» puras fuerzas morales son, la «sociedad» no existiera sin ligámenes espirituales y vínculos éticos.

«Fuerza física del delito» es, en efecto, la «que *subjetivamente* considerada tiene su elemento en la acción corporal del agente, y mirada *objetivamente* muestra su resultado en la violación efectiva de la ley o sea el daño inmediato» (Vid. adelante, § 1.º). Empero, de fuerzas morales se trata siempre

que se habla de «un acto voluntario del hombre» (§ 2.º); de «la voluntad dañada, que se inclina a violar la ley, por virtud de cuyo impulso la mano o cualquier otro órgano humano comienzan los actos externos» (§ 2.º); del «esfuerzo (*conatus*) de la voluntad», aún no «acompañado de un esfuerzo del cuerpo» (§ 3.º). No basta, pues, apuntar la distinción entre fuerzas físicas *subjetivas* y *objetivas*, en el régimen del delito imperfecto; cuando falta consecuencia a la técnica, y se escribe en otro lugar: «imperfito il delitto che fosse per qualsivogla ragione degradato nelle sue forze soggettive così *fisiche* come *morali*» (*Studi sul delitto perfetto*, I, *Definizioni*. Luca, Canovetti tip. 1879, p. 3; raro ejemplar adquirido por nosotros en casa del Editor, con correcciones manuscritas). He aquí la explicación: «Nella formula *atto umano*, con la quale describiamo il *soggetto* del delitto, la parola *atto* rappresenta la forza *fisica* soggettiva. Lo essere quello un *atto umano* rappresenta la fuerza *morale* soggettiva; cioè il concorso nello agente dello intelletto e della volontà che ne sono indispensabili condizioni» (*Studi*, I, ed. cit., p. 5).

Debió titularse, en rigor, esta monografía: *Sobre el grado en la fuerza del delito*.

Con el título acaso pudiera rectificarse y ampliarse la doctrina (singularmente en punto a tentativa irrealizable, complicidad por provocación, complicidad espiritual o «delito de adherencia», etc.) Mas, ello fuera excesivo, tratándose de obra clásica, de histórica curiosidad, y no de vivo púgil científico; piedra sillar separada de monumento ideológico, esta monografía que no estorba a modernas concepciones sobre Derecho penal.

Q. S.

Madrid, Mayo de 1926.

## Ensayo de una Bibliografía especial sobre tentativa y complicidad.

### LA TENTATIVA

S. XVII. Bader, *De conatu punibili*. Francfort, 1646.—Dilherr, *De conatu poenam secundum naturae et voluntaria jura incurrente*. Altona, 1648.—A. G. Turcke, *De maleficiis coeptis*. Helmstadt, 1680.—G. A. Hoyer, *Diatribae de conatu*. Gisa, 1687.—Ch. Schlegel, *Disputatio de conatu*. Jena, 1687.—A. N. Sulzner, *De impunitate conatus in delictis*. Leipzig, 1688.—J. H. Petch, *Tractatus de poena conatus*. Francfort, 1689.—Stock, *De conatu*. Marburgo, 1693.

S. XVIII. Slavinsky, *De poena conatus*. Regiom, 1710.—H. Aliers, *De poena cogitationum ad leg.*, I. 18, ff. *Dig. De poenis*. Bremen, 1714.—Vereyck, *De cogitatione a poenis libera*. Lyon, Batav., 1730.—Tenzel, *De poena criminis imperfecti*. Francfort, 1730.—J. Ch. Jahn, *Harmonia juris criminalis et naturalis in doctrina de imputatione criminis attentati*. Leipzig, 1734.—Hertzog, *De criminis conatu*. Jena, 1735.—Bruckner, *Dissertatio sistens crimen conatus*. Jena, 1735.—J. Thomasins, *Problema juris criminalis: an poena delicti perfecti ordinaria puniendus sit conatus proximus*. Leipzig, 1735.—Van Bommel, *De cogitatione et conatu in poenalibus*. Lyon, Batav., 1766.—Hoffmann, *De initiis delictorum*. Tübinga, 1768.—Hovius, *De Poena conatus*. Amsterdam, 1774.—Heidemann, *De conatu delinquendi*. Hale, 1799.