

secuencia, no el *peligro*, sino el *daño* efectivo. Acontece otro tanto en los delitos, que *perficiuntur unico actu*, en los cuales el principio de ejecución representa siempre el *daño* y la lesión efectiva del derecho, y, por lo tanto, no admiten *tentativa*. Por ello en todos los delitos en los cuales la ley pena sólo el *peligro* (como la ocultación de armas, donde ésta se mantenga entre el número de los verdaderos delitos), el principio de ejecución representa el peligro, y viene a constituir lo que basta a la ley para encontrar un delito *perfecto*. Nada importa, que el reo tuviese el ánimo de revelarlo antes y no haya podido: desde aquel primer momento existe ya la consumada infracción.

§ 89. De estos casos de cesación de conato, forma CARMINAGNI una tercera clase especial, en la cual, según sus frases, desaparece la tentativa por la *indole de la acción*. Verdad es que en ellos la causa de la cesación de la tentativa reside en la *indole* de la acción, pero es la causa ontológica. La causa jurídica por virtud de la cual el carácter de esa acción no da lugar a la tentativa, es en razón del exceso, pues en dichos casos se halla ya consumada la violación de la ley con los primeros actos de ejecución. De modo, que admitida la exactitud de ambas fórmulas, prefiero la última, porque es más simple.

§ 90. A causa del segundo resultado, el exceso hace desaparecer la tentativa en todos aquellos he-

chos más graves en la relación subjetiva, o por lo menos de igual gravedad que en la relación objetiva.

§ 91. Todas las acciones de los hombres forman continuada cadena de *medios* y de *fin*es. Si se aceptase a un reo el pretexto de no haber conseguido su último *fin* para reducirle la imputación calculando la imperfección del delito, no quedarían términos hábiles y fuera rarísima la aplicación de la pena por razón de *delito perfecto*. Pocas veces aparte los casos de venganza, el delito es fin en sí mismo. Un hombre roba a una mujer por saciar su concupiscencia; otro jura en falso para alcanzar la absolución de un reo; otro amenaza para que se desista de un hecho; otro mata a fin de obtener la herencia; otro conspira por derribar al Gobierno; otro difama a un enemigo para hacerle perder el empleo; otro predica dogmas impíos para que se reniegue de la fe; otro falsifica para lucrarse, y no concluiría tan pronto siguiendo los ejemplos. Luego la primera violación de la ley, según el propósito del reo, no es más que un medio para alcanzar un bien, en lo cual puede con frecuencia hallarse una segunda violación de aquélla. El acusado dirá: yo robé la mujer, pero no sacié mi apetito deshonesto; juré en falso y no fui creído; atemorice, más no se desistió del hecho; maté pero no alcancé lucro; conspiré, pero en vano; difamé y no conseguí el descrédito de mi adversario; prediqué y no hice prosélitos; si lo dejais expli-



carce en esta línea, no hallaréis más que tentativas. La ciencia moderna combate ese procedimiento. Si el Juez estuviese obligado a considerar en todo caso el *fin último* del reo para decidir sobre la existencia del *delito perfecto*, se produciría una confusión sin límites; ni siquiera fuera posible encontrar una fórmula para el conato. La ciencia, empero, distingue entre la *realización* del *propósito* del reo y la *efectiva violación* de la ley. Y, dada ésta, encuentra, según sus condiciones, el *delito perfecto*, aunque el culpable no haya comenzado la ejecución de los actos ulteriores, que debían conducir a aquél. En cuanto al propósito del reo, la *operación* es *incompleta* o *ilusoria*: a los ojos de la ciencia, el delito está *consumado*. Si las operaciones ulteriores que se proponía el reo, hubiesen violado un *derecho más importante*, el delito perfecto, que fué *medio*, se juzga como tentativa del *delito fin*, puesto que el fin *excede* en gravedad política al medio. Pero si sucede lo contrario, el delito destinado a ser *medio*, se juzga como *delito perfecto*, ora la *imputación* del medio sobre el fin resulte de la *naturaleza* del derecho atacado con aquél porque es *derecho universal*, ora si atacándose tanto por el medio como por el fin un derecho particular, la *importancia* del medio nace de la *entidad* del derecho atacado. En uno y otro caso el haber perseguido aquel fin puede agravar el delito, pero el no haberlo realizado no puede modificar el título.

§ 92. Así la denuncia calumniosa y el falso testimonio, aunque objetivamente interrumpidos cuando no alcanzan ni la condena del inocente ni la absolucíón del culpable, son delitos *perfectos*; pues dirigiéndose la ley que los veda, a proteger la santidad de la pública justicia, desde que la acusación falsa o el falso testimonio se producen, la violación del *derecho universal* protegido por la ley resulta completa, la ofensa a la justicia se ha consumado y hay delito perfecto.

§ 93. A este propósito conviene también advertir algo acerca de la fórmula adoptada. Al decir que la *denuncia calumniosa* o el *falso testimonio* no son conatos, se emplea una fórmula exacta. Si se dice, que en esos delitos no se *admite* conato, la fórmula es ya poco precisa, y puede originar muchos errores. Hasta la denuncia calumniosa y el falso testimonio admiten conato relativamente a ellos mismos, lo cual se comprende fácilmente.

§ 94. Tampoco por razón de exceso cabe establecer tentativa de exención por medio de la *resistencia*<sup>1</sup>. La *exención* admite tentativa cuando se procura aquélla por otros medios. Pero el de resistir a la fuerza pública preséntase ya como delito *consumado* y perfecto, pues se consuma la lesión al *derecho universal*, deducida del hecho de resistir a la fuerza pública para impedir un acto de justicia, de

<sup>1</sup> El Autor se refiere al delito de eludir el servicio de las armas. (N. del T.)



cuyo acto el diverso fin constituye un elemento *esencial* de la resistencia marcando la dirección de la lucha a impedir el acto de justicia. Pero no puede hacerlo degenerar en tentativa. De aquí que la resistencia con propósito de eximirse, aun cuando la exención no se logró, debe imputarse como resistencia a eximirse, esto es, como delito perfecto, mas no como tentativa de *exención*. Esta es la opinión que siempre he tenido por verdadera, cuyo concepto me parece conforme a la disposición combinada de los arts. 143 y 157 del C. t.

§ 95. En los delitos de falsificación de moneda y de documentos varía la noción de la tentativa, según el diverso principio, que se adopta como constitutivo de su importancia. El *fin* del falsificador de una moneda o de un documento es el de engañar a otro y enriquecerse en perjuicio suyo. No puede, por lo tanto, estimarse conseguido el fin mientras la *ganancia* del reo no se verifica por el uso afortunado de la moneda o del documento. Esto hizo pensar a algunos, que el delito de falsificación no se *perfecciona* hasta que con la moneda o el documento falso se realiza el despojo de otro. Pero este concepto, que hacía muy rara la perfección del delito en tales casos, no era aceptable en la práctica. La *ofensa* en estos delitos no debe reputarse en cuanto al patrimonio privado, sino respecto a la *fe pública*, violada mediante la *adulteración de la verdad*, que recae sobre cosa de público interés. Cuan-

do los hombres, para facilitar el comercio y la contratación, inventaron la moneda y el documento auténtico, nació un *derecho universal* de todos los ciudadanos: el derecho de inalterabilidad del documento o de la moneda, porque en el círculo de los negocios todos podían ser perjudicados mediante la falsificación. Este *daño posible* es enteramente diverso del *daño inmediato*. Existe éste en el temor por la *repetición* del delito, y radica del todo en la imaginación: aquél resulta del delito ya cometido y radica completamente en la *realidad*. El daño que causa el falsificador poniendo en curso la moneda falsa, perjudica a todos inmediatamente en su patrimonio, no en la opinión tan solo. Será un daño meramente posible, pero *inmediato*. Es de interés común respetar la *fe* debida a ciertos signos y a ciertos documentos: por eso se considera *perfecto* el delito de falsificación, si además de la adulteración hay un comienzo de *uso* del documento o moneda alterados, aunque por imprevisto descubrimiento no se conseguía el lucro del reo y el detrimento de un tercero. Pero la fuerza lógica de la anterior consideración no para en esto. Una vez admitido el principio, era indispensable seguirlo en todas sus consecuencias. Visto, que, en esta clase de delitos, la ofensa causada a la pública seguridad con la falsificación era más grave que el daño producido al patrimonio privado con la extorsión del dinero, debía apreciarse en la *falsificación materialmente consumada* una



ofensa *perfecta* a la ley aunque, impedido el uso, pudiera desvanecerse la última esperanza del reo. Y es de notar, que hasta esta doctrina se funda en el exceso, en cuanto con el medio se viola un derecho superior al que resultaría atacado consiguiéndose el fin. Debe, sin embargo, repetirse aquí la advertencia hecha al tratar de la calumnia: una cosa es decir que la falsificación consumada de una moneda o de un documento *no sea* una tentativa, y otra, que en los delitos de falsificación no se admite la *tentativa*. Si la fabricación de la moneda falsa queda interrumpida cuando los actos ejecutados ofrecen el carácter de un conato políticamente imputable, tendremos sin duda una tentativa de falsificación de moneda. Pero si la fabricación es completa, el delito de falsificación resulta *perfecto*, aunque el culpable no se haya todavía enriquecido, aunque ningún tercero haya sufrido daño en su patrimonio. Otro tanto puede decirse en el caso de falsificación de documento.

§ 96. Finalmente, por razón de *exceso*, no se considera *tentativa*, sino *robo consumado* la muerte de un hombre cometida con el fin de robarle, aunque el robo se impida por cualquier causa después de producida la muerte. Objetivamente considerado, el hecho se frustró; lo que el reo procuraba, su ganancia, no la alcanzó; pero considerado subjetivamente, presenta en los actos realizados como medio la consumada violación de un derecho más impor-

tante del que se pretendía violar como fin: el derecho a la vida enfrente del derecho a los bienes. Por lo tanto, aquel acto no es un *conato*, sino un *delito perfecto*.

§ 97. Llegado este momento, es oportuno examinar una cuestión notable, recientemente planteada, de gran interés en la práctica, a saber: si *jurídicamente* es posible admitir la concurrencia del título de la *tentativa* y el del *delito consumado* en una *acción misma*. Suponiendo un ladrón, apoderado ya de cierta suma, y sorprendido cuando trataba de apoderarse de otra, sostienen algunos que en este caso debe estimarse la *conurrencia* del *hurto consumado* en cuanto a la suma tomada, y de la *tentativa* en cuanto a la otra suma que no pudo tomar. Se considerarán por tal manera como dos conceptos distintos la idea de tomar aquella primera suma y la de apoderarse de la segunda, y se dirá: el primer objeto se realizó, el segundo no, luego tenemos dos diversos títulos de delito.

§ 98. Otros, por el contrario, refutando esa opinión, sostienen en sentido opuesto, y a mi juicio con superior fundamento, que es indispensable apreciar el propósito por *modum unius*, toda vez que debía realizarse en una *sola acción*. El ánimo era de robar todo el importe de aquel dinero; apoderándose de la primera suma, el ladrón comenzó la ejecución de su proyecto criminal; fué interrumpido en la mitad del camino, luego se determina el título de ten-



tativa de robo en cuanto a la *total* suma. Esta segunda opinión adquiere mayor fuerza, al considerar si se admitiera que un acto encaminado a un fin criminal cuando constituye de por sí un *delito especial*, desempeñaba la *doble función* de acto consumativo del delito en sí mismo, y de acto ejecutivo del delito no realizado; por donde se llegaría a la consecuencia de castigar toda herida causada con el fin de matar doblemente: como *lesión consumada* y como *tentativa de homicidio*; que los actos preparatorios del estupro debían pensarse como delitos de liviandad y como tentativas de estupro, y de la propia suerte la fractura como fractura, allanamiento de morada como allanamiento de morada y además como tentativas de robo, lo cual es absurdo.

§ 99. Esta opinión coincide con lo expuesto en mi *Programa* tratando la materia del delito *continuado*<sup>1</sup> a propósito de la distinción entre pluralidad de *actos* y pluralidad de *acciones*. Verdad es, que con sutileza podría argüirse la falta de paridad entre caso y caso, porque el allanamiento de morada, la fractura, las heridas, etc., son medios respecto al robo o al homicidio, mientras que la aprehensión de una parte de la suma es *fin* en relación a sí misma y no medio para tomar la otra suma. Así que parecía repugnante calificar de tentativa la *consecución parcial* del fin. A pesar de ello me inclino a la segunda opi-

<sup>1</sup> Véase PUCCIONI, *Código penal toscano ilustrado*, vol. II, pág. 261, art. 30.

nión, aun cuando en alguna combinación práctica pueda excitar sospechas de absurdas, como si por la *cantidad ya tomada* la pena del delito consumado fuese más grave que la aplicable a la tentativa de robo de la suma total. Por donde causaría repugnancia que el ladrón debiese ser castigado con pena menor precisamente porque se proponía robar mayor suma. Tal dificultad práctica se elimina fácilmente, a mi juicio, por virtud de la regla de la *preferencia*, ante la cual desaparece la consideración del conato cuando los actos ejecutados constituyen por sí mismos un delito más grave. Establecida esta distinción perfectamente acorde con los principios, yo aceptaría la segunda solución del problema.

§ 100. Pero la doctrina que pretende hallar en una sola acción los elementos de dos títulos de reato (robo consumado y tentativa de robo; adulterio consumado y tentativa de adulterio), recientemente sostenida por GLASER, no es sostenible por contraria a la justicia. De hecho, cuando el ladrón se le imputa como robo consumado la aprehensión que hizo de los primeros cien francos, se le constituye responsable de aquel acto de aprehensión y de todos los anteriores, que lo han preparado. Cuando estos mismos actos y la consiguiente aprehensión quieren aplicarse a la imputación de tentativa de robo de los otros cien francos, que no logró tomar, es evidente que este segundo título tiene su *elemento material* en aquellos mismos actos ya imputados y de los



cuales en consecuencia se le exigió responsabilidad. La cuenta respecto a los últimos quedó saldada; es injusto pues, considerarle nuevamente en deuda por aquel mismo *elemento material*, y no pudiendo hacerle cargo de éste porque ya se le imputó, la nueva imputación de tentativa resulta sin *esencia de hecho*; se castiga la mera intención.

§ 101. No es, por lo tanto, aceptable la primera opinión por *injusta*; tampoco la segunda por *inadecuada*; es indispensable resolver el problema según el principio de la *preferencia*. Si la tentativa de robo de doscientos francos representa en la escala penal una cantidad política mayor que el robo consumado de cien francos, deberá aplicarse el título de *tentativa* de robo de doscientos francos, y estaremos entonces en los puros términos de la tentativa, mantenida la *unidad* del propósito más injusto no realizado. Si, por el contrario, en la escala penal el robo *consumado* de cien francos representa una cantidad política mayor que la tentativa de robo de doscientos francos, nos hallamos evidentemente en el caso del *exceso*; la pena del robo consumado salda la deuda mayor del culpable. La doctrina de la *importancia* o *preferencia* es apodíctica en la práctica; lo salva todo; salva la verdad ontológica y salva la justicia del peligro a que parecería expuesta siguiendo el dictado de la razón ontológica.

§ 102. Por tal manera, recorriendo analíticamente las deducciones lógicas y jurídicas derivadas de

los elementos constitutivos del *conato*, se determinan sus notas características; podemos, ahora, reconcentrando ya nuestras ideas, definir el conato en estos términos: Cualquier acto externo, que por su naturaleza y en unidad conduce a un hecho criminoso y se dirige al mismo con expresa voluntad, no seguido del hecho mismo ni de la violación de un derecho igual o superior. Esta definición no se adapta al delito frustrado, como después veremos.

#### CONSIDERACION SEGUNDA

##### REGLAS PARA MEDIR LA IMPUTACIÓN DEL CONATO

§ 103. La tentativa es un delito *imperfecto*. Natural es, por lo tanto, la primera regla sobre la medida de su imputabilidad, a saber: el cálculo de ella debe, ante todo, buscar sus proporciones en la medida de la imputación del delito especial que se quería realizar, si hubiese llegado a *perfeccionarse*. Esta afirmación es intuitiva. El conato representa un *grado* en cada uno de los delitos a que se dirigía. En el cálculo de la *fracción* no puede prescindirse de considerar la cantidad del *entero*. Al determinar, pues,

I CARMIGNANI, definió el conato, *todo aquello que falta a la consumación del delito*. Esta definición fué justamente censurada (JONGE, *De delictis*, vol. II, p. 217) porque sólo expresa una negación sin afirmar nada, cuando para conocer un ente cualquiera es necesario afirmar alguna cosa de su ser.



la representación del conato, al legislador no le es lícito sin riesgo de caer en error, establecer reglas absolutas, sino relaciones *proporcionales* con la represión de cada delito *censurado*. No cabe decir, por ejemplo, con fórmula absoluta; el conato se castiga con tanto de prisión, sino que ha de escoger una fórmula *relativa*. Y aquí se presentan dos modos para expresar dicha relación. O se establece como fórmula única el castigo de la tentativa con pena inferior en un cuarto, un tercio, etc., a aquella que se impone al delito perfecto, o se prescribe tanto de cadena, si el delito consumado merece la pena perpetua; tanto de prisión, si mereciese la cadena temporal; tanto de multa, si merece la prisión, y así de esta suerte. En cualquiera de los dos temperamentos adoptados por el legislador, resulta evidente, que obedece a la regla del relativo y busca la proporción ordenada.

§ 104. La consideración actual no se dirige a establecer las reglas de la imputación del delito perfecto, sino a indagar aquélla, según la cual ha de determinarse en la *tentativa* el grado mayor o menor de fraccionamiento de la imputación que debe atribuirse al delito imperfecto, en proporción a la señalada respecto del consumado.

§ 105. En esta indagación no se ha de prescindir del examen de la *cualidad* y de la *cantidad* del conato. La primera determina el grado mayor o menor de la *fuerza moral* de la tentativa; la segunda el grado de su *fuerza física*.

§ 106. *Cualidad*, así lo enseña MANUZZI, es *aquello que hace que una cosa sea tal*. La cualidad es un atributo de todo ente y constituye su modo de existir. El conato es un *delito imperfecto*; lo que le hace ser *imperfecto* constituirá, por tanto, su modo de ser; la especie de cada tentativa. Por consiguiente, la *cualidad* de un delito imperfecto no puede buscarse fuera de la *causa* que impide su *perfeccionamiento*. Varía, en su virtud, la cualidad de la tentativa, según sean las causas obstatorias a la consumación del delito.

§ 107. Estas causas para las necesidades del fin presente pueden referirse a dos clases: *voluntarias* y *casuales*. Omito la tercera clase, que comunmente se llama causas *legales*, porque éstas no crean el conato, sino que lo destruyen por *defecto*. No puede lógicamente llamarse *cualidad* de una cosa aquello que la priva de ser, pues la privación de la *existencia* es la cesación de todas las *cualidades*. *Cualidad* del conato es aquello que hace cesar el *delito perfecto* y producirse la *tentativa*. Las causas *legales* hacen cesar el *uno* y la *otra*.

§ 108. *Voluntaria* se dice, por antonomasia, la causa impediende de la ejecución, que tiene su razón en un cambio enteramente espontáneo de la voluntad del agente. Para que la causa que obsta al delito pueda llamarse *voluntaria*, ha de proceder de un *arrepentimiento* del agente, cuyo arrepentimiento requiere la condición de recaer sobre el *fin*, no



sobre los *medios*. Y por *medios* entendemos todas las condiciones de lugar, de tiempo y de modo, con las cuales el malhechor había preparado la ejecución del delito.

§ 109. Entendidas en otro sentido las causas *voluntarias*, se confunden con las *causas casuales morales* (o mixtas), de las cuales de aquí a poco hablaremos, y que en parte derivan de una casualidad yuxtapuesta, y en parte de la *voluntad* del agente, que por razón de esa casualidad toma la determinación de desistir, si bien el accidente sobrevenido no le impidiese *materialmente* proseguir en el delito.

§ 110. Si se prueba que el malhechor desiste de la acción porque fué visto, por juzgar inoportuno el momento o por cualquiera otra razón, aparte la del desistimiento absoluto de la voluntad criminal, esto es, del abandono del mal fin, resulta que no ha desistido de éste, sino de los medios; ha diferido simplemente la ejecución del hecho, pero no ha modificado el propósito. La causa, pues, que impide la consumación no es, según el lenguaje de la ciencia, *voluntaria*; a lo sumo puede llamarse mixta, y cae naturalmente bajo la categoría de las causas morales.

§ 111. Casual será siempre la causa derivada de un accidente extraño al agente, no sólo cuando esa causa ejerció *físicamente* su influencia sobre el brazo de aquél, sino cuando obra *moralmente* en su

ánimo, determinándole en aquel momento a desistir del delito. Si el ladrón, después de haber penetrado en el domicilio ajeno, donde podía robar con seguridad, modifica saludablemente su juicio y se retira porque la voluntad se niega a cometer el robo, puede decirse verdaderamente arrepentido, y la causa de la *imperfeción* del delito resulta *voluntaria*. Pero si aquel ladrón se retiró porque entendió estar despiertos los propietarios, porque el ladrido de un perro le hizo sospechar, no puede llamarse arrepentido: la causa es *casual*.

§ 112. Las causas casuales se subdividen en *morales* y *físicas*, distinción que creo deba entenderse del modo siguiente.

§ 113. Son causas *físicas* las que materialmente detienen el brazo del malhechor o inutilizan el instrumento empleado, o interpuestas entre el sujeto activo y el pasivo impiden el hecho criminoso.

§ 114. Son causas *morales* las que obran sobre la voluntad del agente y lo fuerzan contra su deseo a interrumpir el curso de sus operaciones. Unas y otras son hijas del *accidente*, por la ley considerado como *independiente* del reo. La diferencia entre las causas físicas casuales y las morales también casuales no procede de su primer origen, procede de su diverso modo de obrar. El origen de las unas y de las otras es siempre exterior al culpable. Es exterior, v. gr., si mientras un sicario asesta golpes a su víctima, un tercero le sujeta el brazo y le obliga



a desistir; es exterior si ese tercero se limita a gritar: ¡prended al asesino!, y con esto le induce, viéndose descubierto, a suspender y huir. Pero en la primera hipótesis la causa exterior obra *físicamente* sobre el culpable, y de su desistimiento fué causa tan sólo la impotencia a que se vió reducido, mientras en la segunda hipótesis la causa exterior no detuvo físicamente su brazo ni lo redujo a la impotencia de proseguir y de matar a pesar de los gritos del otro; la causa exterior obró aquí moralmente sobre el culpable, y no habría bastado a impedir la muerte si aquél hubiese sido más temerario o más feroz; de suerte que en el desistimiento interviene como causa próxima un momento de la voluntad del agente. Momento *forzado*, y por lo tanto diverso del espontáneo desistimiento, diverso también del caso del *contrariado* por una fuerza exterior que impide sus actos a despecho de la injusta voluntad, perseverante hasta el último extremo. Se nos ofrece aquí la noción diferencial entre los actos del *forzado* (*agito*, pero no *agente*) y los actos del *cohibido* (*qui etiamsi coactus tamen voluit*), y resulta clarísima la distinción entre las causas físicas casuales y las causas morales casuales, lo cual nos da pie para comprender la razón de una diversidad de grado en la imputación respecto a los dos casos.

§ 115. Luego la diversa *cualidad del conato*, o sea la variedad de *causas* que lo producen, influye por virtud de un principio racional en la medida de

su imputabilidad. Pide la justicia que a quien se exija cuenta del mal causado se le impute también el bien producido. De aquí el principio de la menor imputabilidad del *conato* cuando la imperfección del delito depende de la voluntad del agente.

§ 116. Este principio se descompone en dos reglas: 1.<sup>a</sup> La aminoración llegará a su apogeo si el desistimiento se refiere *únicamente y en su origen*, a la voluntad *enteramente espontánea* del mismo culpable. 2.<sup>a</sup> Desde aquí la minoración irá decreciendo de grado en grado en razón directa de la influencia del *accidente*.

§ 117. Cuando la *causa sea voluntaria* en el sentido indicado, estaremos en el efecto máximo de la minoración. Pero aquélla, ¿llegará al término de destruir toda la imputabilidad? Esta es la opinión de DE SIMONI y ROSSI, que considero preferible a la opuesta. CARMIGNANI osciló en este caso, y después de haber enseñado que el *conato* no era imputable a causa del *arrepentimiento* del agente (§ 238) pone la nota 4.<sup>a</sup> al § 245, en donde aceptando los dictados de BOEHMERO y de KEMMERICH, sostiene, que al atentante se le debe aplicar siempre un grado ínfimo de imputabilidad, aunque los actos de su *tentativa* no hubiesen producido daño alguno y él hubiese desistido por espontáneo arrepentimiento.

§ 118. Convengo con el insigne maestro en que, considerada la cuestión con rigor ontológico, si una *tentativa*, acompañada de caracteres que la