

quien deba aplicarla, y de nuevo se sustrae la justicia práctica al imperio de la *razón* para someterla a la soberanía del sentimiento.

§ 141. Se puede, sin temor, avanzar una idea; parece que la tentativa pasa del grado *remoto* al *próximo* cuando el culpable, trasladado al lugar de la acción, obra sobre el hombre o la cosa en los cuales debe consumar el delito. Así, el ladrón, mientras prepara las ganzúas o la escala; cuando se dirige hacia la casa donde ha de robar, entre tanto que espía la ocasión de penetrar en ella, no ha ejecutado más que actos meramente preparatorios. Entra, según mi juicio, en el camino de la tentativa cuando apoya la escala en el balcón o introduce la ganzúa en la cerradura, pero su tentativa es aún *remota* porque sus actos recaen sobre el *sujeto pasivo* de la *tentativa* y no todavía sobre el *sujeto pasivo* de la *consumación*. Lo considero responsable de conato *próximo* cuando dentro de la casa se abalanza a la cosa que ha de robar y comienza a obrar inmediatamente sobre el objeto en que ha de recaer el acto de *consumación*, objeto que se encuentra a su presencia; la acción sobre el sujeto pasivo de la consumación ha comenzado, o por lo menos es *inminente*. Así, el cocinero que adquiere y macera la sustancia venenosa hará un acto meramente *preparatorio* del envenenamiento; cuando la pone en la vasija de mi comida entra en vías de ejecución y también de la tentativa, pero de la remota; cuando viene a presen-

tarme en la mesa la comida, entonces es responsable de tentativa próxima 1.

1 No estoy de acuerdo con ROBERTI, al pretender que hay *delito frustrado* en la *presentación* de la comida envenenada. El último acto *consumativo* del envenenamiento no puede ser otro que la *deglución*. Mientras yo no he comido la vianda, el cocinero, después de habérmela presentado y celebrado sus buenas condiciones para inducirme a comerla, puede *arrepentirse* y arrojar la vasija que la contiene. ¿Cómo hallar un delito frustrado que admita la *utilidad* del *arrepentimiento*? En nada empece la circunstancia de que el acto consumativo deba realizarlo la víctima; ninguna repugnancia jurídica resulta de esto. Quien prepara a su enemigo sobre la vía una celada para que caiga y muera, nada más tiene que hacer por sí; pero mientras el enemigo no ha caído, tiempo le queda de desistir y de evitar la muerte. El acto de consumación es sólo aquel con el cual la víctima pone el pie sobre la trampa engañosa. En este acto no obra la mano del reo, sino el cuerpo mismo de la víctima. Los miembros de ésta hacen las funciones de *instrumento* del reo; éste, después de haber realizado la tentativa con sus propias manos, persiste en su mal propósito, permitiendo que otro realice por él aquel último acto material, que representa la consumación. Decir consumado el envenenamiento de un hombre con sólo el hecho de envenenar la comida, no convence, y se llega al absurdo de admitir homicidio *frustrado* en actos que pudieran preceder en meses y aun años al momento destinado, según el propósito del culpable, para la muerte. El equívoco nace de la influencia indebida, que ejerce sobre el ánimo la circunstancia de que el acto constitutivo del momento de *consumación* del delito no deba realizarse por el mismo culpable con su propia mano, sino con la de un tercero inocente y con la de la misma víctima. Esta circunstancia es, sin embargo, un accidente, que en nada mo-

§ 142. En una palabra, mientras los actos se ejercen sobre el mero sujeto pasivo de la *tentativa*, sólo hallo actos preparatorios o conato *remoto*, según que se da o no la *univocación*. Y encuentro el principio del conato *próximo* donde las operaciones se dirijan sobre el sujeto pasivo de la *consumación*: *rem scilicet vel personam in cuius perniciem exeruntur actus*. (CARMIGNANI, § 228, ed Pisa, 1883.)

difica las condiciones ontológicas ni las jurídicas del delito. Ontológicamente, aquel acto sucesivo (realcese por la víctima o por un tercero inocente), es indispensable a la *esencia* de aquel reato, porque sin él la violación del derecho no puede consumarse. Jurídicamente, aquel acto (del tercero inocente o de la víctima) es imputable al malhechor, el cual voluntariamente se valió de la mano de aquéllos para consumir el delito; el tercero o la víctima son sujetos activos *secundarios*, esto es, irresponsables del maleficio, y aún acontece que la víctima reúne en sí las tres condiciones de sujeto activo secundario, sujeto pasivo y paciente en el delito, sin que esto repugne, como tampoco repugna que la víctima reúna en sí hasta la condición del sujeto activo primario, como sucede en todos los delitos consumados sobre sí mismo. Luego, si ontológicamente aquel acto es necesario para completar la *subjetividad* esencial al delito, éste no se considera *subjetivamente perfecto* mientras dicho acto no se realizó. Y si aquel acto (aunque materialmente de otro) es jurídicamente de la responsabilidad del culpable una vez realizado, indispensable parece que esa responsabilidad sea menor cuando (aun contra su querer) no se realizó. Este acto que se calcula en los momentos constituyentes del reato si éste tiene lugar, debe también descontarse en el caso de no suceder. Lo exige una razón de justicia, no un motivo de benignidad.

§ 143. Este es, a mi modo de ver, el punto oscuro y ambiguo de la presente teoría, y de esta ambigüedad nacen las divergencias sobre la imputabilidad. De hecho los que confunden el conato *remoto* con los actos *preparatorios* pueden sostener perfectamente la no *imputabilidad*, pero destruyen, como dejo advertido, una distinción prácticamente utilísima para la equitativa distribución de las penas. Los otros, por el contrario, manteniendo la diferencia entre conato *remoto* y actos *preparatorios*, le atribuirán cierto grado de imputabilidad. De este modo en nuestra ciencia las fórmulas y distinciones de escuela traen resultados de suma gravedad en la tribuna legislativa y en el foro. Pero la distinción, sobre que ontológicamente es verdadera, jurídicamente es necesaria. Y si la fórmula de la *univocación* es guía segura para distinguir los actos *preparatorios* del conato *remoto*, la fórmula de la *presencia* del *sujeto pasivo* en el acto en que cesó la tentativa puede ser criterio útil para diferenciar la tentativa *próxima* de la *remota*, según fuese sujeto pasivo del conato o de la *consumación*, bien entendido, que tal *presencia* se considere en el sentido de intervención material en la ejecución del reato; esto es, que sea real la condición de sujeto pasivo.

§ 144. La última indagación relativa a distinguir la *tentativa* del *delito frustrado* me parece facilísima, teniendo en cuenta la importancia de estas dos ideas correlativas, a saber: que el delito *frustrado*

se produce solamente: 1.º Cuando se han ejecutado *todos los actos necesarios* para procurar el *hecho* criminoso. 2.º Si éste no se realiza por un *accidente* de todo punto extraño al *modo de obrar* del culpable. La noción más exacta del delito frustrado se contiene en el C. t., art. 46, pero bien comprendido.

§ 145. El criterio del *delito frustrado* no se debe inferir mezquinamente de la ejecución del *último* acto *consumativo*, y por motivo de éste considerar siempre interrumpida la *tentativa* y causado el delito frustrado, aunque hubiese deficiencia en los actos precedentes por falta de idoneidad, por insuficientes o por no realizados. Bien se abandone uno de los primeros actos, bien uno de los extremos; exista la falta de idoneidad en los primeros o radique en el último, esto basta para que los *actos necesarios del delito* no se hayan *realizado totalmente*. Así NICOLINI negó los caracteres de *delito frustrado* a la presentación de un veneno mineral por extremo activo para causar la muerte, pero que no se había disuelto en el líquido porque el culpable no lo trituró antes de mezclarlo, y el T. de C. de Nápoles aceptó sus conclusiones. El acto de consumación se había realizado, pero faltaba uno de los *precedentes*; la *trituration* única que podía convertir la sustancia venenosa en soluble e incorporable en el líquido, y por lo tanto capaz para la deglución. El delincuente no había realizado *toda* la serie de actos indispensables para alcanzar el fin criminoso; el veneno no era *subjetiva-*

mente perfecto, y el suceso no se realizó, no ya por la intervención de un *accidente*, sino por la deficiencia de uno de los actos de ejecución. La *imperfección* del delito era consecuencia del *modo de obrar* del reo.

§ 146. Es, pues, erróneo suponer, que no se puede hablar ya de tentativa una vez realizado el acto *consumativo*. Mantengámonos siempre en los términos propios, cuando *deficiente* es uno de los actos, sea cualquiera el punto de la serie que debiera ocupar dicho acto inadvertidamente omitido, o equivocadamente ejecutado.

§ 147. La diversidad en todo caso será esta: si la deficiencia radica en el *último* acto tan sólo, se produce de ordinario la noción de la *tentativa* punible; si radica en los actos *precedentes*, la imputabilidad de la tentativa podrá o no subsistir, según que en el momento determinante de la deficiencia misma (acto omitido o acto no idóneo), se había o no recorrido una serie de actos suficientes a constituir un conato políticamente imputable. Si la *falta de idoneidad* se determina en los primeros, por ejemplo: el culpable sale de casa con la escopeta cargada de pólvora únicamente, esta omisión informará toda la serie de sus operaciones sucesivas, y como todas están *libres de peligro*, no habrá tentativa punible. Pero si la falta de idoneidad sobreviene cuando ya había un conato imputable, sólo hace ineficaces todos los actos posteriores, los cuales se consideran

como no sucedidos, porque para la ley es lo mismo *no hacer un acto*, que *ejecutarlo no idóneo*. Los actos precedentes, sin embargo, quedan intactos. Esto en cuanto a la tentativa: respecto al delito *frustrado* siempre cesa, si hay deficiencia en un *acto cualquiera* pertinente en cualquier estado de la operación.

§ 148. Esta regla se refiere a un principio *ontológico* y a un principio *jurídico*, que recíprocamente se sostienen. El principio ontológico es este: para considerar incompleto un acto basta la deficiencia de uno de los elementos necesarios que lo componen, sea cualquiera el lugar en que haya de colocarse. Un rosario es incompleto cuando le falta una cuenta, lo mismo el tercer Padre nuestro, que la última Ave María. El delito frustrado se constituye con la realización de *todos los actos* ejecutivos necesarios para llegar al hecho, pero ineficaces en virtud de un accidente: por esto se llama *frustrado*. Luego éste no existe si falta uno de aquellos actos, es un delito frustrado *imperfecto*, que por este mismo hecho se convierte en simple *tentativa*.

§ 149. El principio *jurídico* es el siguiente. A un justiciable se le imputan las consecuencias del hecho propio, aunque no las haya previsto o querido, por la regla de índole política de que quien quiere los medios (en términos adecuados), es responsable de las consecuencias. Deber correlativo, en la justicia es tomar en cuenta aquellos resultados menos graves del *modo de obrar*, aunque el agente no los

hubiese previsto, ni querido. De otra parte; la sociedad castiga las malas acciones en razón del *acto externo*, y la gravedad de éste obra sobre el criterio del daño en el *delito consumado*, o del peligro que se presenta en la *tentativa*. Cuando el acto externo lleva *en sí mismo* la causa de ser frustráneo, evidentemente el *peligro* disminuye. Y aun cuando deba apreciarse la mala intención, preciso es convenir también, en que el malvado, inexperto o incauto, muestra menos propósitos de delinquir y excita menos alarma en los ciudadanos.

§ 150. Bajo cualquier aspecto, por lo tanto, es indispensable admitir en teoría lo prevenido claramente, a mi juicio por nuestro C. de 1853, a saber: el *delito frustrado* no existe *aunque se haya realizado el acto consumativo*, cuando el obstáculo para el hecho procede de causas congénitas con el *modo de obrar* escogido por el justiciable.

§ 151. Este punto de doctrina no es dudoso si las *causas impeditivas* provienen de las condiciones materiales de los medios empleados, esto es, del *sujeto activo* del conato o del consumado. Si, por ejemplo, se dispara un arma de fuego¹ con carga

¹ Refiriendo al *sujeto activo* los instrumentos empleados por el hombre para realizar el delito y al *sujeto pasivo* las cosas o personas sobre que obra, la distinción entre el sujeto de la *tentativa* y sujeto de la *consumación* aparece clarísima en el *sujeto activo* como en el *pasivo*. Un ejemplo explica con precisión nuestra nomenclatura, que si no coincide con el

insuficiente, y a causa de esta *insuficiencia* no se produce homicidio, sería irracional insistir sobre la existencia del *homicidio frustrado*. La distinción entre la no idoneidad relativa y absoluta, que puede ser justa en la simple tentativa, no es admisible en el *delito frustrado*. En la tentativa son siempre inciertas las condiciones concurrentes a la consumación: de aquí deriva el *peligro*. El arma con escasa carga pudo dispararse a corta distancia y matar; su potencia es toda ella de previsión conjetural, no demostrada por un resultado de hecho: podía ser, pero no podía ser. Mas, ejecutado el acto de consumación, tene-

lenguaje filosófico, presenta, sin embargo, fórmulas muy oportunas para definir las diversas reglas aplicables a las varias e infinitamente variables especies del conato. Ticio ha pensado matar a su enemigo durante el sueño; con este objeto se prové; 1.º de una llave falsa a fin de introducirse en su habitación; 2.º de un puñal para herirlo. Aquí el sujeto *activo* secundario de la tentativa es la llave falsa; el sujeto pasivo la puerta que ha de abrirse con aquélla; hasta este punto se viene actuando sobre los *medios*. Al *sujeto activo* de la consumación se refiere a las veces el puñal que mataría; el *pasivo* es el hombre a quien se pretende matar. Lo ejecutado aquí recae sobre el fin. Si el hecho no se realiza porque la llave no era adaptable a la puerta, el obstáculo reside en el *sujeto activo de la tentativa*; si es a causa de la falta de solidez en el arma, el obstáculo se dá en el *sujeto activo* de la *consumación*; si la puerta tenía una segunda cerradura o el hombre una cota de malla, el ostáculo aparece en el *sujeto pasivo* de la tentativa en el primer caso, y en el *sujeto pasivo* de la *consumación* en el segundo.

mos el resultado *positivo* de hecho: estamos ciertos de las condiciones *materiales* en que el agente quería emplear el arma, y lo estamos igualmente de que con estas condiciones de hecho, el arma era *impotente*. Habrá una *tentativa* en ambos casos, no *delito frustrado*, porque el acto consumativo hace eficaces los caracteres de impotencia del arma, así como demuestra la eficacia de sus condiciones eventuales de potencia. El enemigo se detiene a cincuenta pasos de distancia al disparar aquella arma, que a los diez habría producido la muerte; todo peligro cesó en el momento mismo del disparo, y por virtud propia de este último acto, aun antes de que el proyectil caído a gran distancia de la víctima le mostrase que nada debía temer. Pero si el reo se aproxima más a la víctima, la explosión hubiera sido mortal; luego en los medios no había impotencia absoluta: el reo dispara sin aproximarse, y he aquí la impotencia *relativa*. Y porque el ataque no fué mortal por causa del *modo de obrar* del reo, no resulta *delito frustrado*, puesto que no se hizo de su parte *cuanto era necesario* para producir el efecto: sostener lo contrario sería un verdadero contrasentido. El último acto (explosión a larga distancia), fué la causa por cuya virtud cesó el peligro: es absurdo, que una imputación, cuya razón y medida residen en el peligro, se aumente en un grado por causa del mismo acto a consecuencia del cual cesó aquél. Por esto sostenía yo, que no había lugar a distinguir ni a dudar.

§ 152. Pero cuando el obstáculo al hecho nace de las condiciones del *sujeto pasivo*, podrá dudarse si es aplicable o no la misma regla, pues tales condiciones no son obra del atentante. El las halló en la cosa o en la persona sobre la cual, atentando o consumando, dirigió sus actos físicos.

§ 153. En tal caso, forzoso es distinguir: el obstáculo, que procede del *sujeto pasivo*, excluye el *delito frustrado* cuando fué conocido antes por el agente, si bien lo imaginase vencido; no lo excluye, si no fué conocido ni previsto por aquél.

§ 154. Si el agente no conoce ni prevé el obstáculo impediendo del hecho querido, derivado del *sujeto pasivo*, ese obstáculo representa lo *fortuito* que salvó a la víctima, y no se liga al *modo de obrar* del criminal.

§ 155. Pero si conocía la existencia del obstáculo y lo quiso afrontar pensando dominarlo, cuando por su *naturaleza ordinaria* debía impedir el acto, como de hecho lo impidió, la causa del *fracaso* se liga con el *modo de obrar* del delincuente, es decir, con aquellas condiciones que él ha querido dar a su operación. La muerte no ha ocurrido, porque el delincuente, en lugar de remover el obstáculo o de usar medios más eficaces, imaginó vencerlo con medios *impotentes* según la ley natural.

§ 156. Ticio dispara un arma cargada con proyectiles pequeños a tal distancia, que no podían producir la muerte; esta causa de *no realización*, es

inherente al *sujeto activo* del delito. El *delito frustrado* no existe lo mismo en el caso de saber el reo que en el arma había proyectiles menudos, como si no lo sabía, creyéndola, por el contrario, cargada con bala. La causa del fracaso será siempre inherente a los *medios* usados por el reo, y sirve para excluir el título de delito frustrado.

§ 157. El arma, por el contrario, estaba cargada con proyectil grueso, pero el enemigo se hallaba detrás de una pared, que aquel plomo, por ley natural, no podía perforar. Este obstáculo es inherente al *sujeto pasivo*, e importa, como antes dije, distinguir: si el agente no vió ni conocía el obstáculo (por ejemplo, una puerta, adelantada por el viento en el acto mismo de disparar el criminal la escopeta, o un objeto duro que la víctima tenía y detuvo el proyectil, o un movimiento instantáneo del atacado evitó el daño), el *delito frustrado* existe, porque en el modo de obrar el reo, se daba la posibilidad de matar, y el obstáculo desconocido representa lo *fortuito*, que salvó a la víctima de la muerte.

§ 158. Mas, si por el contrario, el agente *observó* este obstáculo (por ejemplo, la puerta cerrada detrás de la cual se hallaba la víctima, puerta que el reo pensó taladrar con la bala, cuando por ley ordinaria no tenía fuerza para ello) no hay *delito frustrado*, porque dimanando el fracaso de una causa cuya existencia conocía el agente, semejante obstáculo no presenta el carácter de *fortuito* o de *im-*

previsto. El reo quiso tirar contra el hombre colocado detrás de la puerta; quiso ejecutar *una acción*, cuyas condiciones, de él conocidas, hacían imposible la muerte; luego residiendo la causa del insuceso en dichas condiciones, que el agente *voluntariamente* aceptó, no puede decirse *independientes* de él, porque en fin de cuentas descansan sobre un error de sus cálculos. El no ha hecho *cuanto era necesario* a la realización del delito querido: para hacerlo todo, era preciso esperar la salida de la víctima fuera del muro.

§ 159. Volvamos a la idea del *peligro*. En el último acto del disparo de un arma de fuego con carga insuficiente (en lo cual se pretende hallar el delito frustrado, porque representa la consumación subjetiva del mal) la sociedad no puede ver *peligro* de homicidio; se conociese o no por el agente la insuficiencia de la carga y su impotencia con tales condiciones, siempre queda excluída la idea de *delito frustrado*.

§ 160. Tal es la *esencia del hecho* del delito frustrado, que debe ser siempre distinta del *elemento intencional*. Aquélla ha de existir *de por sí*; ha de tener sus propias condiciones ontológicas, completas en sí mismas según la ley de su naturaleza, y no según las visiones o las previsiones del agente. Si un hombre imaginó que la escopeta cargada con sólo pólvora diese la muerte, o que una bala de carabina perforase una pared de fábrica, y disparó la primera

contra el enemigo en campo abierto, o la segunda contra la pared tras de la cual se amparaba el contrario, el delito resulta completo en su *elemento moral*; el delincuente ha ejecutado todos los actos que se *proponía hacer*, según su idea, para matar, pero no ha hecho todo lo *necesario* a fin de efectuar su propósito. Según el elemento moral habría *delito frustrado*, pero no según el *elemento material*... Y así como aquél sin éste no es suficiente a dar consistencia al título de delito frustrado, de la propia suerte el hecho de aquél, o no será nada o a lo sumo será simple tentativa.

§ 161. En este orden de ideas encuentro diferencia entre lo llamado por las escuelas antiguas, ora conato *prætergresso*, ya conato perfecto, y lo que las modernas califican de *delito frustrado*. Aquel se da en la realización no interrumpida de los actos pensados por el reo; éste requiere la de los actos exigidos naturalmente por la *naturaleza del hecho*.

§ 162. Igualmente del acto de disparar el hombre un arma bien cargada contra otro parapetado detrás del muro, infranqueable por la bala, la sociedad no deriva *peligro*, luego tampoco se puede aceptar el título de *homicidio frustrado*. En ambos tal vez, el peligro se haya producido en los *actos precedentes*, que representaban la *tentativa*, pero como en el último ese peligro no existe, hace cesar el de los precedentes.

§ 163. Por el contrario, respecto al hombre que

dispara un arma bien cargada contra otro a quien ve al descubierto, y en condiciones probables de quedar muerto, la sociedad, con perfecta razón, ve el *peligro* del homicidio; porque no siempre el soplo piadoso del viento cerrará la puerta en el instante en que el malvado dispara, ni siempre la víctima hará el repentino movimiento que sacó a su cuerpo de la dirección de la bala. Aquí está la concomitancia del peligro; aun en el último acto existe lo *fortuito* del mal; si se reitera el hecho en las mismas condiciones, es temerario esperar la reproducción. Luego hay título de delito frustrado.

§ 164. Este punto de la doctrina se resume en una fórmula sencillísima; para la existencia del *delito frustrado* no basta que el agente haya hecho *todo cuanto quería* hacer a fin de consumir el delito; es indispensable ejecutar *todo lo necesario* a fin de llevarlo a cabo.

§ 165. Véase cómo desde el principio hasta el término de la teoría de la tentativa, la idea del *peligro*, considerado como elemento constituyente de la fuerza física del conato, sirve de base y es segura guía de criterio para resolver bien cualquier caso. Además, la fuerza lógica de su aplicación se comprende claramente. Cuando el *modo de obrar* adoptado por el reo, debía, por ley *ordinaria* de su naturaleza, producir el efecto deseado, a no ocurrir el obstáculo *fortuito* que frustró aquel modo de obrar, el *peligro* ha existido desde el primer acto de ejecu-

ción hasta el último representativo de la consumación del reato. El delito es *frustrado*. Pero cuando el obstáculo procede de uno de los actos de ejecución, porque según la ley ordinaria de su naturaleza, no tiene el poder que el culpable suponía, el *peligro* ha dejado de existir después de aquel acto frustratorio. Luego si el *peligro* (elemento que aquí hace las veces del suceso no acaecido para dar base a la imputabilidad) no fué concomitante con *toda* la serie de los actos de ejecución, el delito frustrado desaparece; porque le queda sólo el elemento de la mala voluntad, constitutivo de su índole moral, sin la correspondiente *cualidad* de peligrosos de toda la serie de actos externos, constitutivos de la índole política. Falta la fuerza física *objetiva* del delito *perfecto* (representada por el daño), donde no hay *resultado perjudicial*. Falta la fuerza física *objetiva* del delito frustrado (representada por el *peligro* corrido ¹), si el acto consumativo no originó por su naturaleza riesgo. Queda una *tentativa* imputable, hasta el punto en que los actos cuya posibilidad de

¹ La importante distinción entre *peligro conocido* y *peligro corrido* se admite, aunque bajo distinta fórmula, en JONGE. *De delictis*, vol 2, pág. 266. He aquí sus palabras: *nemo propter periculum infuturum puniri potest, sed tantum propter periculum ortum ex ejus facto, quod vel civibus, vel eorum rebus, vel reipublice imminet; dummodo noxii voluntati tribuendum sit*. La distinción, fundamento sobre la cual gira toda nuestra teoría del conato, es radicalmente la misma, bien se diga *peligro conocido* o *futuro*, *peligro nacido* o *corrido*.

dañar el derecho atacado, muestren un peligro real.

§ 166. En último término, no puedo abandonar este argumento sin volver, a propósito especialmente del delito frustrado, sobre la cuestión de la parificación de la imputabilidad, puesto que todavía hay quien persevera en sostener, que admitida una diferencia de imputabilidad entre delito perfecto y tentativa, débese mantener entre aquél y el delito frustrado la más perfecta igualdad. BERNARD, procurador general en Château-Thierry, publica en *Revista Crítica* una serie de artículos comentando el C. p. s. de 1859. Este trabajo, de reconocida importancia en la ciencia, es de sumo interés para nosotros los italianos, porque la eminencia de un C. p., que unifique la condición de los súbditos del nuevo reino ante la justicia punitiva, reclama de la especulación los principios fundamentales de esta parte de la doctrina penal para llevarlos a su práctica aplicación.

§ 167. Muchas de las observaciones del ilustre magistrado, ora en elogio, ora censurando el C. s., merecen completa aprobación. No siempre, sin embargo, estamos de acuerdo con su pensamiento, ni creemos tampoco que sus argumentos puedan eludir racionales objeciones. En la importante materia de la tentativa y del delito frustrado nos adherimos, por ejemplo, a la crítica del jurisconsulto francés dirigida contra el art. 99 del C. s., porque su última disposición hace responsable al mandante de tentativa, aunque el mandatario, por obstácu-

los o por desistimiento, no haya comenzado ningún acto de ejecución. La regla de que el mandato en sí mismo no constituye tentativa, aunque pueda ser considerado como delito *sui generis* cuando la infracción a que se dirige presente cierta gravedad política merecedora de represión, era tan universalmente reconocida por todas las escuelas de derecho penal, que la desviación de ella en el art. 99 del Código antedicho (desviación derogada en algunas provincias de Italia), excitó general sorpresa y produjo el temor de verla reproducida en el nuevo Código penal italiano.

§ 168. Mas no podemos convenir con BERNARD en otra censura enderezada contra el art. 97, lastimándose de que el C. s. no haya mantenido en la penalidad del delito frustrado la absoluta parificación con el consumado. BERNARD se adhiere aquí a la doctrina de CHAVEAU y HÉLIE; se adhiere a la rígida sanción que aún prevalece en el C. f., a pesar de los progresos realizados por la ciencia en aquel docto país. Observa que la opinión contraria sobre la disparidad de pena para ambos casos procede de la escuela germánica, y reproduciendo con las palabras de CHAVEAU el argumento usado por el orador del Gobierno francés al mantener la parificación en la exposición de motivos del C. ante el Cuerpo legislativo, considera arbitraria e injusta toda disminución de pena en el delito frustrado, porque en este caso se hace figurar el accidente que impidió

el hecho como una circunstancia atenuante, lo cual es un absurdo. Y partiendo de esta idea, cree posible afirmar que la regla de la disminución de la pena no encuentra apoyo fuera del *principio utilitario*.

§ 169. Por nuestra parte, sostenemos como verdadera e inluctable, según principios de justicia, la regla combatida por el insigne jurisconsulto francés, y firmes en esta convicción transmitida por nuestros maestros, creemos que el razonamiento de BERNARD es inexacto en su parte histórica, vicioso por el argumento sobre que se apoya, e infundado en cuanto al motivo atribuido a nuestra opinión.

§ 170. Es inexacto históricamente, porque no es cierto, que la doctrina de la disparidad en la pena proceda de la escuela germánica¹. Al publicar CAR-

1. Verdad es, que la Némesis Carolina, que juntamente con varios estatutos penales (de Hesse, Bamberg, Brandeburgo, etc.), sucedió a principios del siglo XVI a las tradiciones romanas, que, entremezcladas con las de las leyes bárbaras, regían la materia penal, produjo entre los sabios de Germania cierta veleidad de dulzura. Y como la Carolina en el artículo 178 abandonó al *arbitrio* judicial la pena del conato, nació la idea de que la tentativa (aunque próxima y encaminada a crímenes atroces) debía imputarse menos, cuando, por el contrario, en Francia dominaba aún el severo principio de la parificación. Pero no puede sostenerse que la vieja escuela germánica aceptase la *no parificación* como principio absoluto científico. Había, por el contrario, Jefes de escuela como BOEHMER, que enseñaban todo lo opuesto; tan sólo el ar-

MIGNANI en 1808 sus nunca bastante alabadas *Instituciones de Derecho criminal*, proclamó dicha regla con solemnes palabras: *Conatus quantumvis praetergressus, qualiscumque titulus criminis sit ad quod intendit, perinde ac perfectum crimen imputari minime potest.*, y en la nota que puso a esta página, refutó extensamente a ROMAGNOSI, el cual en su *Génesis del Derecho criminal*, publicada en 1791, había enseñado, que el delito frustrado debía considerarse perfecto en cuanto a la imputabilidad, aunque admitía alguna disminución en la pena. La doctrina de la disparidad no es, pues, invención de la escuela germánica, sino que más bien es un precepto proclamado anteriormente por la escuela italiana a partir de GANDINO y de CLARO. No es esta la vez primera que hallamos, en algunos escritores franceses, indicado como precepto de la escuela

título 178 inducía en la práctica a cierta benignidad, pero ésta en Bélgica recorría diversa escala, según los *diferentes títulos de delito*. Contra los *asesinos (bravios quastaurios)* comprados, se limitó a cambiar la muerte de *rueda* por la de *horca* (VAN LEUWEN, *Censura foren.*, lib., 5.º, cap. 13, n. 3.—DAMHOUDER, *Praxis criminalis*, cap. 74, v. 3), lo cual revela más bien una disminución de *pena* que una minoración en la *imputabilidad*. En los otros homicidios prevaleció por costumbre la atenuación de la imputabilidad; VOET, *In Pand.* 48, 8, 4.—PEREZ, *In C. tit. de Sicariis*, v. 5.—GUEDELIN, *De jure novissimo*, 5, 17.—SANDE, 5, 9, *def. II*. Esto muestra, que la cuestión se resolvía desde el punto de vista de la humanidad y de la conveniencia, no bajo el aspecto de la justicia.