

sin comprender el sentido de la frase usada por tan distinguido Maestro y traduciéndola, ignoro con qué criterio, por el significado de falta de idoneidad conocida del agente. Según éstos, el que suministró azúcar con el propósito de envenenar, evade la imputación de la tentativa sólo cuando conocía que los polvos por él preparados eran sustancia incapaz de causar la muerte. Si pensaba erróneamente que el azúcar bastaba para matar o que los polvos eran arsénico, es reo al decir de ellos, de tentativa de homicidio, aunque aquella sustancia constantemente y en relación a cualquier individuo no fuese idónea para ocasionar la muerte. Pero el error resulta evidente advirtiendo, que si se supone el conocimiento de la inocencia del medio, desaparece por necesidad la *intención* de alcanzar el fin. Cuando el agente emplea un medio, conocidamente incapaz de causar la muerte, o debemos suponerlo en estado de locura, o será forzoso reconocer, que no abrigaba aquella intención. El conocimiento de la falta de idoneidad del medio, destruyendo por necesidad lógica la voluntad de alcanzar el fin, hace desaparecer en tal hipótesis la tentativa por falta de *intención* y no por falta de idoneidad; cesa por ausencia de fuerza moral, no por defecto de fuerza física. He aquí, por qué yo digo, que la regla de la falta de idoneidad se destruye enteramente al entenderla de aquel modo.

§ 74. La regla de la falta de idoneidad es subsistente de por sí. La falta de idoneidad constituye

la cesación del elemento material del *conato* y por lo tanto del conato mismo, por defecto de peligro. Supone el concurso pleno del *elemento moral* la intención depravada positivamente, dirigida a conseguir el fin criminal, la cual no puede existir si quien emplea el medio no lo juzga capaz de realizar el hecho que resueltamente desea. Bajo este supuesto, la regla de la falta de idoneidad obra su efecto jurídico destructor de la noción de la *tentativa* y la destruye, no por la carencia de la voluntad, sino por causa de faltar el peligro. De este principio, expuesto como superior en la teoría, se deduce, que donde el peligro cesa queda sólo la intención depravada, porque el acto externo privado de idoneidad se considera como inexistente ante la ley social, y la nuda voluntad no acompañada de daño o de peligro, no se puede castigar por la justicia humana.

§ 75. Conviene, no obstante, advertir, que cuando se trata de tentativa, la falta de idoneidad de un acto no destruye la idoneidad de los precedentes. Si después de una serie de actos capaces encaminados a conseguir un fin criminoso, se sigue otro falto por completo de idoneidad y aun destructor de la idoneidad de los primeros, como aquella serie de actos idóneos precedentes constituye ya una tentativa punible, el último acto no idóneo no hace desaparecer la tentativa realizada. El error que se produjo en la inteligencia del agente, llevándolo a ejecutar el acto no idóneo, suponiendo que lo era,

representa lo *fortuito*, obstatorio a la realización completa del hecho. Esto impide el delito consumado, pero no destruye la *tentativa* realizada, ni absuelve de la imputabilidad en que se ha incurrido, ya porque *factum infectum fieri nequit*, ya porque se constituye un proceso ulterior de la voluntad criminal perseverante. El envenenador preparó el veneno y se introduce en casa de su enemigo para ponerlo en la comida, pero lo echó en una vasija, que contenía una sustancia a cuyo contacto se neutralizan los efectos de aquél. Desde este momento todos los actos sucesivos, dirigidos a obtener el efecto del veneno obran sobre un sujeto activo secundario convertido en no idóneo, porque aquella mezcla *no es veneno*. Si desde el principio los actos hubiesen recaído sobre sustancia del todo inocente, no existiera el peligro y desaparecería toda idea de *tentativa* punible. Pero en el caso propuesto, se han de distinguir los actos de la primera serie de los de la segunda. En toda la primera serie el medio era idóneo. El malhechor adquirió el veneno, lo preparó, se introdujo en casa del adversario, se aproximó al hogar donde se cocía la comida y lo puso en ella. En esta serie de hechos el medio resulta idóneo porque era un veneno eficaz. Después del acto de ponerlo en la vasija, que contenía la sustancia neutralizadora, el medio deja de ser idóneo: desde este momento la segunda serie de actos no puede caer bajo la apreciación de la justicia; son nulos, porque

recayendo sobre un medio no idóneo, no ofrecen *peligro* alguno. Pero los primeros constituyen de por sí un hecho realizado y ellos tenían idoneidad y con ésta venía el peligro; pues la primera serie de actos voluntarios, que presentan todos los caracteres de la tentativa no puede anularse con los sucesivos, en los cuales un *accidente* o el mismo reo *involuntariamente* destruye el efecto de los primeros. Ciertamente, para que desaparezca el *delito frustrado* basta que la *no idoneidad* alcance a uno solo de los muchos momentos de la ejecución del delito, cualquiera que sea el punto de su serie en que ocurra, como después diremos. Pero si la *tentativa* existía ya, no deja de existir por eso.

§ 76. Ni debe tampoco perderse de vista en el cálculo de la *no idoneidad* la consideración del orden *cronológico* que el acto *no idóneo* ocupa en la serie de los momentos de ejecución. Ha de tenerse muy en cuenta esto para aplicar el principio, a juicio mío indiscutible y fecundo en varias consecuencias, que la *no idoneidad* antecedente *informa todos los actos* sucesivos, pero la *no idoneidad* subsiguiente *no modifica* los actos anteriores.

§ 77. 6.º Cesa el conato por el *obstáculo jurídico* a la subsistencia del delito querido. Este caso se produce siempre que los actos de ejecución, si bien idóneos en abstracto y dirigidos expresamente al fin criminal por el agente, recaen sobre un *sujeto pasivo*, que, en sí mismo o en sus relaciones con la

persona delincuente, presentaba caracteres propios para destruir *legalmente* la noción del delito querido.

§ 78. Sirvan de ejemplos aquel, que creyendo consumir adulterio con la mujer ajena, yace con la propia, o con mujer, que sin él saberlo, era viuda; el que pensando cometer un hurto, robó la casa propia o la de su padre; el que introduciéndose de noche en la casa de su enemigo, le asalta en su lecho y creyéndole dormido, le sepulta el puñal en el pecho, cuando ya por muerte repentina no pertenecía al número de los vivos. En estos y semejantes casos se da con exuberancia cuanto la ciencia exige para determinar la tentativa criminal: elemento moral en la decisión de cometer el delito; elemento material en la ejecución de los actos que conducen a aquel fin. Pero la ley no ve adulterio en el concubito con la mujer propia o con mujer libre; no encuentra hurto en la sustracción de objetos propios o de los padres; no ve homicidio en el acto de coser a puñaladas un cadáver. Si el delito no se consumó fué a causa del obstáculo legal, que lo hacía imposible por efecto de la condición del sujeto pasivo o de las especiales relaciones entre éste y el agente. Pues dirigidos los actos contra aquel sujeto, lo fueron en toda la serie de ellos a un fin *legalmente imposible* y por lo tanto, ni un instante siquiera se produjo el *peligro* de la violación de la ley. Conformes nuestros maestros enseñaron, que en tal caso des-

aparece la noción de la *tentativa*, caso llamado de delito imposible por *causa legal*.

§ 79. En este punto de la doctrina, ha de distinguirse si la imposibilidad legal se refiere tan sólo al *sujeto pasivo* de la *consumación* o se determina también en el *sujeto pasivo de la tentativa*.

§ 80. Dicese *sujeto pasivo* de la *tentativa* todo aquello sobre que recaen los actos de ejecución, precedentes a la consumación. Dicese sujeto pasivo de la consumación, aquel sobre que recaen los actos productores del delito. Por ejemplo: en el robo con fractura, la puerta que el ladrón rompe, la casa que asalta, son el *sujeto pasivo de la tentativa*, porque derribando la puerta y penetrando en la casa, el robo no se consuma. Pero el objeto que el ladrón toma con la intención de apropiárselo, constituye el *sujeto pasivo del delito consumado*, pues con esa aprehensión se consuma el robo.

El objeto del delito no es el hombre o la cosa. El delito, concepto esencialmente jurídico, no tiene otro objeto que la ley violada. Haciendo objeto del delito el hombre o la cosa se pone de lado la ley *ofendida*, que es la condición primaria del delito, sin la cual no existiría. En los delitos se castiga la ofensa a la ley, no la ofensa al hombre o la cosa. Tan cierto es, que si se supusiese la ignorancia invencible de la ley prohibitiva, la ofensa al hombre o a la cosa no sería posible.

Todo aquello que materialmente constituye tal infracción, es *sujeto* del delito. Es *sujeto activo*, el agente y los instrumentos que emplea: *activo primario* el agente; *activo secundario* los instrumentos (véase *Programa*, § 40); y es *sujeto*

§ 81. Decía, pues, que la teoría del *obstáculo legal*, verdadera cuando ésta se da en el *sujeto pasivo* el hombre o la cosa sobre el cual recae la acción. Con la acción de aquéllos y con el daño de éstos se ataca a la ley, último y único objetivo de la materialidad criminosa. Empleando otro lenguaje, o es indispensable desnaturalizar la acción jurídica del delito, que consiste en la *infracción de una ley*, o es preciso atribuirle dos objetos, lo cual produce confusión. El hombre o la cosa son *objeto* material de la acción; el *sujeto pasivo*, bajo la relación material, será *objeto* en cuanto al sujeto activo. Pero el uno y el otro asumen el carácter de *sujeto* ante la ley violada, cuando no se consideran los actos aislados en su mera condición de *hechos*, sino que viniendo a constituir un *delito* todo el conjunto de los elementos que concurrieron a violar la ley, se unía en su relación jurídica con el precepto infringido. Esta alternativa da la condición de sujeto y objeto en la cosa misma, a medida que se adelanta la acción, es por otra parte constante; y debe serlo, porque se trata de una acción que no es *absoluta*, sino puramente relativa. Por ejemplo, si se considera mientras preparo el veneno, en esta acción soy yo el sujeto, el veneno es el objeto; si después se examina cuando me dirijo a envenenar la comida echando en ella aquella substancia, el sujeto aquí lo constituímos yo y el veneno, el objeto la comida; si luego consideramos el acto de ofrecer la comida al adversario, aquí ya la comida es también sujeto, mientras que el objeto es la persona a quien pretendo envenenar.

Finalmente, si se estudia este conjunto de actos, no en su mutua relación material, sino en la relación del todo de ellos con la ley, también el hombre pierde bajo este aspecto su carácter de objeto y se convierte (como se convirtieron la comida y el veneno), en sujeto de la violación de la ley, o sea del ente, no material sino abstracto, que se llama delito.

vo, ora se trate de tentativa, ora de delito consumado, no me parece justa cuando el obstáculo, que se encontró en el sujeto pasivo del delito consumado, no se presenta en el sujeto pasivo de la tentativa. Volviendo al ejemplo del robo con fractura, supóngase, que el ladrón ha penetrado en la casa ajena derribando la puerta; en verdad aquella efracción con el fin de robar, constituye ante los principios de la ciencia, y según la práctica italiana, tentativa de robo y si el ladrón fuese sorprendido en ese momento, no vacilaríamos en imputarle la tentativa. Pero acontece, que el ladrón, después de la fractura y de haber penetrado en la mansión extraña, engañado por la obscuridad o por el silencio, en lugar de apoderarse de la cosa ajena coge la propia, que se hallaba allí accidentalmente. Nadie dirá que se haya consumado un robo, pero ¿semejante accidente destruye, por ventura, la *tentativa* anterior, que era un hecho realizado, y que no dirigiéndose precisamente a robar aquella cosa, tenía, bajo el aspecto de la intención y de la posibilidad material, todos los caracteres de la tentativa punible?

El *objeto* del pecado, ¿cuál es? Dios ofendido en su ley, no es la cosa robada, ni la mujer violada, sino Dios; porque la acción teológica del pecado es la de ofensa a Dios, no al hombre. Así también la acción jurídica del delito es la ofensa a la ley social, no al individuo. Luego el objeto del delito no es el hombre sino la ley, y de esa suerte, el objeto de cada delito se especializa en el fin criminoso en cuanto viola la ley.

Paréceme que no. Este accidente, este error es el obstáculo fortuito a la consumación del delito, porque las relaciones entre el sujeto activo y el pasivo de la consumación produjeron impedimento a la noción del delito. Pero ese accidente no causaba la imputabilidad de los actos anteriores; en ellos había *idoneidad*, y al propio tiempo envolvían *peligro* actual, y sin aquel afortunado accidente se habría consumado el robo. Vuelvo, por tanto, al principio antes afirmado: la falta de idoneidad en el acto de consumación, no destruye la idoneidad de los actos de tentativa cuando ellos presentan los caracteres constitutivos del atentado punible; la falta de idoneidad del acto consumativo es un incidente que ha impedido la efectividad del delito, pero ineficaz para hacer borrar el precedente conato y la imputabilidad de él nacida. Para que el *obstáculo legal*, que reside en el *sujeto pasivo* de la *consumación*, destruyera la noción de la tentativa en los actos anteriores de ejecución, sería preciso demostrar, que aquel ladrón al derribar la puerta, se introdujo en la casa con el fin concreto de sustraer una cosa que creía ajena y era suya. Ahora bien, dirigidos desde un principio los actos a un fin, en el cual el delito era legalmente imposible, cesa toda idea del peligro, aun en los precedentes. Pero si el ladrón se introdujo con el propósito de robar otros objetos y erró casualmente, no puede decirse lo mismo.

§ 82. 7.º Análogo al anterior se presenta el

caso de cesación de *tentativa* por la *falta* del *sujeto pasivo de la consumación*, o como otros dicen con menos propiedad, por la falta de *objeto*. Los ladrones se introducen con el propósito de robar en una casa absolutamente vacía; en ella no hay más que las paredes. El T. de Nápoles tiene decidido, que no existe caso de tentativa de robo, pues pretendiendo robar los ladrones donde nada había que robar, se emplearon en una cosa imposible. Por esta consideración, muchos criminalistas de valía adoptan esta regla general: la falta de *sujeto pasivo de la consumación* hace constantemente desaparecer la tentativa. El principio es verdadero y en su virtud se reputa una aberración la sentencia de cierto T. superior de Sajonia, que en 1851 condenó como reo de tentativa de aborto, a una joven por haber tomado un abortivo pensando estar encinta cuando realmente no lo estaba. Sin embargo, me permito dudar de la regla según los términos absolutos con que se formula: las razones de mi duda son éstas.

§ 83. La *inexistencia* del sujeto pasivo del delito en el lugar en que el reo creía hallarlo, puede representar el caso *fortuito* impediendo de la consumación del delito. Pero si, prescindiendo de ese accidente, los actos anteriores muestran *idoneidad* bastante a producir temor racional, ¿por qué el peligro anejo a tales actos no ha de tomarse en cuenta? Figurémonos que mi enemigo ha preparado una mina bajo mi lecho para incendiarlo cuando duer-

ma y causarme la muerte; a la hora en que acostumbro a acostarme, y creyéndome acostado, pone fuego a la mina; pero afortunadamente aquella noche me acosté en otra habitación o en aquel instante me levanté del lecho, quedando salvo. Si aplicamos ilimitadamente la regla antedicha, se dirá: aquí no existe *tentativa* punible por falta del sujeto pasivo. En que no haya *delito frustrado* estoy plenamente de acuerdo, pero no puedo persuadirme de la inexistencia de la tentativa. Hasta el momento de la consumación veo una serie de actos perversamente dirigidos a fin criminal y rebosando grave peligro, y en cuanto a ellos descubro una imputación real en que se ha incurrido: no puedo creer que esta imputación desaparezca por la precipitación del malhechor, siempre tenaz en su mal propósito al dar cima al acto consumativo. Este último acto fué inútil, no idóneo, y por ello es censurable que la justicia no lo tenga en cuenta respecto al criminal; pero de aquí no se deduce, en mi opinión, que el acto con el cual llevó al extremo su mal propósito, deba purgarse de la imputación ya producida. ¿Y quién no ve, que se daría el absurdo de mejorar la condición del imputado por la sola razón de haber dado un paso más en la carrera del delito? ¿Puede admitirse que un reo purgue la responsabilidad incurrida perseverando en el mal propósito y avanzando un paso más para violar la ley?

§ 84. Creo, por lo tanto, que la regla sobre la

falta del *sujeto pasivo de la consumación* requiere todavía largas meditaciones por parte de otras inteligencias superiores a la mía ¹.

§ 85. Yo distinguiría siempre el caso en que el *sujeto pasivo* no había existido en el lugar adonde se dirige la acción, del caso en que ha existido y debía verosímilmente existir a la hora de la consumación del delito, pero a causa de un accidente, o no fué hallado o no se había colocado en aquél. Así, si la habitación invadida por el ladrón habitualmen-

¹ En el sentido de la doctrina, que la *falta del sujeto pasivo* excluya toda tentativa, véanse NICCOLINI *Questioni*, página 617, ed. Liorna.—ROSSI, lib. 2.º, cap. 30.—LE SELLYER, I, 18.—CHAVEAU, vol. I, p. 170; Bruselas, 1845, y los autores citados en la nota.—RAUTER, §§ 94 a 97. TREBUTIEN, vol. I, pág. 93—Montpellier, 26, II, 1852. PUCCIONI, *Saggio*, página 76, y *Commentario*, vol. II, págs. 13 y 64.—En el sentido de la doctrina opuesta, derivada de la ley *saccularii ff. de extraord. criminib.*, puede consultarse la decisión del T. de Agen, 8 XII 1849, la cual aprecia el simple caso de la *no idoneidad* de los *medios* y la decisión de nuestro T. de C. de 22 V 1841 (*Anales* III, 1, 57). A estas mis dudas, se acerca la observación de PIZZOLI en su apreciable escrito antes citado. No puede perderse de vista que en el estudio de todas las cuestiones de la *tentativa* es peligroso aceptar ciegamente como doctrina científica las opiniones de los criminalistas franceses modernos. La razón de esto consiste en que ellos fundan sus teorías sobre la viciosísima redacción del art. 2.º de su C. de 1810, que reúne, bajo una sola fórmula, la tentativa próxima y el delito frustrado, de donde esas opiniones buenas y ciertas en cuanto al derecho *constituido* en Francia, no siempre pasan como preceptos absolutos de la ciencia.

te estaba inhabitada, vacía, el ladrón se lanzó a la ventura, y en sus actos irreflexivos podrá faltar el criterio de la *tentativa*. Pero si existieron anteriormente los objetos que se proponía robar y por precaución del dueño se cambiaron de sitio poco antes, esta casualidad o previsión constituye el obstáculo fortuito de la consumación, mas no puede quitar al hecho el carácter de la tentativa.

§ 86. *Exceso* en la fuerza física del conato. El defecto en la fuerza física de la tentativa se determina, cuando en los actos en que se pretendía hallar *tentativa* no ha existido peligro. El *exceso* se muestra, si además del *peligro* de un daño no realizado, los actos ejecutados producen un daño presente, que, bajo el aspecto de su gravedad política, supera y absorbe la consideración de aquel peligro.

§ 87. Sucede esto, si los actos ejecutados como medio directo para un fin criminal no conseguido: 1.º O constituyen de por sí la violación completa de aquel mismo *derecho* o de aquella misma ley que se quería conculcar con el acto final de tal manera, que la *efectiva* violación de la ley, unida a la *posibilidad* del daño *material*, suplan a la no *realizada efectividad* de éste. 2.º O constituyen violación *completa* de un derecho o de una ley más *importante*. La teoría del *exceso* puede reducirse a la fórmula general de la *superioridad del medio sobre el fin*. La superioridad se derivará, o de la importancia del derecho abstracto atacado por el medio, o de la superioridad del bien material arrebatado.

§ 88. En presencia del primer resultado, ocurre fijar como regla, que en los delitos de *daño inmediato universal* cuando la tentativa causó una lesión del derecho *general*, se convierte siempre en delito perfecto, aunque el agente no hubiese logrado su propósito. Así, en los delitos contra la *moral* o la *religión* no hay más que delito perfecto o acto inocente. No pudiendo existir la tentativa sin acto externo de ejecución, acontece que los primeros actos externos encaminados a ultrajar la moral o la religión, si objetivamente aparecen interrumpidos, porque el malhechor no alcanzó el fin querido (por ejemplo, no llegó a destruir, como pretendía, la imagen sagrada a la cual dirigió sus golpes), presentan ya *subjetivamente* completa la ofensa a la religión o a la moral, y se tienen, por lo tanto, como delitos *consumados*. Igualmente consistiendo la violación de la ley en ciertos delitos *políticos*, en el *ataque* contra la autoridad pública del Estado, o los actos realizados son nada, o si han comenzado la ejecución empiezan también el ataque contra el Gobierno, y muestran una violación de la ley completa en sí misma, un delito *perfecto*. Del propio modo, en los delitos de la palabra, no pudiendo el principio único de ejecución coexistir sino en la expresión de ciertas frases, injuriosas o blasfemas, por ejemplo, si tales palabras no se profieren, faltará principio de ejecución, y si son preferidas, habrán de encontrarse en ellas la completa violación de la ley, y, por con-