

hacían imputable, fué comenzada, el arrepentimiento posterior no la destruye pues *factum infectum fieri nequit*. Aquella tentativa era un hecho imputable; una vez comenzado, nace la deuda exigible ante la ley penal. Y así como la restitución de lo sustraído, aunque entera y útil, no cancela el hurto consumado, la existencia de una tentativa punible no desaparece a causa del arrepentimiento espontáneo y sucesivo, aunque sea también útil y sincero.

§ 119. Pero este modo riguroso de ver no es admisible en el presente caso; ya porque entre caso y caso no hay paridad de razón, ya porque las motivos políticos han de prevalecer sobre las consideraciones de rigurosa justicia. No hay paridad, pues cuando el delito se consuma existe el *daño*, existe la violación efectiva del derecho, y esta violación, una vez producida, no puede quedar impune. Pero cuando el atentante se arrepiente de sus actos a la mitad del camino antes de haber causado *daño* alguno y de haber violado algún derecho, si no llega a destruir el hecho, destruye, sin embargo, aquello que a la sociedad interesaba impedir, esto es, que realizase la violación del derecho. En el *conato* la razón de castigar está en el *peligro*, y la sociedad no puede apreciarlo en los atentados suspendidos a la mitad de su desarrollo.

§ 120. Hemos indicado las consideraciones políticas que hacían preferible la opinión más benigna, pues todos sabemos que la ley penal debe encami-

narse a prevenir los delitos futuros con el castigo de los pasados. Y sin reconocer en la *prevención* el único *fin* y el único *fundamento* de la irrogación de la pena (lo cual no admitimos), es preciso convenir, no obstante, en que esta *consecuencia* de la amenaza y de la efectiva irrogación de un mal al delincuente, debe utilizarse siempre por el legislador discreto. De tal suerte, que si no es buena razón en el legislador castigar *tan sólo para prevenir*, lo es, sin embargo, *de no castigar*, cuando lo contrario *sería causa de delitos*. Por manera alguna es contradictorio negar a la *utilidad* el poder de *autorizar a obrar*, reconociéndole al propio tiempo el poder de *impedir* hacer lo que no podría ejecutarse sin manifiesto peligro. La *tutela del derecho* es el único fundamento aceptable de la razón de penar, porque la ley jurídica no sería ley, sino mero consejo, careciendo de eficaz sanción. El fin de la pena es tan solo el de *tranquilizar* a los coasociados, esto es, de *mantener en ellos la conciencia del derecho*, mostrando como está garantida la ley que protege su libertad. Pues al lado de estas dos proposiciones se ha de sostener: 1.º Que cuando la sanción de un caso determinado *pone en peligro* el derecho, aquélla debe enmudecer, porque cesa su *razón de ser*, así como conviene, que la sanción desaparezca en el caso de homicidio cometido en defensa propia, en el cual ella serviría de ayuda a la lesión, no de medio para la protección del derecho. 2.º Como consecuencia de lo anterior,

esto es, del silencio de la sanción, cuando su *fin* cesa, resulta, que la amenaza de la pena, dando menos tranquilidad a los buenos, los mantiene naturalmente en mayor desosiego y así decrece la opinión de la propia seguridad en lugar de aumentarse.

§ 121. Defecto enorme y verdadero absurdo sería el de una ley penal, cuyas sanciones pudieran comunicar impulso a la criminalidad. Pues si de una parte nada arriesga la sociedad perdonando al atentante que se arrepintió, de la otra, una pena, aunque benigna, puede convertirse en causa obstatória al arrepentimiento ¹.

1. No me parece exacta la observación de PIZZOLI, al afirmar que la doctrina sobre la punibilidad de la tentativa interrumpida por voluntario desistimiento se corrobora con la respuesta de ULPIANO *in leg. 65, ff. de furtis*.—*Qui ea mente alienum quid contrectavit ut lucri faceret, tamen mutato consilio, id domino postea reddidit, fur est*. La inaplicación de esta fórmula es manifiesta si se reflexiona que ULPIANO considera el caso de un delito consumado por la efectiva violación del derecho. En cuyos términos no cabe gestionar sobre la perseverancia de la responsabilidad penal, a pesar de la indemnización al ofendido. Más exacto es afirmar con KOCH (*Inst. juris crim.*, § 89), a propósito de la respuesta de PAULO a la ley 19 *ad. leg. Cor. de falsis: suffragio iustæ penitentia absolvuntur*; STRYKIO *De jure sensuum diss.* so, c. 6, n. 80.—PUTTMANN *Elem. jur. crim.*, § 32. Debo, sin embargo, observar, que muchos escritores aconsejan el castigo porque no se habían formado claro concepto de las *causas voluntarias*, confundiéndolas con las causas *casuali morali*, siendo la diferencia entre unas y otras tan positiva como concluyente.

§ 122. Entiendo que el *desistimiento* oportuno del atentante debe eximirlo de toda responsabilidad. Digo *oportuno*, esto es, antes que los actos ejecutados constituyan de por sí un hecho dañoso, o se viole un derecho, en cuyo caso, y consumado este suceso, constituye un título especial imputable. Si Ticio ataca a su enemigo con ánimo de matarlo y lo infliere un primer golpe que lo hiera ligeramente, pero ante la sangre, ante las súplicas o excusas de la víctima, su corazón se enternece y desiste, siempre le serán imputables las heridas causadas. Pero si la compasión lo vence antes de herir, aunque ya hubiese sujetado a su víctima y blandiese contra ella el puñal, nada debe imputársele. Análoga conclusión se deriva, no ya del caso en que la ley imprevisoría pondría al ofendido diciendo al agresor: yo te castigaré, a pesar de todo; incitándolo de tal suerte a continuar, sino que también deriva de la regla primordial de que el *daño mediato* constituye el fundamento de la imputabilidad política de los hechos contrarios al derecho, y este daño mediato lo constituyen la alarma de los buenos y el mal ejemplo para los malos. Pues el mal ejemplo en el caso de desistimiento voluntario, es verdaderamente nulo, porque supondría la *contradicción* en la voluntad criminal; supondría, en una palabra, que uno comenzase a *hacer* para *no hacer*; supondría que otro se propusiese *cometer* un delito con la esperanza de desistir y no *cometerlo*, lo cual es absurdo.

§ 123. Debe tenerse en cuenta, que cuando la causa inmediata del desistimiento resulta *voluntaria*, la presunción está a favor del imputado. Así la acusación, que pretenda sostener la falta de espontaneidad en el desistimiento, debe suministrar la prueba de la causa *fortuita* y además, que ésta indujo al agente al desistimiento.

§ 124. Volviendo a la regla segunda, no es dudosa la influencia de la voluntad del atentante, aun acompañada de espontaneidad o de previsión, para producir efectos sensibles sobre la imputabilidad del *conato*. Tomándose el *peligro* en éste, como fundamento de la razón de castigar, será tanto menor cuanto menor fué la tenacidad de la voluntad, la temeridad o malicia del reo en preparar o ejecutar el delito; así sobreviene la imperfección del delito aun a despecho del reo, por la vacilación de éste, por su inexperiencia o por la precipitación de su ánimo al disponer los medios de ejecución. NICCOLINI lo enseña, comprobándolo con una sentencia de Augusto referida por Suetonio, en donde cuenta que dejó en libertad a un hijo reo de tentativa de parricidio, *eo quod timide gessisset*. La causa será siempre *casual*, porque si bien la falta de éxito haya de referirse a un acto *voluntario* del reo, este acto, o fué origen del fracaso contra sus *previsiones*, o no fué en él enteramente *espontáneo*. Pero ello no obstante, o la precipitación en un caso o el desistimiento en otro, fueron actos voluntarios; y no cabe duda, que si

el delincuente hubiese sido más *precabido* o *malicioso* en el primer caso, o más *audaz* y obstinado en el segundo, el triste hecho se habría realizado. La imputabilidad, por lo tanto, subsistirá, quedando reducida a grado menor de aquella que debió producir la *tentativa*, si un *puro* accidente hubiese impedido la consumación de un delito pertinazmente perseguido y preparado con toda previsión, que hacían inexplicable e impensada la fortuna de su fracaso. Véase cómo la *cualidad* de la *tentativa* influye en su imputabilidad.

§ 125. *Cantidad*. La de un entero es lo que constituye sus proporciones en *más* o en *menos*, comparado con un ente del mismo género. El criterio de esta relación varía según la diferente naturaleza de los elementos materiales que se tienen a la vista en las cosas entre las cuales se establece la relación. Así la regla de la cantidad se deriva del número, del volumen, o del peso, pero dependiente siempre de una idea de proporción. Hemos visto que la *cualidad* en el conato se refiere a su *fuerza moral*, como derivada del grado de influencia de la *voluntad* del agente sobre el obstáculo saludable o sobre los efectos favorables del mismo. La *cantidad* se refiere a su *fuerza física* porque depende del número y de la influencia de los *actos externos* constitutivos de la *tentativa*.

§ 126. Un delito se compone de una serie de momentos físicos, representado cada uno de ellos

en un acto por medio del cual el malhechor camina hacia el fin propuesto. Cuando el curso de tales momentos se interrumpe, tenemos la *tentativa*, cuya *cantidad* resulta de la serie de los recorridos por el agente en relación con aquellos que aún le falta recorrer. [Cuanto menor sea la serie de los actos no ejecutados para realizar el delito, tanto mayor será la *cantidad* del conato y tanto mayor será también el *peligro*; por consecuencia, la imputabilidad aumentará bajo esta relación.]

§ 127. [Tal es el sentido de la distinción generalmente admitida entre conato *próximo* y *remoto*, dis-

I BOEHMER (*Medit. ad. c. c. c. art. 178*) imaginó un término medio que llamó *conatus propior*. Pero en general, los antiguos criminalistas tienen muy confusa idea sobre la noción del conato; ora confunden el conato *remoto* con los actos *preparatorios*, ora el *próximo* con el *delito frustrado*. Entre los modernos con frecuencia influye el respeto a las legislaciones positivas. Es, pues, necesario, tener mucha cautela en la apreciación de las doctrinas y no aceptar como principio científico la mera deducción de una ley *positiva viciosa*. Y el *vicio* de la ley *positiva* puede influir doblemente sobre los errores de la doctrina que de ella se deriva. Ya porque la ley sea *viciosa* en la noción del *conato*, lo cual lleva *directamente* a errores en la jurisprudencia ante las doctrinas científicas, para no serlo ante la ley, que debe interpretar y aplicar. O porque la ley sea *viciosa* en la *penalidad* por demasiado cruel, lo cual influye *indirectamente* en la jurisprudencia, llevando la humanidad de los Jueces a modificar la noción real de la tentativa para evitar la aplicación de una pena que consideran exorbitante. En verdad, es muy frecuente en el foro esta alucinación de

distinción fácilmente comprensible en *abstracto*, muy difícil empero de concretar. A medida que la serie de actos ejecutados se acerque al acto consumativo, tanto más *próxima*, se reputará la tentativa; se dirá *remota* cuanto mayor sea el alejamiento. La *proximidad* por su naturaleza es un término relativo, pero relativo al *fin*, no al *punto de partida*.

§ 128. [Consideremos toda la línea que debe recorrer el delincuente. Partimos del *acto interno*; la determinación de delinquir, que por sí sola no presenta elementos de imputabilidad política. Siguiendo adelante encontramos los primeros movimientos que imprime al cuerpo aquella voluntad, los cuales, faltos de *unívoca* dirección hacia el delito, no son imputables; tenemos, pues, los actos *preparatorios*. Miremos luego los actos que expresan una dirección

tomar como doctrina científica lo que dijeron un Tribunal o un escritor quizá con repugnancia y contra sus íntimas convicciones, tan sólo por prestar obediencia a un derecho constituido, que no es ley entre nosotros. Quien se presentase ante un Juez criminal diciéndose: debeis imponer al acusado tal o cual pena porque así lo preceptúa un artículo del C. f., excitaría el desprecio de aquél, el cual le contestaría que no era esa la ley según la cual deben gobernarse sus administrados. Pero cuando en lugar de poner ante el Juez el precepto del C. extranjero como texto directivo de su decisión, se procura ofuscar su ánimo con la acumulación de autoridades doctrinales o de juicios extranjeros inspirados todos en la ley especial y positiva del lugar, se comete precisamente el mismo error, aunque se disfraze con un artificio notorio.

cierta hacia el delito, pero que aún están muy lejos de su consumación; este es el conato *remoto*. Marchando un poco más, hallamos que un breve intervalo los separa del delito consumado; tal es el conato *próximo*. Viene, finalmente, el acto de la consumación y aquí, si el hecho se realiza, aparece el *delito consumado*, y si no se realiza, ha lugar al *delito frustrado*, si en la serie de actos realizados se registran todos aquellos que eran *necesarios* para producir el hecho, o tenemos el grado máximo de la *tentativa próxima* si el hecho no sucede por insuficiencia de alguno de los actos necesarios para producirlo.

§ 129. La racionalidad de castigar la tentativa, tanto más cuanto más se acerque a la consumación, es intuitiva; por causa de tal proximidad se acrecienta el *peligro* de la Sociedad; por causa de tal proximidad se aumenta la *perseverancia* del reo en su mal propósito.

§ 130. He notado, sin embargo, que la proximidad del conato debía derivarse del *número* y de la *influencia* de los actos constitutivos del mismo, porque el criterio del *número tan sólo* es falaz. Un delito puede necesitar para su ejecución quince actos; otro puede consumarse con cinco. El que realizó diez hacía el primero, recorre dos tercios de su camino; el que sólo ejecutó cuatro del segundo delito, recorrió cuatro quintos. Si se apreciase la *cantidad* simplemente por el *número* de los actos realizados, ten-

driamos mayor número en el primero que en el segundo caso; pero ¿quién se atrevería a sostener que el primero estuviese más próximo a su fin que el segundo? La *proximidad* es un término *relativo* al *fin*, no al punto de *partida*. En sustancia, para medir la *cantidad* del conato los actos deben ser pesados mejor que contados, o hay que derivarla de un cálculo más bien negativo, apreciando el número de los actos que faltaban para la realización, con preferencia al de los realizados. Véase por qué he dicho que la *cantidad* depende no sólo del número, sino de la *influencia* de los momentos recorridos.

§ 131. Considerados abstractamente todos estos principios, parecen simples y claros. Pero, al tratar de su aplicación, ¿podrá la ciencia establecer una fórmula que sirva de guía constante y segura? Tal es la dificultad antes apuntada. ¿Cual será el límite entre los actos *preparatorios* y el *conato*, entre conato *próximo* y conato *remoto*, entre *tentativa* y *delito frustrado*? A esta indagación hemos de proceder para completar el estudio de nuestra teoría.

§ 132. Pocas dificultades ofrece la primera parte siguiendo los preceptos de la Escuela italiana. La *univocación*¹ es la fórmula determinante del límite

¹ No usa el autor la palabra *univocità* análoga en su significación a la de *univocazione*, y por nosotros traducida por *univocación*, en el sentido propio y gramatical que tiene, así en la lengua italiana como en la española, a saber: conformidad o conveniencia de cosas distintas debajo de una misma

entre los actos *preparatorios* y el *conato*. Aunque esta regla sufra necesariamente en la práctica la influencia de circunstancias variables, según los casos, e indefinibles *a priori* con una expresión general, suministra no obstante, un criterio suficientemente positivo en la vida práctica. La línea de demarcación ideada por Rossi, para distinguir los *actos preparatorios* de los actos de ejecución, lleva a destruir la diferencia entre conatos *próximos* y *remotos*, relegando todos estos a la categoría de *actos preparatorios*.

§ 133. El equívoco procede de la confusión entre actos *ejecutivos* y actos *consumativos*. Esta unificación será exacta ateniéndose a los términos del artículo 2.º del Código francés, el cual, al exigir un principio de *ejecución* después de la manifestación con actos externos, evidentemente considera la fórmula *actos ejecutivos* como sinónimo de *actos consumativos*. Pero ante la verdad y el lenguaje común científico, *preparar*, *ejecutar* y *consumar* son tres momentos distintos.

§ 134. Quien medite atentamente cuanto ideó Rossi, a fin de mantener su nueva fórmula, llega por necesidad a la consecuencia de que según su modo de ver, el *principio de la ejecución* no se en-

razón, o bien aplicación del mismo nombre a cosas diversas, pero del mismo género. El sentido jurídico que el Profesor CARRARA, da a esta frase, igual al en que nosotros empleamos su equivalente, es el de *dirección cierta manifiesta, de los actos externos hacia un determinado delito*. (N. del T.)

cuentra fuera del *principio de la consumación*, y esto impide absolutamente concebir una tentativa remota, y relega todos los actos verdaderamente *ejecutivos*, pero que aún no son *consumativos*, a la categoría de los *preparatorios*.

§ 135. Cabe muy bien sostener, que no sea imputable políticamente el conato remoto, pero es imposible destruir su noción. De tal suerte, al recorrer esta línea, Rossi se vió forzado a deducir consecuencias, inadmisibles para la ciencia, aunque hayan de acatarse por respeto a la ley cuando derivan de una disposición especial de ella. Aquél dice: el ladrón, mientras derriba la puerta o apoya la escala para subir al balcón, y el monedero falso cuando está en la fabricación de la moneda, sólo se ocupan en *preparar* el delito; porque todavía, según él, no ha comenzado la ejecución del robo el primero, la expendición de la moneda el segundo. Sostiene que la *ejecución* del robo comienza en el momento de apoderarse el ladrón de la cosa y apropiársela. Consecuencias todas ellas opuestas a las reglas recibidas por la jurisprudencia. Rossi (*libro II, cap. 28*), ROBERTI (*vol. III, ps. 127 y 129*), TREBUIEN (*vol. I, p. 96, n. 13*), establecen como regla abstracta, que no se sale de los *actos preparatorios* mientras no comienza la violación del derecho a cuya ofensa se dirigen aquéllos. Esto, que según mi criterio representa el paso del conato *próximo* al *remoto*, sostienen ellos, que, a las veces,

constituye el paso de los *actos preparatorios* a los de *ejecución*. El último, el más exacto de todos los citados criminalistas, apoya su juicio en el principio de la *univocación*. Y el principio es verdadero, incontrastable, pero el error consiste en sostener que el principio de la *no univocación*, firmísimo criterio de los *actos preparatorios* como regla *abstracta*, puede convertirse en *fórmula concreta* y traducirse en un determinado modo de obrar; de tal suerte, que la regla, de abstracta, se convierta en material y se mantenga tal absolutamente, aun cuando las combinaciones del caso práctico hicieren cesar la primera. Una cosa es decir: la fractura y el escalamiento no pueden en cierto modo apreciarse como actos de *ejecución* del robo, porque no existe *univocación* por no concurrir circunstancias tales demostrativas del fin de robar y no de otro cualquiera en la fractura y el escalamiento, y otra muy distinta sostener, que siempre debe ser así, aunque se presenten en la más *clara correspondencia* (*univocación*). Entre uno y otro modo de expresión y de razonamiento existe diferencia esencial. Una regla puede ser *absolutamente* verdadera; aplicarse con justicia en ciertas condiciones a un caso *concreto*, mas no por ello llegará a transformarse en regla la *aplicación*, porque si se ofrecen casos concretos semejantes a aquel al cual fué aplicada con justicia la regla, pero en los que falte la *razón* de la misma, ésta deberá callar. Así TREBUTIEN sostiene,

que el sorprendido durante la fractura o el escalamiento, podía tener el propósito de robar una mujer, y de aquí deduce que a tales actos falta constantemente el carácter de *tentativa de robo*. No advierte, sin embargo, que muy bien puede excluirse, según las circunstancias, la posibilidad de cualquiera otro acto, aparte el de robar, o que donde esto acontece, la regla concreta resulta destruída por la abstracta. Supongamos cuatro malhechores sorprendidos con carruajes cargados de barriles vacíos en el acto de derribar la puerta de una cantina, ¿podrá sostenerse que aquellos malvados querían seducir a una mujer en aquella cantina deshabitada? ¿Podrá invocarse como regla absoluta que la efracción no guarda *correspondencia* (*univocación*) con el robo, y no puede constituir tentativa? Y tampoco es cierto que la jurisprudencia francesa autorice a tener como *regla* científica, según pretende Rossi, la proposición de que la *fractura* no constituye *tentativa*. No es así por dos razones: 1.ª Porque los Ts. de Francia no decidieron la cuestión según los dictados de la ciencia, sino en relación con el art. 2.º del C., donde se notan dos especialidades. Una la de unificar en la pena el conato con el delito perfecto, de donde la moralidad laudable de aquellos Magistrados les conduce a restringir notablemente la noción del conato, haciendo buena parte a la humanidad. Otra, que el art. 2.º no estima la *tentativa* según la *ciencia*, sino una tentativa

sui generis, esto es, la *tentativa seguida de un principio de ejecución*. Ahora bien, si en ciencia toda tentativa ha menester de un *principio de ejecución*, es claro que según el concepto del C. f., el *principio de ejecución*, requerido como condición ulterior además de la *tentativa*, no es aquella ejecución suficiente de ordinario para constituir tentativa, sino alguna cosa más, esto es, el actual principio de violación del derecho. La regla de Rossi puede ser exacta como regla de derecho *constituido* en Francia, pero es inexacta científicamente. Esta verdad se demuestra con la misma decisión del T. de Montpellier de 19 II 1852 (*Journal du Palais*, 53, 2, 170), invocada como prueba de dicha jurisprudencia. No dice el Tribunal: la *fractura no es tentativa*, sino que razonando acerca del art. 2.º, y notando que la tentativa en él prevista era castigada como delito consumado, consideró un *peligro social manifiesto la asimilación de semejante tentativa al delito consumado*. Luego el mismo T. de Montpellier concuerda en que la *fractura* es una tentativa, mas no la *prevista* en el artículo citado. 2.ª La otra razón que muestra no ser cierta por parte de la jurisprudencia francesa, la aceptación de la regla antedicha como absoluta, consiste en que las decisiones invocadas razonan siempre desde el punto de vista de la *apreciación del hecho*. Véanse las del T. de C. de 27 VIII de 1812, 11 VI 1818, 23 IX 1825, 4 X 1827. Así la sent. de 1818 crítica al T. de Nancy por haber

apreciado mal el hecho sosteniendo que la *fractura*, objeto del debate, no constituía *tentativa*, pero se limita a esta censura por considerarse incompetente para inspeccionar la apreciación del hecho. Vese, por lo tanto, cómo la Cas. de Francia también admite, que la *fractura puede* constituir tentativa. Consúltese la excelente censura de VATISMENI. (*Journal du Palais*, 1825, p. 892, n.)¹.

§ 136. La ejecución del delito es un *viaje* emprendido por el malvado hacia la violación de la ley. Figurémonos que yo deseo hacer un viaje a París. Mientras preparo el pasaporte y las maletas no he comenzado todavía el viaje a París, pero puesto en camino, de cierto lo comencé, aun cuan-

1 En 1862 los Ts. de Francia han reconocido la tentativa de hurto en el simple escalamiento, pero del contenido de ese juicio se desprende que fueron inducidos a darlo por dos motivos especiales. El primero, porque el inculpado había cometido anteriormente un hurto en la misma casa, introduciéndose en la localidad mediante escalamiento, la cual había vuelto a asaltar expiada que fué la pena del primer hurto. Los Jueces valoraron esta circunstancia como criterio de *univocación* en el escalamiento, lo cual confirma mi parecer de que en los casos prácticos, el criterio preponderante en esas cuestiones es el de la *univocación*. La segunda circunstancia apreciada en aquel caso fué la de tratarse de un doble escalamiento, habiendo saltado primero el muro exterior, y luego otro interior, de modo que según los términos del C. f., que exige una tentativa *seguida* de un principio de ejecución, resulta la tentativa constituida con el primer asalto, y el principio de ejecución con el segundo.

do los que me vean no sepan si marchó a Génova, a Turín o a París; ni puede decirse que la *ejecución* de mi viaje comienza sólo cuando alcanzo a divisar la torre de Nuestra Señora. Podrá dudarse por los demás sobre cuál viaje yo emprendo, pero lo seguro es que he *emprendido un viaje*.

§ 137. De igual suerte en la preparación criminal podrá quedar en duda a cuál delito se enderezaban los actos de ejecución, pero si es cierto que propendían a un *delito*, existe el *conato*. No es aquí cuestión del *ser*, sino del *conocer*. Y la incertidumbre relativa a los delitos posibles mediante tales actos, se resuelve por la regla que otorga preferencia a la suposición más benigna. La *univocación* de su tendencia a un acto criminal, es, pues, objétese lo que se quiera, bajo el punto de vista ontológico, el único criterio que la ciencia puede suministrar a la práctica para discernir los *actos preparatorios de la tentativa*.

§ 138. Pero ¿cuál será el criterio determinante de la diferencia entre *tentativa próxima* y *remota*? Es, a mi juicio, una dificultad grave. Mientras ante la vista se nos muestren actos muy lejanos o muy próximos a la consumación, fácil será distinguir en ellos la tentativa *remota* o la *próxima*. Pero ha de existir un punto de transición y de contacto entre el conato *próximo* y el *remoto*; debe ser el último acto con el cual termina la serie de los *remotos*, y el primero con que comienza la de los *próximos*. Es

indispensable determinar uno y otro, ora el derecho positivo admita la imputabilidad con diverso grado en la tentativa remota y en la próxima, ora siguiendo la opinión de muchos doctores, exima a la *remota* de toda imputabilidad. La fijación de este punto de tránsito ¿deberá dejarse al arbitrio de los jueces sin que la ciencia les ofrezca un criterio más positivo que el de la vaga indicación de proximidad o alejamiento? Necesidad práctica sería en verdad, en el Derecho penal, que la ciencia resolviese este punto, para tranquilizar las conciencias y evitar la oscilación en la determinación de las penas.

§ 139. Pero ¿podrá la ciencia llenar esta laguna? Todos dicen que el conato *próximo* se ha de castigar más que el *remoto*, y algunos sostienen también la impunidad del último, deteniéndose aquí. CARMIGNANI se ocupó seriamente en buscar fórmula tan importante, y concluyó declarándolo imposible, la cual bastaría para excusar a quien renuncie a semejante empresa.

§ 140. El criterio para distinguir cuándo el conato deja de ser remoto y se convierte en próximo no puede deducirse del número de los actos ejecutados. Esto es intuitivo. Ni tampoco del número de los actos que faltaba ejecutar, porque este número es variable según las circunstancias. Diciendo que se determina por la *influencia* del último acto realizado, se sustituye a una fórmula indecisa otra no menos vaga y mudable, según el modo de sentir de