**Tésis 21 9/9-R**

# "La Tentativa"
# (Exposición de la teoría clásica)

**Vicente Borro**

Montevideo,

09578

INVENTARIO
1964

J. 1.10

# La tentativa

(Exposicion de la teoria clasica)

# La Coulée

(Explosion de la Terre douce.)

# Introduccion

Cada delito supone una accion externa. Las acciones externas se componen de diversos momentos físicos, como á las internas de diversos momentos morales.

Estos momentos físicos pueden ser incompletos, subjetiva y objetivamente, por el hecho de no haber tenido su curso y como consecuencia no haber conseguido el agente el fin deseado. Pueden tambien ser completos subjetivamente pero incompletos objetivamente, porque á pesar de haber agotado todos los momentos físicos de la accion, el derecho que el agente pretendia atacar no ha sido violado!

En tales casos el delito presenta una degradacion en su fuerza física; ó no es perfecta la accion, ó siendo esta perfecta no lo es la ofensa á la ley. En ambos casos tenemos la figura de delito imperfecto.

---

El delito se llama perfecto cuando ha consumado la violacion de derecho tutelado por la ley penal é imperfecto cuando esa violacion no ha sobrevenido, si bien el culpable con voluntad directa á ese fin ha dado comienzo á los actos externos hábiles para violarla.

Un delito puede ser imperfecto ya por

haber quedado imperfecta la acción, como en el caso de resultar interrumpido ó insuficiente el curso de los momentos físicos, ó ya porque si bien era perfecta la accion que era necesario para llegar á lo deseado, y siendo los medios suficientes para conseguir el fin, no se ha obtenido el efecto que entendia el agente, á causa de un imprevisto impedimento.

En el primer caso tendremos el corrato y en el segundo puede tenerse en ciertas circunstancias el delito frustado

---

Los escritores antiguos tenian del delito imperfecto una idea mas lata. Decian que el delito podia ser imperfecto tanto ratione proaeresis, cuanto ratione executionis. Imperfecto en el elemento intencional llamaban al delito del menor, del ebrio y tambien el culpable. Hoy solo se especializa la imperfeccion del delito en la consideracion de su materialidad.

Mirado el delito como un ente jurídico quiza fuese mas exacta la locucion antigua, pues es bien natural que á la intencion imperfecta corresponda un reato imperfecto. Restringida la formula reata imperfecta á dilucidar la imperfeccion en la fuerza física, debe notarse que tal imperfeccion resulta del defecto en el momento consumativo; ya sea que esto

falte en su subjetividad por el hecho de no haber sido ejecutado, ó ejecutado de un modo insuficiente; ó sea que esto falte solamente en su objetividad, como en el caso de haber ejecutado de un modo suficiente el acto consumativo, un fortuito haya impedido el evento deseado.

Cuando hay deficiencia en algunos de los momentos físicos esenciales del delito y el evento querido se obtiene, no es ya para los modernos imperfecto, pero sí, pierde el nombre ó cambia de título volviéndose perfecto. Así por ej. en un homicidio con premeditacion, si la defensa demuestra que hubo deficiencia en los momentos que constituyen la premeditacion, el delito cambiará de nombre y será homicidio simple.

Por lo tanto; el defecto en los momentos físicos precedentes al acto consumativo, hace imperfecto el delito, unicamente cuando el evento no ha sobrevenido por causa de aquel momento precedente, cuando ha impedido el acto consumativo ó lo ha dejado ineficaz para producir aquella ofensa jurídica que constituye la especial esencia del delito querido.

UNIVERSIDAD DE NUEVO LEON
BIBLIOTECA
FACULTAD DE DERECHO

# La Tentativa

## Capitulo primero

### I

La razon para punir el delito descansa sobre las dos condiciones que lo constituyen: existir un hecho que lesione la seguridad, y que resulte de un acto voluntario del Hombre.

El concurso de la segunda condicion haciendo emerger de la primera ademas del daño inmediato el daño mediato ó reflejo, hace que este último daño se castigue, para restablecer en la sociedad la opinion de la propia seguridad.

Pero, si despues de existir una malvada voluntad determinada á la violacion de la ley; y despues que por impulso de la misma, la mano del hombre ejecuta los actos externos, que por su naturaleza ó destino van directamente á tal violacion se interrumpe el curso de esos actos; ó si llegando al extremo no se consigue el efecto deseado de violar la ley con los actos ejecutados, cuando esto aconteco, no puede decirse que hay un delito perfecto, porque la lesion de la seguridad no se verificó y el derecho que se amenazaba no ha sido ofendido; en este caso no se tiene mas que un atentado.

UNIVERSIDAD DE MONTEVIDEO
BIBLIOTECA
FACULTAD DE DERECHO

## II

¿La ley, debe punir la tentativa?

La ausencia del daño inmediato y por tanto la cesacion de efectiva violacion de derecho, podria tal vez hacer dudar que cesaran tambien las razones que existen para punir la tentativa, pues si el fundamento de la política imputabilidad de ciertos actos, consiste en el daño material ocasionado por ellos, no hay duda que este daño no existe en el conato y por lo tanto parece que debiera cesar la imputacion; pero no es así.

La razon del daño inmediato que cesa en la tentativa, está sustituido por el peligro; este ejerce las funciones de daño, y la accion es considerada delito, aunque falte la fuerza física objetiva y tabez quede incompleta la fuerza física subjetiva.

Esta idea es la base de toda la doctrina sobre tentativa. Aunque no tenga que deplorarse un evento dañoso, el ánimo de los ciudadanos ha sido sacudido ante una voluntad malvada, que ya habia dado comienzo á la ejecucion de actos encaminados hacia aquel triste evento, y además un mero accidente que no puede calcularse su repeticion ha salvado la víctima del mal amenazado y á la sociedad del luto y del temor de un delito consumado. La tentativa pues con poner en peligro la seguridad, ha producido

igualmente un daño político. A este daño político corresponde el remedio político de la pena, pues nada le faltó para consumar el delito sí no ser los favores de la fortuna.

Hay que tener en cuenta que aquí se habla de peligro ya corrido y no de peligro meramente futuro. Si se aceptase esta idea, se llegaría á punir la ruda intención delictuosa y se llegaría hasta las malas inclinaciones. Luego, cuando se habla de peligro se entiende, que verdaderamente ha existido como hecho; no un peligro de mera previsión.

---

Desde luego, podemos sacar el siguiente principio: que el peligro corrido por la sociedad á causa de una tentativa es suficiente razon para poderla imputar políticamente.

Este principio nos lleva á la necesidad de estudiar los caracteres constitutivos de la tentativa, para conocer llegado el caso cuando existe ó no ésta, en el sentido jurídico.

UNIVERSIDAD DE NUEVO LEON
BIBLIOTECA
FACULTAD DE DERECHO

# Capítulo segundo

## Elementos que constituyen la tentativa.

### I

Para conocer cuando existe tentativa es necesario buscar sus elementos constitutivos.

En el delito perfecto la fuerza moral deriva de la intencion y la fuerza física del acto externo dañoso.

En el delito imperfecto se saca tambien la fuerza moral de la intencion, pero falta el efecto externo dañoso que lo convertiria en delito consumado; y como las funciones del daño están representadas en la tentativa por el peligro, es consecuencia lógica que ese peligro corrido por el derecho, de ser violado, constituya la fuerza física del conato ó sea su elemento material.

---

Intencion y peligro. He aquí los dos elementos que constituyen el conato. El primero representando el elemento moral y el segundo el elemento físico. Estudiemos cada elemento separadamente.

# Capitulo tercero

## Elemento moral

### La intencion

I

La intencion (es decir el propósito que tenia el agente de conseguir con el acto un fin mas criminoso que el ocasionado) es lo que nos lleva á dejar de lado la consideracion de lo sucedido para seguir la consideracion de lo que debia suceder segun el preconcepto del agente.

Por la intencion no solo resultan imputables ciertos actos que materialmente son inocuos, sino que tambien en un delito perfecto cesa el criterio de su imputacion por sus elementos materiales, cuando era dirijido á un delito mas grave, pues en este último caso hay que tener en cuenta que eso no era el fin que se proponia el agente, sino un simple medio.

Así una lesion ó la efraccion de una cerradura (delitos en sí consumados) pueden considerarse como tentativas de homicidio ó de robo, si han sido ejecutados por el agente como medio para conseguir el homicidio ó el robo.

---

Ya hemos dicho que en la tentativa el peligro corrido hace las veces de evento, y que no basta que ese peligro sea de mera prevision, tiene que

5

ser real, haberse corrido.

Ademas de esto el acto debe tener en sí la potencia de conducir al efecto, y el autor del acto debe prever ó querer este efecto. Porque hay que tener en cuenta que cuando se produce el evento (delito perfecto) se puede sacar una presuncion de voluntad, pero de la posibilidad del evento no se puede sacar mas que sospechas de esa voluntad.
De aquí la consecuencia que el elemento moral del conato tiene necesidad de una prueba específica; no basta decir, tal acto tenia potencia para causar este efecto, luego el agente quiso tal efecto.
Por lo tanto: la intencion en el conato debe tener caracteres particulares, que en el delito perfecto no se necesitan.

De aquí las dos proposiciones, que la intencion en la tentativa debe ser directa y perfecta

## II

1º Debe ser directa.- No basta para constituir tentativa la intencion indirecta, y aquí por intencion indirecta se entiende la indirecta negativamente tal; pues la indireccion en los medios cuando ha existido direccion en la voluntad, no altera las condiciones intrínsicas de la intencion, y por lo tanto, siempre habrá dolo.

---

6

09578

En los delitos culpables la sociedad no reclama la pu-
nicion de una voluntad malvada, sino una volun-
tad imprudente que ha omitido calcular el posi-
ble curso de los actos á que daba impulso. Así es
que la sociedad no tiene derecho de reclamar la
punicion de estos actos imprudentes, sino cuando se
tenga que deplorar un evento luctuoso, la viola-
cion de un derecho.

Como ya hemos dicho la razon de punir la ten-
tativa se funda en la intencion de violar la ley
y en el peligro; en el caso que estudiamos (tentativa
de delito culpable) falta el efecto dañoso y el ánimo
de violar la ley; la sociedad no puede creerse ofen-
dida ni en el hecho ni en la intencion, luego no
tiene ningun fundamento para exigir la punicion
de tales actos.

La esencia de la culpa consistiendo en este caso
en una negligente imprevision que fué la causa del
evento dañoso no querido, excluye la direccion del
ánimo hacia un fin perverso y de aquí el absur-
do del conatus delinquendi culposus.

Decir que se ha tentado hacer lo que no se
preveia y no se queria hacer, es un imposible lógi-
co. Tentativa en el delito culpable es pues un con-
trasentido jurídico.-

---

No faltan autores que sostienen la tésis contraria,
así Hepp sosteniendo la tentativa en el delito

7

culpable dice, que no hay delito sin principio de ejecución y que ese principio existe tambien en los delitos culpables; opinando que la confusion nace de llamarle tentativa en lugar de principio de ejecucion.

Agrega que las objeciones de la tésis contraria se basan en la razon de que en cada tentativa existe la actuacion de una intencion y que esta falta en los delitos producidos por imprudencia, pero esto se desvanece dice Hepp, cuando se reflexiona que no hay delito consumado sin que se haya comenzado.

Del lado material es incontestable que no hay delito culpable, sin un principio de ejecucion. Pero la tentativa existe cuando el hecho material tiende á conseguir un maleficio en ejecucion de lo deliberado; por eso la accion se une con la voluntad y con el fin obtenido. El delito culpable al contrario consiste en esto, que el hombre obrando con un fin lícito consigue un evento delictuoso, y por tanto distinto de lo que era su intento.

Expongamos el ejemplo puesto por ellos para demostrar su tesis; A, juega con un fusil que cree descargado y apunta á su amigo B; este mas prudente que el primero previendo que el arma estuviera cargada, desvia el cañon en el momento del disparo y por esta circunstancia A, no dá en blanco. En este ejemplo se ve que el autor del hecho se basaba en el error de creer descargado

el fusil, pues él no queria causar la muerte de su amigo. Luego pues, con este mismo ejemplo traido á colacion para demostrar que hay tentativa en el delito culpable (pues como ellos dicen ha habido principio de ejecucion) se saca la evidente consecuencia de lo contrario, es decir, que falta el principio de ejecucion subjetiva, querer matar.

En el caso en cuestion la culpa esta en que el agente no se cerciora de que el fusil está descargado y si se pena esta accion, es porque toma vida del hecho de no averiguar si el arma está ó no cargada; aquí hay una omision. Luego pues, elevándose este hecho á delito por si mismo no se puede penar el juego con un arma descargada porque se sancionaria la punicion de un delito imposible.

Lo que se pena, lo que constituye verdadero delito es la omision voluntaria de no averiguar el estado del fusil.

---

Otros establecen la proposicion general que la sociedad tiene derecho de prevenir con la amenaza de una pena, no solo los hechos que violan efectivamente el derecho, sino que tambien aquellos que lo ponen en peligro de ser violado: y que cuando la pena es conminada preventivamente por la ley, siempre ajusta su aplicacion.

Luego pasan á demostrar la proposicion

BIBLIOTECA FACULTAD DE DERECHO



particular que ciertos actos cometidos por mera imprudencia y sin mala intencion, ponen en peligro la seguridad ¿A que lógica conclusion nos lleva esta última proposicion? Indudablemente no á aquella que se debe admitir (como dicen los contrarios) una tentativa sin intencion: sino á la legítima de prohibir y reprimir ciertos actos en los cuales existe un inminente peligro de la seguridad individual, aunque no hayan sido cometidos con malvado fin. Luego la punibilidad en genero, de estos hechos, dentro de los verdaderos límites no se discute por nadie. Estos hechos se toman en cuenta como transgresiones de policia y no como verdaderos delitos por falta de procedi culposa. De esta manera se considera en todos los pueblos, la carrera veloz de caballos, los disparos con arma de fuego, etc. en las calles frecuentadas y sin que produzcan daño. De esta manera se soluciona la cuestion, sin necesidad de aplicar á todos estos casos como desean los contrarios, la doctrina de la tentativa culpable.

III

2ª - Debe ser perfecta. - Si la mente humana fuese limitada en la percepcion de las ideas á una cadena de tiempo determinada y lo mismo resultara para poner en movimiento un acto delictuoso, no podria existir tentativa de delito, sino con dolo

premeditado, como ninguna accion humana podria ~~haber~~ ser el resultado de una instantanea delibe
racion. Si asi fuese no sucederia p.j. el caso de un hombre que viendo caer un niño al agua se arroja tras él y lo salva.

De igual manera, obrando delictuosamente, hay delitos con dolo expontaneo para los cuales las operaciones intelectuales del agente se cumplen rá
pidas, ó instantaneamente se ejecutan; asi es que pensar, deliberar y ejecutar se hace en un corto es
pacio de tiempo, p.j. un malhechor pasa por una ca
sa y encuentra la puerta abierta; supone que no hay personas adentro, entra y roba. No hay duda que en este, como en otros casos el dolo es expontaneo y los autores podrian muy bien ser aprehendidos du
rante el principio de la ejecucion y por lo tanto en el momento de la tentativa.

Luego pues, en los actos friamente premedita
dos, en los actos deliberados y en los de resolucion instantanea no excitada por impetu de ciego afecto cesan las razones para excluir la tentati
va, porque la voluntad unida al tiempo para reflexionar, ó á la calma del espiritu para calcu
lar, ha podido ordenar una serie de operaciones hacia un fin determinado y explicitamente previs
to que no se ha obtenido.

Pero cuando al agente le falta el intervalo de tiempo para deliberar y la calma para calcu

dar la consecuencia de los actos que ejecuta, (como en los delitos con dolo de ímpetu y de ciego afecto) niegan la mayor parte de los criminalistas se pueda aplicar la nocion de la tentativa.

---

La opinion que excluye la tentativa en el caso de delito con dolo de ímpetu y de ciego afecto, es sostenida por Carrara, Rossi y otros; la tesis contraria está sostenida por Roberti, Pessina, Hepp, por Oriestano y otros.

Dicen los primeros, que la razon para excluir la tentativa y en el caso de ímpetu y de ciego afecto es mas bien psicológica que jurídica.

Juridicamente se tiene el elemento moral de la tentativa de un delito, puesto que se supone la intencion directa de ejecutarlo. Pero psicologicamente si niega que á un ánimo agitado por vehemente pasion, pueda atribuirsele en la instantanea resolucion, una voluntad definitivamente directa á un fin diverso del que ha obtenido. La pasion impide la lucidez del intelecto. La rapidez de la accion excluye el cálculo. Obramos impulsados por el afecto que nos conmueve, sin reflexionar el resultado que obtendremos. En una palabra, la distincion entre acto tomado como medio y efecto querido como fin, implica un raciocinio que no es compatible con un estado de ánimo poseido por una pasion violenta.

El hombre en este estado de ánimo hiere por herir, no pensando en la muerte de su enemigo y si es

ta idea tiene, no la posee como el único deseo que absolutamente quiere.

Los actos externos de un hombre enfurecido, siendo por lo comun irracionales y fuera de cálculo no pueden tomarse como argumentos en un determinado caso, p. ej. en una lesion, para saber si esta se ha querido como medio ó como fin.

En estos casos el criterio que se funda en los precedentes no tiene razon de ser, por el hecho de haber carencia de ellos. La causa de ofender nace instantanea, no hay ninguna preordenacion de calculos, ninguna preparacion de medios. Haplescargado el arma ha herida, he aquí todo. El elemento intencional por lo tanto resulta del hecho, se construye unicamente sobre los resultados materiales de la accion, de la cual el fin es la incognita que debe buscarse. En una palabra, se confunde el elemento moral con el material y de esa manera se construye la tentativa con uno solo de sus elementos, allí donde deben concurrir los dos simultaneamente.

En la tentativa no puede tomarse por base de su imputacion el evento. Aquella no encuentra su apoyo en este; sus bases parten de la voluntad del agente.

Ademas esta voluntad debe ser directa al fin; y esta no puede encontrarse con seguro criterio en un hombre en que la mente está obscurecida por ciega pasion y obra sin cálculo y sin reflexionar. El

09578

dolo en estos casos es siempre indeterminado.

Desde luego, no hay duda que el hecho que resulta obrando en ese estado será doloso, pero esto no quiere decir que bastará para suplir al efecto que no se consiguió; porque aquella vaga intencion de dañar que manifestaba el hombre enfurecido por la ofen, sa (aunque fluctuara entre la idea de herir ó matar) no puede recibir determinacion, sino por el evento.

Si se admitiera decir, que los actos ejecutados bajo el impulso de violenta cólera, puede aplicarse la disposicion de la Estatua no habrá herida con arma que no pueda aplicársele el título de homicidio tentado.

Los medios apropiados traeran como consecuencia la voluntad de dar muerte. Y se confundiran los dos elementos del corato que deben mantenerse separados, olvidando que cada uno de ellos debe tener existencia propia. Se tomará en cuenta la potencia del medio para conseguir el fin y se olvidará que quien descarga una pistola sobre su enemigo puede querer la muerte ó solo una lesion, y puede tambien desear un daño cualquiera sin querer precisamente mas bien la muerte que la lesion.

El estado de ánimo que mueve al que tiene en una riña es el siguiente: se desea tener una satisfaccion por la injuria que se ha padecido, ó se repele una agresion, y esto se obtiene ocasionando un daño sin buscar la muerte del adversario.

No hay duda agregan, que en alguna rarisi,

una ocasion el hombre poseido de ciego afecto, puede tener la idea determinada de dar muerte á su enemigo, pero eso sucede muy rara vez. Luego pues, es mejor aceptar una regla que llevará á castigar con menor punicion un caso excepcional sobre ciento, que renegar la regla esponiendo á la justicia á castigar con mayor pena los noventa y nueve casos que uno con menor pena.

Dicen por último, que los que razonan con ejemplos caen en este error: si el ejemplo se acerca al caso en que la muerte del adversario era la consecuencia necesaria y constante de las operaciones del agente, es claro que en estos casos hay que hacer cesar las reglas, no por una especial prevision del agente sino por la naturaleza del hecho (cuando este no puede ser medio mas que á un solo fin) que no nos lleva á la distincion entre voluntad directa al medio y voluntad directa al fin. Así en el caso en que un hombre irritado arroja á otro desde una campanaria, el único efecto posible de este acto es la muerte, á no ser un milagro. Luego pues, si la consecuencia del acto no puede ser mas que una, es necesario atribuirle á quien ejecuta ese acto la intencion de obtener ese único fin.

Pero cuando se ha querido generalizar estos ejemplos y aplicar esas consecuencias á los casos de heridas con ciertos instrumentos y á los casos de heridas directas á ciertas partes del cuerpo, cambian sin

15

advertir la posicion del caso; porque de un hecho en que el resultado posible era uno solo, la muerte, se sustituye otro en que el resultado eran dos, es decir, la lesion ó la muerte, mas aun por las observaciones de la experiencia era mas probable aquella que esta.

Todas estas consecuencias nacen dice Carrara, de olvidar que el delito bajo cualquier forma que se presente ya como consumado ó como atentado, deben distinguirse siempre en sí mismos y en las pruebas respectivas los dos elementos que son indispensables para constituir la esencia jurídica del delito; el elemento moral y el elemento físico. Muy amenudo se olvida este precepto fundamental. A veces porque es clara la voluntad de matar, se grita homicidio frustrado, sin advertir que los medios puestos en práctica por el agente no eran apropiados al fin, siendo esta la causa de no haber ocasionado la muerte. Otras veces una lesion que por sus condiciones materiales presentaba cualquiera posibilidad de sobrevenir mortal, se repite el grito de homicidio tentado, sin buscar si el que ocasionó la lesion dirijia sus actos para conseguir la muerte.

Suplir el elemento moral por el elemento material, y el material con el moral he aquí el perpetuo sofisma. Quiere matar, luego hay homicidio frustrado: nada importa que los actos mal medidos

no responden en las condiciones del hecho al atroz destino. Los actos podian con el concurso de diversas condiciones producir la muerte, luego hay homicidio tentado nada importa que en el agente no se encuentre claro el dolo determinado á cometer homicidio.

Se pena solo el hecho sin la correspondiente intencion, ó la sola intencion sin el adecuado hecho externo, he aquí el delito reducido á una sola de sus fuerzas; he aquí los principios mas elementales del derecho punitivo reducidos á nada en su aplicacion.

Luego pues, podemos concluir diciendo, que en los casos de dolo indeterminado y por tanto en los delitos de ira, ímpetu, ciego efecto etc no puede haber tentativa.

---

Los que sostienen la tésis contraria dicen: no hay duda que en estos casos se trata de dolus indeterminatus determinatur ab éxitu.

En el dolus indeterminatus el hombre desea un fin delictuoso dado, pero previendo que de sus actos puede resultar un evento mas grave sin desear este efecto, mas todavia, esperando que no suceda. El fin que se desea no excluye este último resultado, asi es que no deja de quererse si sucede; p. ej. el que descarga golpes contra su enemigo para causarle la muerte, tiene en su favor dolo determinado; el que descarga golpes

con el solo fin de castigar á su enemigo previendo que de esos golpes puede resultar la muerte, aunque no la desea, mas aun esperando que no suceda; en este caso si la muerte sobreviene, se tiene dolo determinado con relacion á las lesiones y dolo indeterminado con relacion al homicidio. Igual cosa sucede en el caso de castigar á una mujer que se sabe está embarazada; uno puede golpearla con el fin de que aborte, y aquí el dolo determinado de aborto; otro la castiga esperando que no aborte, pero el aborto sobreviene, aquí tenemos dolo indeterminado respecto al aborto.

Pero ahora toca preguntar, en todos los casos de ímpetu, ciego afecto etc. siempre se trata de dolus indeterminatus? Veamos:

En una riña, uno de los que riñen obra por ímpetu de ira por provocacion; la accion del agente cae bajo el imperio del dolo determinado ó indeterminado? En el caso del marido que coje infraganti la mujer adúltera; del padre que obra indignado por la deshonra de su hija, los agentes, obran con dolo determinado ó indeterminado? — No hay duda que el que se encuentra en tales condiciones de ánimo, vibrando golpes de puñal, desea desahogar la ira ó el justo dolor produciendo lesiones personales; tambien sabe que de estas lesiones puede resultar la muerte del sujeto pasivo, pero una determinacion precisa hacia una ú otra lesion no puede de antemano asegurar.

El agente obra en estos casos con dolo indeterminado que sobreviene determinado por el evento.

Ahora, quien asegura que el hombre poseido por la cólera, por un justo é intenso dolor, etc. queriendo vengarse, no desea el estrago, la muerte del contrario? Si el motivo de su accion es la venganza, grande é inmensa debe quererla desde que esta es la causa que lo ha movido. Un padre frente al cadáver de su hijo, que toma un arma y la descarga contra el asesino para vengar al extinto, puede muy bien tener intencion de matar al causante. En una riña, puede uno de ellos conociendo la superioridad de sus propias fuerzas, seguro de no ser tocado, no tener intencion de matar el adversario; puede otro en paridad de fuerzas operar con intencion de ofender ó defenderse, y segun la gravedad del ataque puede hasta desear la muerte del adversario para ponerlo fuera de combate; puede por último ser uno de los que riñen un malvado, que con disparidad de fuerzas en su favor quiere la muerte de su enemigo.

De este último ejemplo se sacan tres hipotesis: la primera es la de no tener los que riñen idea de matar y cuando la muerte se produce, el fin sobrepasa la intencion del agente, y es el caso de ultra-intencion. La segunda es aquella que puede existir el dolo indeterminado en el sentido que se quiere para el adversario una lesion grave, previendo que de esta puede sobrevenir la muerte,

pero bien entendido, queriendo siempre una lesion. La tercera es la del dolo determinado queriendo el agente la muerte del adversario.

En los dos primeros casos no puede haber tentativa de homicidio, en el tercero sí.

Pero bien entendido que no se puede como quieren los contrarios, sostener á priori una ó otra tesis, y elevar exclusivamente una ú otra á carácter de verdad sin daño de la justicia.

Pessina dice, que no puede elevarse á principio absoluto el que excluye el concato en los actos instantaneos; pero que debe ejercer su influencia en ciertos confines sirviendo de norma al juez, para que no admita como tentativa de homicidio, cualquiera lesion, que sobrevenga en el calor de una riña.

El mismo profesor Carrara partidario de la doctrina contraria admite el concato en el impetu instantaneo, cuando los actos no pueden conducir mas que á un resultado posible, y pone como ejemplo el caso indicado mas atras, del que arroja á otro desde un campanario. Pero en los otros casos en que existe duda por falta de univocidad, de modo que el acto puede tener un doble efecto, ó lesion ó muerte, se debe retener el delito menor; Semper in dubiis id quod minimum est eligendum.

Luego pues, dejemos que el juez á posteriori, pueda determinar en cada caso, la exclusion ó inclusion de la tentativa en los delitos de impeta,

sin contar ningun principio á priori.

---

El delito preterintencional consistiendo en un suceso que sobrepasa los límites del deseo querido, la misma contradiccion no consiente que se le impute haber tentado un hecho no sucedido y no querido.

La formula de la tentativa en el delito preterintencional es un contrasentido lógico y jurídico.

# Capítulo cuarto

## Elemento físico

### Peligro

I

El peligro en la tentativa hace las veces de daño inmediato. Como no puede existir delito consumado sin daño, así no puede existir tentativa sin peligro.

Pero el peligro puede no calcularse en ciertos actos por dos razones, 1ª por no existir realmente, y entonces falta el corrato por razon de defecto en la fuerza física; 2ª por existir un daño efectivo potencial que excede la consideracion del peligro y entonces no existe el corrato, por razon de exceso en la fuerza física

Defecto en la fuerza física

II

Defecto en la fuerza física. — Para decir que en ciertos actos ha habido peligro y por lo tanto tentativa, es necesario que estos representen un principio de ejecucion. Solo desde el momento en que con algun acto externo se ha emprendido la violacion de un derecho, puede decirse que el estado peligroso para ese derecho, ha empezado.

De esto se sacan dos principios: 1º que para que exista tentativa es necesario un acto externo de ejecucion: 2º que este acto externo debe tener potencia para conseguir el fin delictuoso.

III

1º Acto externo de ejecucion. — Del primer principio se

deduce:

1º que no pueden traducirse en tentativa el mudo pensamiento. Ya se sabe que con el solo pensamiento no se viola la ley. Sin acto externo no puede haber delito, luego sin acto externo no puede haber tentativa.

Ademas el poder social dotado de todas las flaquezas humanas solo presenta un estado de ecuedad completo cuando sin la ayuda de los hechos exteriores entra á sondear las conciencias y escrudiñar el pensamiento.

No se puede sostener el establecimiento de una odiosa inquisicion que con el objeto de evitar infracciones, llegaria á permitir la mas reprobable tiranía.

Alguien objetó que esta regla sufre escepcion en los delitos de imprenta, pero esto no es cierto. En los delitos de imprenta no se pena el pensamiento anárquico, inmoral, anticatólico etc. como un principio de ejecucion de atague al trono, al altar etc. sino como un delito consumado, cuya fuerza objetiva esta en la difusion de ideas subversivas.

---

2º No puede existir tentativa en las amenazas aunque vayan acompañadas de gestos y estos expresen la intencion de cometer un delito; á menos que ellos vayan directamente á empezar la ejecucion de ese delito.

Aquí no solo falta la fuerza física del

corato, porque el acto externo mirado en si mismo no ha emprendido todavia la ejecucion criminosa, sino que tambien falta el elemento moral, porque no se tiene seguridad que el que amenaza tenga verdaderamente intencion de continuar. Si las amenazas (cuyo daño consiste en el temor ocasionado) se penaran como corates, se iria al absurdo de dejarlas impunes cuando constase que no habia intencion de seguir adelante.

La voluntad criminosa, si bien manifestada por via de amenazas no constituye tentativa, solo puede penarse como delito sui generis, como hecho por si mismo

---

3º No pueden considerarse tentativa los acuerdos criminosos. Las ideas aunque comunicadas con palabras entre malhechores, la voluntad llevada al mas deliberado propósito entre varias personas para conseguir un acto criminal, no deja de ser una simple idea, una simple voluntad. La palabra no es un acto externo que empiece la ejecucion de un homicidio, un estupro etc. El acuerdo criminal, el mandato, la instigacion y la sociedad para delinquir, pueden imputarse como delitos por si mismos, pero no como tentativas, porque p. ej. el que manda á otro ejecutar no ha todavia empezado la ejecucion del delito que desea.

## IV

2º El acto externo debe tener potencia para poder alcanzar el fin delictuoso. — Del segundo principio se deduce: 1º que no puede considerarse tentativa los actos preparatorios:

2º que no puede existir tentativa si se ha emprendido el delito con actos inidoneos

## V

1º No pueden considerarse tentativa los actos meramente preparatorios. — Si bien en la intencion del agente pueden estos representar un principio de la operacion criminosa que deliberó, en ellos no puede encontrarse la direccion al delito. Mientras el acto externo no sea de tal naturaleza que puede conducirnos tanto al delito como á una accion lícita, no tendremos mas que un acto preparatorio, el cual no puede imputarse como conato.

La intencion criminal dicen los autores, es incierta en esta primera manifestacion del proceso externo. ¿Como podria saberse ciertamente que las acciones ejecutadas tienen por objeto la realizacion de un ataque al derecho? ¿No serán acciones puramente inocentes? Poseer elementos para matar á un hombre ó forzar un cerrojo ¿son indicios seguros que se trata de ejecutar una accion de esa naturaleza?

Despues el criminal puede arrepentirse, ó puede desistir de su intento por falta de valor personal ó por temor á la fuerza, y es obligado

VI

V

á seguir adelante en la obra comenzada, cerrando la puerta al arrepentimiento, establecer un castigo para los primeros actos externos.
Cuando los actos externos se hallan en los límites de la preparacion, ninguno derecho se ha agredido, ninguno peligro se ha corrido, ninguna ataque ha sufrido la seguridad social.

En el acto preparatorio no hay reato porque como dice Romagnosi, no se puede declarar socialmente dañosa una accion que no es realmente ~~dañosa~~ nociva á tercero.

Por tanto, en los actos preparatorios no se tiene todavia la tentativa punible, luego no pueden ser objeto de la ley penal.

---

Pero cual será el criterio á seguir para ~~buscar~~ distinguir el *acto preparatorio* del *acto ejecutivo*?
Arduo problema es determinar el criterio que debe seguirse para distinguir los actos *preparatorios* de los de *ejecucion* y averiguar donde concluyen aquellos y donde empiezan estos

---

*Teoria francesa*.—Cuando en Francia se adoptó por primera vez en la ley la definicion de que la tentativa punible debe manifestarse con un *principio de ejecucion*, se quiso admitir que la ejecucion sobreviene cuando se obra sobre los elementos materiales que constituyen el delito tomado por el agente. Esto surje evidente si se tiene en cuen-

ita que la tentativa en el código francés estaba equiparada en cuanto á la pena, al delito consumado y por esta razon era que se queria circunscribir la tentativa unicamente sobre los actos de consumacion, por no extender tambien la pena del delito consumado hasta los actos que por su univocidad revelan el pensamiento delictuoso del culpable. Es natural que dado el rigor de esta doctrina aceptada aun hoy por los autores franceses, debian restringirla lo posible y por eso, por acto de ejecucion entienden solo los relativos á la consumacion del delito, es decir cuando se obra sobre los extremos que ~~dan~~ forman la esencia de hecho cuando el delito está consumado.

Los códigos pues, que han adoptado esta vieja fórmula (si bien no han aceptado la purificacion de la pena de la tentativa con el delito consumado) entienden que por acto ejecutivos deben comprenderse solo los consumativos.

Ahora bien, desde que para esta doctrina, el principio de ejecucion de un delito no es el obrar que no toca á la material ejecucion, sino aquel que continuando el trabajo se consuma el delito, es decir cuando se obra sobre la esencia de hecho de este; y como la consumacion se manifiesta por haber sobrevenido el evento, no hay duda que para estar en el itinrer de la ejecucion debe haberse tocado el principio de esta, de manera que no siendo interrumpida se cumpla dicha ejecucion.

Rossi acepta tambien esta teoria pues al tratar de es" te punto dice: Los preparativos y el principio de ejecucion son cosas diferentes de suyo. — El autor de los prepara" tivos no ha hecho todavia si se para, nada material y directo contra el derecho que se queria atacar; el autor de la tentativa ha empezado ya su ataque. Es" te puede tambien arrepentirse y desistir, pero el autor de los actos puramente preparatorios tiene mucha mas latitud para cambiar de voluntad. El primero fue" de decir "Quiero cesar" el segundo "No quiero empezar." Y mas adelante se expresa asi: Un commencement d'execution de l'acte ou des actes constituant le fait materiel, qui l'auteur avoit en vue.

Une execution commancé qui cependant fuisse encore être suspendue ou interrompiée, méme par la volonté de l'auteur de la tentative.

Chaveau ed Helie son tambien partidarios de la misma doctrina, es decir, que los actos ejecutivos son los de consumacion. Hablando de los actos de ejecucion que constituyen la tentativa punible dicen: Esta nace y se convierte susceptible de pena, cuando ha sido co" metido el primero de los actos, que cumplidos todos, constituirian el hecho criminoso.

Nicolini hablando de la teoria del Cod. Penal del Reino de las dos Sicilias dice: Fuera de los actos que constituyen la pura ejecucion no debe verse la tentativa. Cuando se apunta a alguna persona con un fusil, cuando se tira al adversario por el pecho

y se está con el puñal en alto, etc, en estos casos dice, no hay mas que atentado.

El atentado existe desde el momento en que se ha empezado un acto próximo á la ejecucion de un reato.

Toda accion dice toma vida del pensamiento, pero el pensamiento solo no es imputable. La accion imputable se prepara cuando el hombre se dispone á ejecutar la accion. La ejecucion pues, no empieza cuando se lanza, cuando se empuña el arma, cuando se esta por asestar al enemigo: esto no es mas que un atentado.

Por lo tanto la tentativa se diferencia del atentado: que en este basta el solo comienzo de un acto próximo de ejecucion, mientras que en la tentativa este acto no debe ser solamente preparado sino consumado

---

Teoria de la univocidad. Los que aceptan la univocidad para distinguir los actos preparatorios de los de ejecucion dicen: que el criterio mas seguro y juridico es el que se encuentra en la misma naturaleza del acto. Será ejecutivo solo en el caso que se refiera unívocamente al malefício y al contrario sera preparatorio cuando no presente esa unívoca referencia. El que compra un veneno no empieza la ejecucion sea cualquiera el secreto de su conciencia, pues puede haberlo comprado con intencion de cometer un delito, como puede concluirse que haya sido adquirido sin esa in-

tencion. La ejecucion empieza y por lo tanto la tentativa, cuando el veneno se ha arrojado en el vaso en que debe tomar la victima. Entonces el acto no puede tener otra explicacion que la de cometer un delito; su referencia al delito es manifiesta y unívoca, no puede surjir equívoco. El acto deja de ser preparatorio para convertirse en ejecutivo.

Luego, cuando el acto puesto de manifiesto no puede explicarse de otra manera que por la ejecucion del hecho criminoso que tenia por mira el agente, se dirá, tal acto es unívoco; cuando por el contrario puede tener una esplicacion diversa, ademas de aquella de la ejecucion del delito, dicho acto será equívoco, por lo tanto preparatorio y como consecuencia no imputable.

En pocas palabras, el criterio á seguir es este: el agente ejecuta un acto cualquiera, este acto puede ser esplicado de otra manera que con la ejecucion de un delito? No se vaya mas léjos, no se examine si fué consumado ó solo principiado; es un acto preparatorio, no es imputable. — Ahora, no se puede esplicar de otra manera que con la ejecucion de un delito? No debe de necesitar mas el Juez, no se observe si ha sido empezado ó concluido; el peligro fué comprometido, el daño privado era posible; es un acto ejecutivo, es imputable.

---

Los que no son partidarios de esta última doctrina dicen que la unívocidad no es un signo cierto en absoluto

para distinguir los actos preparatorios de los de ejecucion. En ciertos casos confunden estos con aquellos. La univocidad tiene valor en el caso de que rebelándose, manifiesta la intencion del culpable.

El falsificador que tiene pronto las hormas, las prensas y demas objetos necesarios para la fabricacion de monedas ó billetes, no ha hecho hasta aquí mas que actos preparatorios, faltándole la materia sobre la que ha de trabajar con los instrumentos arriba indicados es decir faltando el papel ó el metal.

No se puede poner en duda que la univocidad de estos actos revelan de una manera clarísima el pensamiento del agente de querer acuñar monedas falsas; no hay duda que estos actos no son equívocos, pero por cierto no ha empezado aun los actos de ejecucion.

Luego pues, la univocidad tiene un valor absoluto, en el sentido de manifestar el elemento intencional del delito, pero no sirve de base para hacer la distincion entre acto preparatorio y ejecutivo.

Los mismos códigos que aceptan la univocidad no la toman en absoluto sino en el sentido de revelar el pensamiento delictuoso, el cual debe recogerse de los mismos actos de ejecucion. Esos códigos quieren que la voluntad de cometer la tentativa sea manifestada por actos de ejecucion, de manera que establecen una prueba privilegiada para el conato, no pudiéndose pasar mas allá de los

actos ejecutados.

De aquí que esos códigos piden para la tentativa dos condiciones; en primer lugar, es necesario que el malhechor haya ejecutado uno de esos actos llamados de ejecucion; en segundo lugar, que este por si mismo debe probar la voluntad del agente es decir hacia donde era dirijida.

En otros términos, el elemento genérico del delito debe ofrecerlo el mismo acto de ejecucion, y la univocitá debe obrar en concurrencia con ese acto ejecutivo.

De aquí que, un acto capaz de revelar la intencion del culpable de violar la ley y por lo tanto unívoco por si mismo, no hace responsable de tentativa al autor de ese acto; lo mismo que no hace responsable de tentativa al autor de un acto ejecutivo que no sea unívoco. Luego pues, ambos elementos deben concurrir para que existá la tentativa punible.

Se ha visto como la univocitá abarca entre los actos ejecutivos los meramente preparatorios (ej. la falsificacion) ahora se verá como deja el equívoco entre los actos de ejecucion.

Cuando un hombre tiene suspendido con *animus necandi* la punta del puñal sobre el pecho del adversario, el hecho por si mismo no revela la voluntad de matar, porque solo puede tener intencion de una amenaza gravísima; he aquí en este caso que con la teoria de la univocitá no se puede

32

decir que existe tentativa de homicidio.

Desde luego, el ladron provisto de sacos y que está rompiendo la puerta revela la univocitá de su accion directa á ejecutar el robo, y por lo tanto esa doctrina estará en lo cierto; pero tambien en el caso del falsificador hay univocitá, y es en estos casos donde se vé precisamente el rigor de esta doctrina.

Tambien no es menos cierto que la teoria que encuentra la tentativa (teoria de los actos de consumacion) recien en el momento en que el ladron echa mano de la cosa objeto del robo y en el homicidio se espera á que se forje la mano criminal sobre la victima, esa teoria digo, lleva á una benignimidad no querida por cierto por la ciencia.

---

En necesario dicen los que no aceptan ninguna de las dos teorias expuestas, buscar una formula, una nueva teoria que disminuya el rigor de la teoria de la inovcitá y la benignimidad de la teoria francesa.

Debiendo la teoria de la tentativa responder al concepto de la ciencia teniendo por norma principios de justicia, urge la necesidad de buscar una formula una definicion juridica mas clara, mas precisa que no dé lugar á sutilezas en su aplicacion.

El profesor Carrara propone la siguiente formula. La accion dolosa resulta punible como tentativa, cuando indicando de por si el sujeto sobre el cual debe comenzarse el acto consumativo, empieza la agre-

sion al derecho que constituye la objetividad del delito.

Esta fórmula fué criticada por el Senador Calata„ biano porque dejaba impune, aquellos hechos realiza„ dos momentos antes de la apertura de la caja donde están guardadas las joyas. No es cierto dice este, ni admi„ sible que antes de este momento mi propiedad ó mi vida no han sido amenazadas con la proximidad del ladron ó del asesino por el hecho de no estar sobre el objeto ó la persona contra la que se dirije el ataque.

La fórmula de Carrara se asemeja mucho á la manifestada por Haus que dice: "La tentativa existe desde el momento en que el agente empieza á ejecu„ tar su proyecto, desde el momento que pone en ope„ racion los medios que ha dispuesto para cumplir„ lo."

---

La cadena que empieza con el pensamiento y ter„ mina con el último acto necesario para consumar el delito se compone de varios grados.

Los principales actos que mas ó menos se en„ cuentran en el curso hasta la consumacion son; pensamiento, deliberacion, actividad imperativa, recojer los instrumentos, transportarse con ellos al lu„ gar del delito, colocacion de las fuerzas operativas, comienzo del trabajo sobre la materia del delito, continuacion del delito, término del mismo con éxito frustrado ó obtenido.

De estos nueve grados, algunos son subjetivos,

otros si bien exteriormente manifestados en ejecucion del elemento intencional, ya sea que lo revelen ó no, no desarrollándose sobre el objeto de la consumacion, son preparatorios; otros finalmente, porque construyen el trabajo con el cual se consigue el maleficio sobre el sujeto pasivo del atentado, son de ejecucion. Ahora segun que estos grados se refieran al elemento intencional, ó la preparacion ó á la ejecucion, se distinguen en tres grupos. En el primer grupo se ligan el pensamiento, la deliberacion, la actividad imperativa, para formar el elemento moral que da vida al delito. En el segundo entran, la preparacion de los instrumentos, transportarse con ellos al lugar del delito y colocacion de las fuerzas operativas. Aunque ~~exteriormente~~ esos actos son todos preparativos, porque los tres son directos á integrar la potencia productiva y formar la primera parte del conato á delinquir. El tercer grupo comprende el principio de las operaciones, la continuacion de las mismas y el término del trabajo; á este último grupo pertenecen todos los actos de ejecucion.

El primer grupo es el alma que da vida al delito, el segundo aunque contiene operaciones físicas que ponen en ejecucion el pensamiento y la deliberacion en obediencia de la actividad imperativa, solo son directas á integrar la fuerza que han de obrar sobre la materia del delito. En el tercer grupo esas potencias productivas

95

se ponen en movimiento para obrar.

Las operaciones para integrar las potencias productivas si bien se manifiestan por actos externos y por lo tanto objetivos, solamente tendiendo á preparar las fuerzas productivas no se pueden reconocer como actos de ejecucion; esta empieza cuando se obra sobre el sujeto pasivo del delito y se manifiesta en forma de tentativa, delito frustrado ó consumado. Por eso es necesario dejar de lado el elemento moral y dividir en dos, el conato como lo hace Mittermaier: uno no punible, en que el agente no ejecuta mas que actos preparatorios; otro punible, que contiene la obra delictuosa, dividido en tentativa y delito frustrado.

Ahora bien ¿Cuando empieza el conato punible? Cuando el agente operando objetivamente, la accion se transforma en verdadera y real lesion del derecho; porque la accion agresiva se desarrolla con el ataque al derecho que se quiere herir ó aniquilar. Cuando el conato con la accion agresiva consigue obrar sobre la objetividad del derecho, empieza un ataque á ese derecho para herirlo ó aniquilarlo; desde este momento el derecho corre peligro no de prevision, sino real y efectivo por la materialidad del ataque. Luego pues, el conato se vuelve punible cuando empieza materialmente el ataque al derecho que se entiende herir ó aniquilar.

Querer el conato punible por otra razon, importa desviarse en la teoria de la tentativa de los principios

fundamentales del derecho penal, porque el contrato debe ser punible como cualquier otro delito por la lesion que al derecho ocasiona.

He aquí el punto de demarcacion y los fundamentos de la division del contrato en no punible y punible, con la subdivision de este último en tentativa y delito frustrado.

Despues de haber hecho esta demarcacion, se puede indicar la fórmula con arreglo á los principios expuestos.

La fórmula mas jurídica y completa es la siguiente:

La tentativa existe desde el momento que el culpable en presencia del lugar donde se encuentran el hombre ó la cosa sobre los que se desea el evento, voluntariamente pone en movimiento los medios idoneos que tiene dispuestos ó prontos para conseguir el delito tenido por mira, y siempre que fueran interrumpidos por circunstancias fortuitas.

Ya hemos dicho mas adelante que los nueve grados, desde que aparece el pensamiento hasta la consumacion se pueden dividir en tres grupos. El primero, el subjetivo interno, es el elemento moral; el segundo abraza todos los actos preparatorios para la integracion de la potencia productiva; el tercero contiene el pasaje de la potencia productiva integrada á la accion delictuosa.

En la superior fórmula se encuentra afirmada la voluntad y delineada la integracion de la potencia productiva, la que resulta bien distinta de la ope-

prativa. De aquí, que no se puedan confundir los actos preparatorios con los ejecutivos.

De esta definicion dicen, surje nitido que no todas las operaciones en el conato violan el derecho, y que este no puede ser ofendido cuando no se posee los medios para alcanzarlo.

Las operaciones directas para munirse de los medios necesarios con los cuales vá á ejecutarse el delito son actos preparatorios y los ejecutivos son aquellos que poniendo en movimiento las potencias integradas, se desenvuelven sobre el sujeto pasivo del reato. Teniendo en cuenta esto, es como se distingue la linea de demarcacion entre acto preparatorio y ejecutivo.

Al definir el acto material de ejecucion se ha hecho notar la distancia que existe entre las operaciones tendentes á integrar las potencias productivas y aquellas para poner en movimiento dichas potencias despues que estan integradas.

Este concepto se aclara aun mas, teniendo en cuenta que todo esto se cumple en presencia del lugar donde se encuentra el hombre ó la cosa sobre los que se desea el evento.

Así es que siguiendo la ciencia racional con la anterior fórmula, distanciandose de la letra de los códigos y de los obstáculos de la <u>univocitá</u> del acto y aceptando la <u>univocitá</u> de los hechos y de las circunstancias que acompañan al delito tentado, se llega á la distincion de los dos momentos en que se desarolla el conato, no

confundiendo la integracion de la potencia productiva con la ejecutiva. Así el ladron munido de escaleras, ganzuas, recipientes etc, no hace hasta aquí mas que recoger los instrumentos, los cuales la contractividad física constituyen las potencias productivas; pero cuando con las mismas se transporta al lugar del delito y allí las pone en movimiento, entonces no hace otra cosa que ejecutar el reato. Por esto cuando el ladron rompe las ventanas y entra en la casa, está en la ejecucion; igual cosa sucede en el caso de nuestro enemigo que puñal en mano entra en nuestra habitacion mientras dormimos. En estos casos el malhechor pone en actuacion las potencias productivas en presencia de la cosa, del hombre ó del lugar donde estos se encuentran y sobre los cuales debe obrar.

De esta manera la ejecucion no estando ya limitada al hecho material de la consumacion, pero sí á su verdadero concepto cientifico, se encuentran en la tentativa como ínterin de la meta querida, los tres factores que completan el delito: la intencion unida con la accion que viola el derecho y el daño social; por tanto, la tentativa puede decirse perfecta cuando en el hecho material se encuentran, pensamiento, accion y daño.

Desde el primer acto en que empieza á peligrar el derecho, hasta herirlo ó aniquilarlo se debe encontrar el conato punible. Por eso dice Pessina, el derecho quiere que nada se oponga para violarlo; cuando materialmente es atacado, hay tentativa; hiriendo ó aniquilando ese de-

mecho hay reato consumado. Así el ladron recogiendo los instrumentos para cometer el delito y transportándose con ellos al lugar del suceso, no hace mas que integrar las potencias productivas como ya se ha dicho, y aunque tales operaciones pueda revelar un pensamiento mal„ vado no es punible si con esas operaciones no se ha vio„ lado alguna especial disposicion de la ley. El derecho tomado por mira no ha sido todavia materialmente atacado.

Pero cuando el malhechor empieza á romper las ventanas, se revelan dos hechos: con el primero, ha puesto en movimiento las potencias productivas, obrando sobre el sujeto pasivo; con el segundo ha operado la lesion al derecho agredido.

De esto resulta que la ejecucion no empieza como piensan los contrarios, recien cuando se obra sobre la materia de la consumacion; que el acto delictuoso ejecuti„ vo recien se encuentra en el punto extremo de la consu„ macion, sino todo lo contrario, segun la ciencia nacional y el comun pensar de los hombres forma tambien ejecucion del delito, el obrar del malhechor sobre las cosas de otro destinadas á formar el extremo limite de custodia que sirve de garantia al derecho que se ataca.

Con la preparacion, todos los actos externos no tocan materialmente el derecho del sujeto pasivo aunque vayan encaminados á ese fin. Materialmente para la ejecucion objetiva nada se ha hecho; pero cuando el ladron rom„ pe la ventana, cuando el asesino puesto en guardia apunta

con el fusil á la víctima, se puede sostenar dice Orestano que el delincuente no está en la ejecucion del reato; pero en sustancia el derecho se ha atacado, hay un hecho real que se desarrolla sobre el agredido. La accion culpable no solo existe subjetivamente, sino que objetivamente obra sobre la materia del delito.

Con la ciencia racional decir que el sicario fusilla recien existe cuando la ejecucion esta en el acto consumativo; es decir en la contrectatio, es lo mismo que crear una doctrina disforme al comun pensar de los hombres y á la real verdad de las cosas.

---

Los partidarios de esta doctrina dicen que en la fórmula expuesta no hablan de univocitá de los actos que manifiesten el fin á que son directos, porque la univocitá debe surjir de los hechos y de las circunstancias que acompañan la accion. Así un hombre que penetra en nuestro cuarto, teniendo el puñal en alto, nada revela para afirmar que existá univocitá directa á matarnos, pues podria ser un ladron que tuviera el puñal para defenderse en caso de ataque ó para atemorizar los habitantes de la casa y asi facilitar su empresa; pero cuando al hecho del puñal en alto se une la circunstancia de ser aquel hombre un enemigo, que sabe que allí habitamos, entonces la duda desaparece.

Tal univocitá no surje del hecho material que constituye el principio de ejecucion, porque es equívoco para revelar el reato tomado por mira, sino de la circuns-

tancia de concebirse el pensamiento que mueve al malhechor, del examen de la causa á delinquir, de la prueba que resulta ser el malhechor nuestro enemigo.

Por lo demas, como se vé, la teoria de la univocitá mas que atender á la definicion de la tentativa es directa á la prueba genérica de la misma. Ahora cuando la univocitá se revela tiene un valor absoluto para asegurar la prueba, entonces el equivoco del derecho atacado desaparece, pero como amenudo no lo manifiesta, no debe ser obstáculo á una prueba completa que puede resultar de todo el conjunto de los hechos y de las circunstancias que lo acompañan.

Querer sondear la voluntad delictuosa de los actos teniendo por guia la univocitá, teniendola como prueba genérica del reato, no es un concepto exacto, pues como ya hemos observado la univocitá del acto por sí mismo no tiene un valor absoluto, pudiendo actos preparatorios ser univocos, como actos ejecutivos equívocos.

Luego pues es mejor que se deje libre al juez del obstáculo de la univocitá del acto y que la prueba se recoja como para cualquier otro reato.

## VI

2º=No puede existir tentativa si se ha emprendido el delito con actos inidoneos = Ante todo digamos que la idoneidad puede ser relativa ó absoluta.

La inidoneidad que Carmignani llamó subjetiva ~~absoluta~~ otros absoluta y otros abstracta, es la que acompaña al sujeto activo de la ejecucion cualquiera sea el estado del su-

sujeto pasivo; que nace de un hecho del agente independientemente de la voluntad del sujeto pasivo, es decir del hombre ó de la cosa sobre que debia consumarse el reato.

La inidoneidad que Carnignani llama objetiva, otros relativa y otros concreta, es la que no acompaña constantemente ciertos actos, pero que se verifica con relacion á un fin especial y en otro no. P. ej. pueden los peritos decir que la cantidad de veneno suministrada no era suficiente para matar al que se le suministró, porque era de constitucion esencialmente robusta, pero era capaz de dar muerte á otros hombres de constitucion ordinaria; á esto es que se llama inidoneidad relativa, concreta, objetiva, nacida del fin especial que era dar muerte á aquel atleta.

Quien matar á nuestro enemigo con veneno y suministrarle azucar, seria el caso de inidoneidad absoluta.

Ahora bien ¿la inidoneidad tanto relativa como absoluta excluye la tentativa? Veamos,

---

Teoria subjetiva = Los criminalistas alemanes tratando la doctrina de la tentativa, algunos son partidarios que el reato no debe punirse si los medios empleados son absolutamente inidoneos, y que debe punirse si la inidoneidad es solamente relativa; otros que la tentativa no debe penarse tanto en el caso de que los medios sean absolutamente inidoneos como que lo sean relativamente; otros en fin sostienen la doctrina que debe siempre penarse la tentativa, aun aquella cometida con medios absolu-

tamente inidoneos. De estos últimos el campeon que mas ha batallado es Schmave que razona de la siguiente manera: si no es peligrosa una accion emprendida con medios absolutamente inidoneos, seria necesario dejar sin pena la tentativa ejecutada con medios relativamente inidoneos, pues en este último caso el medio usado es de tal naturaleza que no llega al fin propuesto de dañar á tercero; una dósis muy pequeña de veneno es inocua, se puede decir que no es veneno, ademas la voluntad rea del agente directa á obtener el fin no se concretiza objetivamente en la accion capaz de alcanzar lo deseado; ya que la intencion se manifiesta objetivamente en la accion concreta tanto en el caso que se haya escogido el medio inidoneo, cuanto en el caso que el agente haya buscado medios insuficientes; la sola diferencia es esta, que en el primer caso el agente erró en la cualidad y en el segundo en la cantidad.

La no idoneidad del medio usado, demostrará talvez si ha existido ó nó intencion rea, pero será cuestion de prueba y no de existencia de delito.

A los que le observan que el legislador no puede punir cosa imposible le replica, que la tentativa es solamente tal y no delito consumado; si es imposible la consumacion del delito no por esto será imposible la tentativa.

Cada accion punible debe ser juzgada segun su naturaleza concreta; así en los casos particulares, el medio relativamente inidoneo hace imposible la

acción de la misma manera que la acción se hace imposible con medios absolutamente inidoneos; el medio que en abstracto es absolutamente inidoneo, si, que siendo inidoneo en concreto toda vez que á la acción no suceda el evento. Luego, ó punir siempre la tentativa ó no penarla nunca.

Desde el momento en que no existe daño, no es posible castigar mas que la voluntad; por tanto, poco importa que esta se haya servido de un medio que no ofrecia probabilidades de éxito. En la tentativa no se puede tomar en cuenta al mismo tiempo la voluntad y el hecho, esto solo es posible hacerlo en el delito consumado, porque estos elementos solo se reunen en la realizacion del acto; en la tentativa se hallan separados, pues la parte objetiva, esto es la parte de hecho que se ha realizado es completamente indiferente, puesto que el proyecto no se ha realizado. El resultado no obtenido indudablemente indica siempre una imposibilidad específica ó relativa.

Por otra parte, no hay ninguno acto humano que desde su comienzo pueda ser declarado absolutamente improductivo; por el contrario, no hay ninguno que deja producir necesariamente el efecto que el agente desea. Una accion no puede decirse nunca que sea la causa de un efecto que no ha tenido lugar. Cuando un medio no ha podido producir el efecto que de él se esperaba, demuestra por lo mismo, que era insuficiente para la realizacion del proyecto. Puede decirse, en tesis

general, que no hay medios que sean absolutamente in-
suficientes en todos los casos, como tampoco los hay que
sean absolutamente suficientes. Ahora cuando un proyec-
to no se ha podido realizar, la falta debe atribuirse al
agente, el cual no ha previsto las circunstancias que
impiden la realizacion de aquel. ¿A que pues, distinguir
en este caso las circunstancias sobre las que se ha equivocado
el agente, viendo p. ej. si el obstáculo existió desde un princi-
pio ó si ha sobrevenido mientras se ejecutaba la accion;
si el agente no ha calculado bien sus fuerzas; si no ha arre-
glado en su especie y cantidad el medio de que se ha
servido; si no ha sabido elejir el instrumento mas
apto, ni emplearlo de la manera mas adecuada?

---

Teoria objetiva. = El código Germánico llamado "La Carolina"
definia la tentativa así: El que haya tentado cometer
un delito con alguna accion visible que pueda servir
á la ejecucion del delito aunque.....

Al comentar este artículo se queria saber si con
las palabras "accion visible que pueda servir á la
ejecucion"..... Solo estaba comprendida la ejecucion
con medios idoneos. Estan por la afirmativa Hepp, Mit-
termaier etc.

Entre los que estan por la negativa se encuentra
Cohn que al referirse á la opinion de los antiguos
Doctores y á la traduccion latina de la Carolina
y refiriendose á las diversas disposiciones particu-
lares de la constitucion Imperial, concluye diciendo

que la antigua ley Germanica no ha querido hacer ni ha hecho distincion alguna entre idoneidad ó inidoneidad de los medios empleados.

Afirma que el primero que en Germania ha hecho la distincion entre concepto moral y jurídico, fué Feuerbach que enseñó "que la intencion contraria al derecho no basta por si sola para dar caracter de ilegitimidad á cualquier accion; una relacion de causalidad debe haber entre intencion y accion, de manera que esta última sea factible de peligro objetivo".

Esta doctrina fué mas tarde desarrollada por Mittermaier, que se puso á la cabeza de la escuela objetiva, siendo el primero que en Alemania hizo la distincion entre medios absolutamente y relativamente idoneos.

---

Teoria de Geyer. = Sostiene que para poder imputar al agente un hecho es necesario que exista una conexion entre este hecho y la intencion y ademas que el autor haya querido el hecho tal como ha acaecido, de manera que si el agente ha cometido una accion, que cuando realiza la cree criminosa y no es realmente tal cuando llega el momento de manifestarse extrinsecamente, el evento no puede atribuirse á su intencion; lo ejecutado nada contiene en si mismo de lo que se pide para la objetiva consumacion del delito ideado, luego no hay ni reato consumado ni tentado.

Y contra la objecion que la escuela subjetiva podria

formular, que cada vez que el delito ideado permanece en los límites de la tentativa, siempre es por causa de un error del agente, y por tanto debia declararse imputable cualquier reato, Geyer responde asi: No es necesario confundir el error en su sentido propio y natural, con el error en un sentido impropio. Adopta un lenguaje bastante impropio el que habla de error, cuando el reo haya obrado esperando p. ej. que el envenenado no seria inmediatamente socorrido y el socorro aparece, ó en el caso que el agente ha disparado un tiro de fusil y el proyectil se ha desviado. En tales casos, los actos son idoneos y el agente se engañó en sus previsiones; intencion y accion se encuentran asociadas, el hace lo que probable y posiblemente puede ayudar á conducir su intencion á realidad, y lo hace en la esperanza que ninguna acontecimiento contrario venga á frustrar la manifestacion extrínsica de su deseo.

El simple defecto de prevision del futuro, la incapacidad de presagiar si el evento se realizará no son razones que constituyen el error que excluye el dolo, y que rompe la conexion entre intencion y accion.

---

En algunos escritores alemanes se encuentran anomalias curiosas p. ej Leonhardt y Bar mientras siguen en cuanto al medio á la escuela subjetiva, en cuanto al sujeto pasivo del delito siguen á la escuela objetiva, y al contrario Habicht mientras sostiene la inidoneidad del medio, á renglon seguido afirma que la inidoneidad del objeto no excluye el delito.

En Italia han dado luz sobre la materia primero Carmignani, despues Carrara, Marcini, Pessina etc.

La necesidad que en la tentativa los actos sean idoneos, surje del mismo principio que es de esencia del corpo: que esos actos tengan las condiciones necesarias de eficacia como en el reato consumado.

No puede decirse reato consumado de cosa imposible, luego, no hay tampoco tentativa en torno de homicidio p. ej. si no hay un hombre vivo para matar, en torno de aborto, una mujer en cinta, para hacerla abortar. Igualmente no puede decirse homicidio sin la obra de un medio mortifero y aborto sin que se haya suministrado con medio abortivo.

La inidoneidad absoluta excluye siempre la tentativa, porque no pudiendose con un medio absolutamente inidoneo consumar un reato, resulta por lo mismo imposible el daño mediato ó el peligro que es de esencia en la tentativa; como dice Romagnosi á la tentativa le faltaria la terroderia maleficia por la que podia inspirar terror.

El acto externo inidoneo es como no existente frente á la ley social, pues faltando el peligro corrido, no queda en la tentativa mas que la muda intencion, la que como ya se sabe no es politicamente imputable segun la escuela objetiva. Solo donde á la malvada intencion se le ha agregado el daño, ó el peligro real de un daño, solo alli hay delito dice Padi.

Pessina dice: los hechos imposibles no estando comprendidos en el dolo jurídico, no pueden ser materia de conatus de linquendi.

Ahora cuando se trata de inidoneidad relativa la cuestion cambia de aspecto porque el acto externo por el peligro que ofrece es suficiente para constituir la fuerza física de la tentativa. La inidoneidad relativa, concreta, objetiva del medio, no destruye la existencia de la tentativa, esta inidoneidad representa una mera insuficiencia del acto externo, que no excluye la posibilidad del daño por el peligro corrido, y constituye unicamente una circunstancia eventual fortuita por la que, la consumacion del maleficio ha sido frustrado. Si un hecho accidental ha destruido la eficacia del medio, no por esto era menos idoneo, absolutamente mirado, tampoco se ha dejado de correr un peligro real y verificadose la alarma.

Trayendo á colacion el ejemplo puesto al principio para hacer la distincion entre medio inidoneo absoluto y relativo: pueden los peritos decir que la cantidad de veneno suministrado no era suficiente para matar al que era destinada, por la constitucion escasamente robusta, pero que era suficiente para dar muerte á otros hombres de constitucion ordinaria. Tal inidoneidad no basta para excluir la tentativa, porque mirado en abstracto, de un modo absoluto ó subjetivamente el medio empleado presentará una idoneidad. - Ahora por el contrario los peritos pueden decir

que aquel veneno no habria muerto un hombre de constitucion normal, pero que podia muy bien dar muerte al que se le ha querido suministrar teniendo en cuenta su tierna edad. He aquí que el medio ha perdido el caracter de inidoneidad que mirado en sí, abstractamente, podia tener y ha sobrevenido idoneo con relacion al fin que se dirijia en el caso concreto. En el primer caso el peligro existia en abstracto y fal- to por el fortuito imprevisto de la excepcional constitu- cion de la victima. En el segundo el peligro existe verdaderamente.

En ambos casos se tendrá tentativa, porque el acto externo ofrece un grado de peligro suficiente para constituir su fuerza física.

Dice Carrara que es grave el error de una de las es- cuelas Germánicas, pretender que cualquier medio sea inidoneo en abstracto ó en concreto no excluye el conato. Este sistema dice lleva derecho á punir la sola inten- cion, y subsiste el principio político del derecho penal, logrando traer en la ciencia bajo el nombre de sin- dicato moral el sindicato religioso que pondria en mo- vimiento una cadena de errores subversivos de to- da libertad civil.

---

Alguien ha querido entender esta teoria de la ini- doneidad de cierta manera, que sin quererlo la destruye. Se ha dicho que la inidoneidad escluye la tentativa solo en el caso que era conocida por el agen-

te. Se ha querido sostener que la inidoneidad excluye la tentativa solo en el caso que esa inidoneidad era conocida por el agente. Pero esto es un error palpable en el que han caido por haber leido en Carmignani que la inidoneidad tiene que ser objetiva sin comprender el sentido en que adoptaba esa palabra. Así segun estos el que da azucar con fin de envenenar excluye la tentativa solo en el caso que se demuestre que sabia que el polvo por él preparado era sustancia incapaz á dar muerte. Si pensaba erroneamente que el azucar bastaba para dar muerte, ó que aquel polvo fuese arsénico es tenido como autor de tentativa. Pero el error es evidente si se advierte que suponiendo el conocimiento de la inocencia del medio, por necesidad desaparece la intencion de conseguir el fin dañoso.

Cuando alguno usa un medio que conoce ser incapaz para dar muerte, necesita suponer la locura de ese hombre, ó que no tiene intencion de causar daño.

El conocimiento de la inidoneidad del medio destruye por necesidad lógica la voluntad de alcanzar el fin dañoso, y en tal hipótesis la tentativa desaparece por defecto de intencion y no por defecto de inidoneidad, cesa por falta de fuerza moral y no por falta de fuerza física. Por esto decia al principio que esta manera de comprender la inidoneidad, inadvertidamente la destruye.

---

Interesa advertir que cuando se habla de tentativa

la inidoneidad de un acto no destruye la idoneidad de los actos precedentes. Así, si despues de una serie de actos directos á un fin criminoso y capaces de obtenerlo, se ejecuta otro del todo inidoneo y mas aun, que destruya la idoneidad de los primeros, aquella serie de actos idoneos precedentes ya constituyen tentativa punible. El último acto inidoneo no hace desaparecer la tentativa precedentemente cumplida. El error del agente que lo llevó á ejecutar el acto inidoneo, suponiéndolo idoneo, representa el fortuito que impidió el evento siniestro. Este acto inidoneo impidió que el delito se consumara, pero no ha destruido la tentativa ya cumplida. El envenenador preparó el veneno y se introduce en la casa de su enemigo para arrojarlo en la comida, pero sucede que lo arrojó en una vasija donde hervia una sustancia que neutralizaba la potencia dañosa del veneno. Hé aquí que desde este momento, todos los actos sucesivos sobrevienen inidoneos porque aquella mezcla no es ya veneno.

Si desde el principio los actos ejecutivos hubieran caido sobre sustancia absolutamente inocua, no habria existido nunca peligro y excluiria toda nocion de tentativa; pero en el caso propuesto por fuerza hay que distinguir la primera serie de actos de la segunda. Para toda la primera serie de actos el medio era idoneo; el malvado adquirió el veneno, lo preparó, se introdujo en la casa, arrojó el veneno en la vasija donde hervia la vianda. En toda esta

serie de actos el medio fué idoneo, era un veneno mortal. Despues que arrojó el veneno en la vasija que contenia la materia neutralizante, el medio sobreviene inidoneo: desde este momento la segunda serie de actos no puede tener peso en la balanza de la ~~potencia~~ justicia; estos son nulos porque caidos sobre medios inidoneos no presentan peligro. Pero los primeros eran ya un hecho cumplido, habia idoneidad y con esto peligro. No puede la primera serie de actos voluntarios que representan todos los caracteres de la tentativa, borrarse por los actos sucesivos que un hecho accidental, ó involuntariamente el mismo reo los hace sobrevenir inidoneos. No deja de existir la tentativa si ya existia.

No debe pues perderse de vista para el cálculo de la idoneidad, la consideracion del orden cronológico que el acto inidoneo ocupa en la serie de los momentos ejecutivos.

Debe tenerse en cuenta esto para aplicar el principio: que la inidoneidad antecedente destruye todos los actos subsiguientes; pero la inidoneidad subsiguiente no modifica los actos precedentes.

A pesar del respeto que nos merece la opinion de Carrara sobre este punto no estamos de acuerdo con ella, creo que dentro de la teoria clásica no se puede sostener esta tesis.

La opinion de Carrara sobre este punto es hija de la univocidad que él exige como condicion primordial para que exista tentativa punible.

Creo que un acto inidoneo subsiguiente neutraliza todos los precedentes. El reato se ha transformado en impunible y por lo tanto no puede verificarse.

Si entre los actos precedentes uno de ellos viola cualquier disposicion penal, será punible por esa violacion, pero nunca por tentativa del delito que tenia intencion de cometer el agente, pues por el medio inidoneo resulta imposible.

Si la tentativa no es distinta en especie del delito que se quiere cometer, si el mismo conato mas próximo á la consumacion, quedándose en el camino sin llegar á la meta, la diferencia no es mas que de grados, porque es la misma accion que no llega al fin. Si esto sucede por el hecho de haber usado un medio inidoneo, nada importa que los precedentes sean idoneos, cuando por lo subsiguiente no se puede obtener la consumacion. Si el trabajo del malhechor con medios inidoneos no es capaz de conseguir el fin, el trabajo precedente resulta sin utilidad y ningun derecho peligra.

El derecho del sujeto pasivo del delito, empieza á correr peligro, desde el momento en que la accion delictuosa, en presencia del hombre ó de la cosa sobre la que el agente quiere obrar manifiesta extrinsicamente su fuerza operativa; si en este momento los medios fueran inidoneos para llevarlo al fin, por los hechos anteriores no habria verdadero ataque al derecho.

La cadena de los actos ejecutivos empezada sobre

el sujeto pasivo del atentado y que va á terminar sobre el de la consumacion, no se interrumpe por obra del fortuito sino por haber usado medios inidoneos. El derecho que parecia materialmente atacado, no ha corrido peligro, no podia herirse ni aniquilarse.

Carrara al sostener su doctrina cita como ejemplo una resolucion de la corte de Agen que condenó á un tal Laurent como culpable de tentativa de homicidio, porque habia preparado un fusil cargado para matar á su hijo, pero este advertido lo habia descargado y puesto en el mismo sitio. A la noche Laurent tomó el fusil, tomó los puntos al hijo y bajó el gatillo, pero como estaba descargado, no resultó siniestro. Se grita, una tentativa con fusil descargado? No, responde Carrara "la tentativa punible no está en bajar el gatillo de un arma absolutamente idonea á matar, sino en la precedente carga. Este acto aunque inidoneo, dice, seria meramente preparatorio, porque era equivoco, pero á la carga del fusil no le faltaba univocidad en un modo absoluto. El acto sucesivo aunque inidoneo, no destruye la univocidad del primero y por lo tanto no deja de ser punible como tentativa".

Este razonamiento nos eleva á la punicion de la deliberacion y del pensamiento. Es el defecto de la teoria de la univocidad que trace elevar los actos preparatorios á ejecutivos, pero en este caso ya se pasa la medida pues no solo se toma como actos ejecutivos los preparatorios sino que tambien aquellos de

delitos imposibles.

Esta doctrina ha sido duramente combatida por el ilustre Conforti hablando del art 536 del código penal Sardo que era tambien adoptado por las provincias napolitana y siciliana. El articulo en cuestion dice: El que teniendo intencion de cometer un homicidio, se procura los medios necesarios y aptos para consumarlo, pero por error ó por no previsto accidente ó por obra de otro usa medios no idoneos á la consumacion del mismo será penado con .....

Bien entendido que este articulo era solo aplicable á los reatos de sangre.

Dice Conforti: las disposiciones de un código deben estar en armonia con los principios de la ciencia, los que son absolutos é inmutables.

Si se abre el libro de Rossi se leerá que para que exista un principio de ejecucion es necesario que los medios que se adopten, tengan por su naturaleza capacidad para ejecutarlo.

Si se leen las cuestiones de derecho por Nicolini se encuentra esta idea imposible de impugnarse: que en el articulo arriba indicado el delito se reduce unicamente á la malvada intencion del agente y se pierde de vista el elemento objetivo.

Se desconoce la esencia de hecho en la tentativa la que difiere unicamente de grado del reato consumado. En fin la tentativa es una parte del delito y como este debe contener todos sus elementos,

aunque con menor intensidad. Ningun código enseña que el conato tenga una esencia de hecho diferente del reato consumado.

Llegando á una distincion severamente objetiva y si se acepta que el conato difiere solamente de grado de la consumacion, no se puede dejar de reconocer como verdad, que en el conato de indeterminado delito, deben presentarse todos aquellos caracteres, que la ley indica para la esencia de hecho del delito que se tiene intencion de cometer, y que la diferencia solamente debe consistir en no haber llegado el agente en su criminosa accion al extremo que indican las leyes para que el delito se considere consumado.

Y no se diga que con el artículo 536 se quiere que el agente se haya procurado los medios necesarios y aptos á consumar el homicidio: pues que cuando estos por cualquier circunstancia, aunque independiente de su voluntad, no han sido adoptados cuando mas pueden mirarse como una simple preparacion pero nunca como un principio de ejecucion.

Se podrá decir que el culpable á los términos del artículo 536 ha demostrado la misma inmoralidad que el autor del homicidio tentado con medios eficaces. Esta objecion no tiene ningun valor pues como dice Carrara "la justicia humana es por naturaleza objetiva y por consecuencia no pune la inmoralidad sino la violacion de aquellos

deberes que turban el órden social.

El ilustre Carrara dice: "Son esenciales al crimen para poderlo imputar como delito intencion y peligro. La autoridad sin tiranía no puede amenazar con pena, cuando uno de estos elementos falta."

"El magistrado no puede sin abuso de poder, imputar un hecho donde ha existido deficiencia de uno ú otro elemento; seria imperdonable aberracion suplir la falta de un elemento con el otro. Los dos elementos deben ser puestos en juego cada uno de por sí. Andaria desviado de los preceptos lógicos y jurídicos, quien creyese que el grave peligro del hecho, pudiera suplirse por la intencion, ó que la malvada intencion pudiera suplir al peligro que no ha existido en el hecho imputado."

Me parece que Carrara con estas palabras se encarga el mismo de hacer la crítica á su teoria sobre el punto en discusion; pues me parece que ninguno peligro ha corrido el sujeto pasivo de la tentativa cuando se ha actuado con medios inidoneos.

El agente que atenta con actos inidoneos al sujeto de la consumacion ha violado un deber moral, pero no el derecho, pues, no puede ser agredido por la impotencia del mismo acto. Atacar un derecho con un medio inidoneo equivale á no atacarlo.

En tal hecho existe la voluntad de herir,

pero objetivamente el ejercicio del derecho queda en pleno vigor, no corre ningun peligro y por lo tanto falta la razon que justifica su punicion.

---

Cesa el contrato por obstáculo jurídico á la subsistencia del delito querido. = Este caso se tendrá toda vez que los actos ejecutivos, si bien abstractamente idoneos y directos al fin delictuosos, caen sobre un sujeto pasivo que en si mismo ó con relacion á la persona delincuente, ofrecen tales caracteres que destruyen legalmente la nocion del delito querido. Ejemplos el que creyendo consumar adulterio ejecuta la copulacion con la mujer propia; el que creyendo ejecutar un robo, roba la cosa propia; el que dá de puñaladas á su enemigo creyendolo vivo estando muerto. En estos casos y en otros semejantes se encontraria cuanto la ciencia exije para tener tentativa, esto es, elemento moral y físico. Pero la ley no encuentra adulterio en la cópula con la mujer propia, no encuentra robo en la sustraccion de cosa propia ni tampoco homicidio cuando se dá de puñaladas á un cadaver. Si el delito no fué consumado la causa ha sido el obstáculo legal que lo hizo imposible á causa de la condicion del sujeto pasivo ó de las especiales relaciones entre este y el agente. Todos los actos dirijidos sobre el sujeto, han sido dirijidos en toda la serie sobre un deseo legalmente imposible y por lo tanto no ha existido ni durante un momento el peligro de la violacion de

la ley. Luego pues en estos casos desaparece la noción de la tentativa. Este es el caso que se llama delito impedido por causa legal.

---

Parecido al precedente es el caso de cesación de conato por ausencia de sujeto pasivo de la consumación. Por ej: los ladrones se introducen en una casa completamente vacia con intención de robar. La Corte de Nápoles resolvió no encontrar en este caso los extremos de la tentativa de robo, porque los ladrones pretendiendo robar donde no habia nada, obraron sobre cosa imposible.

Sobre esta consideración muchos criminalistas adoptan la regla general, que la ausencia de sujeto pasivo de la consumación hace desaparecer constantemente la noción de la tentativa. El principio es verdad y se señala como una aberración la sentencia de un tribunal superior de Bassoriaque en 1851 condenó como reo de tentativa de aborto á una jovén que tomó un abortivo creyéndose embarazada y realmente no lo estaba.

Dice Carrara que él se permite dudar de la aplicación de esta regla de una manera absoluta, y se expresa de esta manera:

La no existencia del sujeto pasivo en el lugar donde el reo creia encontrarlo, puede representar el caso fortuito que ha impedido la consumación del delito. Pero si, sin este fortuito imprevisto los actos

procedentes presentaban una idoneidad de causar ra-
zonable temor, el peligro que existia en tales actos no
debe tenerse en cuenta? Figúrense que mi enemigo
haya preparado una mina debajo de mi lecho
para incendiarlo cuando yo duerma y así procura-
me la muerte. A la hora que yo acostumbro acosta-
me y creyendo mi enemigo que estoy durmiendo, ha-
ce explotar la mina. Afortunadamente aquella noche
no he dormido en casa y por lo tanto he salido ileso
del trance. Aplicando la antedicha regla se diria
que no existe tentativa punible porque falta el suje-
to pasivo. Que no existia delito frustrado estoy plena-
mente de acuerdo, pero que no existia tampoco tentativa,
yo no lo puedo creer. Hasta el momento de la con-
sumacion yo veo una serie de actos malvados di-
rectos á un fin nefasto y preñado de grave ~~delito~~ peli-
gro. Respecto á estos dice Carrara ya descubro una
imputacion ya incurrida; no puedo persuadirme
que esta imputacion se chancele porque el malva-
do haya ejecutado el acto consumativo. Este último
acto fué inutil, inidoneo, y por esto está bien que
la ley no lo tome en cuenta, pero de eso no se
deduce que este acto que lo ha hecho llegar has-
ta el extremo deseado, sirva para purgarlo de la
imputacion ya corrida.

Quien no vé que se llegaria al absurdo de
mejorar la condicion del agente por la única
razon de haber dado un paso mas hacia la con-

"sumacion?

Yo gustoso, contesta, distinguiria el caso en que el sujeto pasivo no ha nunca existido en el lugar donde se dirije la accion, del caso en que ha existido, ó debia probablemente existir en la hora de la consumacion del delito y que por un accidente se encuentra ausente. Así si la casa invadida por los ladrones estaba habitualmente vacia y los ladrones se arrojaron sin saber este hecho; á sus actos no podrá aplicarse el criterio de la tentativa. Pero si en la casa existian joyas que se deseaban robar y que por cautela ó por casualidad el dueño de ellas las ha llevado y por lo mismo impide la consumacion del delito; yo creo que este fortuito no excluye la nocion de la tentativa.

Esta misma opinion es sostenida por Haus mirando la hipótesis bajo el punto de vista de la imposibilidad relativa en el sujeto pasivo del delito. Entre otros pone los ej. siguientes, los ladrones se retiran para robar en una casa que el dia anterior se han mudado los que habitaban en ella y por lo tanto ha quedado vacia; los brigantes detienen un vehiculo para apoderarse de los valores que llevan los viajeros, pero estos valores han sido expedidos por otra via. En estos casos encuentra Haus tentativa.

Frivald imagina el caso del que descarga un fusil sobre un lecho creyendo que su rival se

encuentra durmiendo, estando el lecho vacio.

Ortolan sobre este propósito distingue tam„ bien la imposibilidad absoluta y radical de la problematica y accidental.

Del mismo modo lo hacen Meyer y Berner; sin embargo una cosa es para el primero, que el objeto no exista, y otra, que no se encuentre en el lugar en el momento de la accion, cuando esta ha sido ej„ cutada por el reo en la conviccion que ese objeto se encontraba; asi p. ej. habrá tentativa si uno descar„ ga el arma sobre el lecho del enemigo á la hora que ordinariamente se encuentra acostado; no existiria tentativa si se probase que de muchos años atras nuestro rival no se acostó en aquel lecho.

El segundo tomando el caso del robo dice: un la„ dron penetra en el cuarto de un edificio para robar, pero no encuentra los objetos esperados por„ que el patron los ha mudado á otra habitacion„ pero en el mismo edificio; otro en una fiesta intro„ duce la mano en el bolsillo del vecino, pero nada encuentra: en ambos casos hay tenta„ tiva dice Berner.

Olshausen, distingue si el ladron penetró en un lugar desprovisto de cosa mueble, ó si penetró en un cuarto vacio mientras los objetos muebles exis„ tian en otra habitacion; y aun todavia si de las cosas encontradas ninguna le parece conve„

riente llevar; en el primer caso no hay tentativa por„
que existe imposibilidad; en los dos últimos existe
la tentativa. Desea ademas que si investigue la inten„
cion del agente, si está era limitada á cierta condicion
de lugar ó á cierta condicion de objeto.

Otros en fin como Orestano dicen que otras fijó„
tesis de reatos imposibles se encuentran en los casos de
un hombre que descarga un fusil en noche oscura y tie„
ne por mira un tronco de árbol creyendolo ~~un~~ enemigo
y del ladron que quiere robar en una casa vacia. Tales
hechos no pueden clasificarse como tentativa de de„
lito. Pero la imposibilidad del fin debe estar de
un modo absoluto, desde que la imposibilidad
relativa se confunde con el fortuito. Si se quiere
matar un hombre donde no suele encontrarse, ~~de~~„
~~de~~ si se entiende robar una casa que esta vacia no
existirá tentativa por imposibilidad de consumar
el delito. Pero si la casa hubiese estado provista de mue„
bles, si la persona que se quiere matar ocupa constan„
temente el sitio en que el malhechor quiere heri„
lo, los hechos de no encontrarse la víctima en
el lugar acostumbrado en el momento de aten„
tar contra su existencia, ó de estar vacia la
casa en que en el ~~momento~~ momento que se quiere
robar, constituyen el fortuito que hace sobrevenir el
conato punible bajo la doble figura de tentativa ó
delito frustrado segun el acto cumplido.

## Exceso en la fuerza física

### I

El defecto en la fuerza física del conato se tiene cuando en los actos que se pretende encontrar la tentativa no existe peligro.-

El exceso se tiene cuando ademas del peligro de un daño no sobrevenido, los actos ejecutados ocasionaron un daño presente, que bajo el punto de vista de la política gravedad supera y absorve la consideración de este peligro.

Esto sucede cuando los actos puestos en ejecución como medios directos á un fin criminoso no obtenido- 1ro ó constituyen ya completa la violación de este mismo derecho y de aquella misma ley que se quería violar con el acto final de manera que la efectiva violación de la ley unida á la potencialidad del daño material suplen á la nueva edificación de este daño.- 2º ó constituyen violación completa de un derecho y de una ley mas importante.-

La teoria del exceso puede reducirse á la fórmula general de la preponderancia del medio sobre el fin.- Despues esta puede derivarse ó de preponderancia del derecho abstracto que se atacó con el medio, ó de preponderancia del bien material que con el medio se ha tomado

### II

Por causas del primer resultado puede establecerse como regla, que en los delitos con daño inmediato universal, el conato cuando efectuó una lesión del derecho universal pasa siempre á delito perfecto aunque el agente no haya conseguido su fin.- Asi en los delitos contra la moral

1°

ó la religion, se tiene ó delito perfecto ó acto inocente.- no pudiendo existir tentativa sin acto externo de ejecución, sucede que los primeros actos exteriores conducentes á ultrajar la moral ó la religion, si bien aparecen objetivamente interrumpidos porque el malvado no consigue el fin deseado (por ejemplo, no llegó como queria á despedazar la sacra imagen contra la que descargaba golpes) ya representan subjetivamente completa la ofensa á la religion ó á la moral y se tienen por eso como delitos consumados.

— En ciertos delitos políticos consistiendo la violación de la ley en el ataque á la autoridad política del Estado; ó los actos ejecutados no son nada, ó se ha empezado la ejecución, quiere decir, que se ha empezado el ataque contra el Gobierno y presentan una violación de la ley en si misma completa.

---

En los delitos de palabra no pudiendo el principio de ejecución consistir en otra cosa que en proferir palabras deprimentes (p. ejem. injurias) si estas palabras no se han proferido no habrá principio de ejecución y si este principio existe se encontrará la completa violación de la ley, por consiguiente no ya el peligro sino el daño efectivo.-

---

Asi en general en todos los delitos que se perficiuntur unico actu, el principio de ejecución representa siempre el daño, la efectiva lesión del derecho y por tanto, no admiten tentativa.-

III

Por causa de segundo resultado el exceso hace desapare-

2°

cer la tentativa en todos aquellos hechos que en el sentido subjetivo son mas graves ó al menos de gravedad igual que en sentido objetivo.-

Todas la acciones de los hombres son una continua cadena de medios y de fines.-

Si se admitiera al reo el pretesto de no haber conseguido el último fin, para rebajarle la imputación en el cálculo de la imperfección del delito, no tendriamos nunca fin y rarisima seria la aplicacion de la pena y del Titulo sobre delito perfecto.- Raramente el delito (salvo algun caso de venganza es fin á si mismo.- Un hombre roba una mujer para saciar su lujuria, otro jura en falso para salvar al reo, otro causa terror para que se desista de un hecho, otro mata para heredar, otro difama al enemigo para hacerle perder el empleo y en fin otro falsifica para lucrar etc.-

En todos estos casos, la primera violación de la ley en la inteligencia del reo no es mas que un medio para conseguirse un bien, en la que puede encontrarse con frecuencia una segunda violación.- El acusado podrá decir, yo robe la mujer pero no desahogué mis deshonestos apetitos, juré en falso pero no fui creido, maté pero no he heredado etc. etc: si se le deja correr en esta linea no se tendran mas que atentados.- Pero esta linea no es admitida por la ciencia.

Si el juez estuviera obligado á guiarse por el último fin del reo para decidir si ocurre ó no delito perfecto, se llegaria á una horrible confusion,- no seria posible encontrar una formula para definir el conato.- Pero la ciencia distingue entre el cumplimiento del deseo y la efectiva violacion

de la ley.- Y en esta violación encuentra segun sus condiciones delito perfecto, aunque el reo no haya conseguido el último fin que deseaba y ni haya quizas empezado la ejecución de los actos ulteriores que debian producir aquel fin.-

En la inteligencia del reo la operación ha quedado incompleta, pero á los ojos de la ciencia el delito está consumado.- Si las operaciones ulteriores que del reo se esperaban violasen un derecho mas importante, el delito perfecto que fue medio se juzgará como tentativa del delito fin, porque el fin excede en gravedad política al medio.- Pero si sucede lo contrario, el delito destinado á ser medio se juzgará como delito perfecto.- Asi la calumnia y el falso testimonio, si bien objetivamente interrumpidos (porque no han conseguido la condena del inocente ó la absolución del culpable) son delitos perfectos: porque mirando la ley que á tales delitos se opone, la falsa acusación y la falsa deposicion estan completas y completa la violación del derecho universal que la ley protege, porque está consumada la ofensa á la justicia; luego pues el delito está perfecto.-

Es necesario advertir que cuando se dice que la calumnia y el falso testimonio no son conatos se usa una fórmula exacta, pero si se dice que estos dos delitos no admiten conato, se usa una fórmula no precisa y que puede dar lugar á grandes errores.- Como es facil comprenderlo la calumnia y el falso testimonio admiten tentativa relativamente á si mismos.

4°

# Capítulo quinto

## Norma para medir la imputación en la tentativa.

### I

La tentativa es un delito imperfecto.- Luego, es espontanea la primera regla sobre la medida de su imputación; el cálculo de esta debe tomar sus proporciones de la medida de imputación que se habría destinado al delito especial que se quería cumplir.- La cosa es instintiva.- El conato es un grado con relación al delito á que el agente se dirigía.- En el cálculo de la fracción no puede prescindirse de considerar la cantidad del entero.- Por tanto, en el determinar la represión del conato el legislador no puede, sin riesgo de error establecer normas absolutas; solo puede hacerlo teniendo en cuenta las relaciones de proporción con la represión de cada delito consumado.- No se puede decir p. ej. conformemente absoluta, el conato debe punirse con tanto de carcel; es necesario una fórmula relativa.-

Luego pues, la inspección presente no tiende á establecer la imputación del delito perfecto, sino á buscar la regla segun la cual debe determinarse en la tentativa el grado mayor ó menor de fraccionamiento de la imputación que debe atribuirse al delito imperfecto, en proporción de aquella marcada al delito completo.-

En tal indagación no puede prescindirse del examen de la cualidad y de la cantidad del conato.-

La primera determina el grado mayor ó menor de la fuerza moral en la tentativa; la segunda deter-

5°

mina el grado de su fuerza física.-

II

Cualidad= La cualidad enseña Manzini es lo que hace que una cosa sea tal.-

La cualidad es atributo de cada ente y constituye su modo de ser.-

El conato es un delito imperfecto, luego lo que lo hace quedar imperfecto constituirá su modo de ser, la especie de cada tentativa.- Asi la cualidad de un delito imperfecto no puede encontrarse sino en la causa que impide su perfeccionamiento.- Por consiguiente variará la cualidad del conato segun varien las causas que impidan la consumación del delito.-

Estas causas por necesidad del deseo actual pueden referirse á dos clases; voluntarias y casuales.

---

Voluntarias= Se llama por antonomasia la causa que impidiendo la ejecución tiene su origen puramente en un cambio todo espontaneo de voluntad en el agente.-

Para que la causa que impida el delito pueda llamarse voluntaria no es necesario que nazca solamente de un arrepentimiento del agente, sino que este arrepentimiento debe tener ademas el caracter de recaer sobre el fin y no sobre los medios.- Y por medios debe entenderse las condiciones de lugar, tiempo y modo con las que el agente habia ordenado el hecho criminoso.-

Comprendidas de otra manera las causas voluntarias, se confundirian con las causas casuales morales, de las

6º

que hablaremos mas adelante & que en parte nacen de una casualidad que sobreviene y en parte de la voluntad del agente que por razon de tal casualidad resulta la determinacion de desistir, aunque la accidentalidad sobrevenida no impidiera materialmente continuar el delito.-

Si se probase que el malechor desistió de la accion, porque fue visto ó porque juzgó inoportuno el momento, ó por cualquier otra causa que no sea propio y voluntario desistimiento (es decir el abandono del fin malvado) el reo no se ha arrepentido, no ha desistido del fin, ha solo desistido de los medios, ha simplemente aplazado la ejecucion del hecho.- La causa que impidió la consumacion no es mas voluntaria, esta puede llamarse cuando mas mista y entra naturalmente en las causas morales de que hablamos.

---

Casual= Será siempre la causa que tenga su origen en una accidentalidad estraña al agente, no solo cuando ejerció su influencia fisicamente sobre el brazo del agente, pero todavia cuando obró moralmente sobre su ánimo, determinandolo á desistir en aquel momento del delito.-

Asi, si el ladron despues de introducirse en el domicilio ageno donde debía robar, se retira porque siente hablar á los dueños de casa ó por haber ladrado el perro, no puede decirse que se arrepintió; la causa en este caso se dice casual.

---

7°

Las causas casuales se subdividen en causas morales y causas físicas.-

---

Son causas físicas aquellas que materialmente detienen el brazo del malhechor, hacen inepto el instrumento adoptado, ó que interpuestas entre el sujeto activo y el pasivo impiden el evento criminoso.-

---

Son causas morales las que obran sobre la voluntad del agente y lo obligan contra su deseo á interrumpir el curso de las operaciones.-

---

Las causas morales y las físicas son hijas de una accidentalidad que la ley considera como independiente del reo.

La diferencia entre las casuales físicas y las morales no está pues en su origen; la diferencia está en el diverso modo de obrar.- El origen de unas y otras es siempre exterior al culpable.- Es exterior si mientras el sicario vibra golpes de puñal sobre la víctima un tercero le toma el brazo y le obliga á desistir; es exterior si aquel tercero concreta á decir: detente bandido, y con esto induce al agente á desistir.- Pero en la primera hipótesis la causa exterior obró físicamente sobre el culpable y fue causa única de haber desistido, la impotencia á que quedó reducido; mientras que en la segunda hipótesis la causa exterior no tomó físicamente el brazo ni lo condujo á la impotencia de proseguir la obra; aquella causa exterior obró moralmente sobre el culpable y no hubiera basta-

8°

do para impedir la muerte de la víctima, si el agente hubiera sido mas temerario ó mas feroz

---

De todo esto se deduce que la variedad de causa que hace permanecer el delito en tentativa, influye sobre la medida de su imputación.- De aquí el principio que tanto mas debe imputarse el conato cuanto menos es el haber desistido, obra de la voluntad del agente.-

De este principio se sacan dos reglas: 1ª La disminución tocará su apogeo cuando el haber desistido sea unicamente resultado, y en su origen de la voluntad, toda espontanea del mismo culpable.- 2ª La disminución irá decreciendo de grado en grado en razon de la influencia del caso

---

¿Cuándo la causa es voluntaria en el sentido que se ha dicho escimirá al agente de responsabilidad?.-

La opinión dominante es que el desistimiento voluntario, escime de responsabilidad al agente.- Pero hay autores que sostienen lo contrario.-

Dice Geyer que el desistimiento en la tentativa y en particular el acto de impedir los efectos perjudiciales de la acción no son causas escimentes, cuando mas podrian considerarse como atenuantes.-

Esta bien dice, que el agente no haya ido adelante en su camino, pero no por esto ha borrado la referencia entre la voluntad delictuosa y lo que realmente ha hecho.- El agente no puede, retrocediendo, anular su intención; menos toda

ria puede despojar de su caracter lo que dolosamente ejecutó.- Ademas la parte de intención de traducida todavia en realidad, no puede ser revocada, por el mundo esterior, una vez que todavia no ha venido á existir; y es imposible anular lo que en el mundo esterior se efectuó, porque la parte de intención realizada no puede ya revocarse.- El que preparó el veneno no puede hacer volver en nada el acto de haberlo preparado, aunque no alcance á su víctima la taza mortal.- Lo que está hecho, está hecho, agrega; ninguna fuerza en el mundo puede cambiar lo sucedido en no sucedido; ignorar lo sucedido se puede; se puede fingir que no ha sucedido; pero borrar lo sucedido de la serie de los hechos, es imposible.-

Luego pues, el desistimiento del agente no puede prestar fundamento jurídico á la impunidad de la tentativa.

En Alemania esta opinión va teniendo cada dia mayor número de secuaces, tambien se han asociado á ella Buri y otros, entre ellos Hälschner que antes era opositores.- El segundo dice; el desistimiento voluntario del agente en la prosecución de su actividad y en la continuación de su obra delictuosa, no puede hacer que lo sucedido se vuelva no sucedido; al hecho no se le puede quitar la esencia de acción, si ya por intermedio de esta ha sido puesta de manifiesto la intención criminal á efectuarse (aunque no completamente)

---

Carmignani escitó en esta cuestión; y despues de haber

~~90~~ 10

enseñado que el conato permanecido tal por el arrepentimiento del agente no era ya imputable, adopta la opinión que á la tentativa debia siempre irrogarse un ínfimo grado de imputación, aunque los actos no hubieran producido ningun perjuicio y el autor hubiera desistido por arrepentimiento espontaneo

---

Carrara dice: convengo con el insigne maestro, que mirada la cuestión en rigor ontológico desde que una tentativa acompañada de caracteres que la hacen imputable una vez ejecutada, el posterior arrepentimiento no lo destruye, porque factum infectum fieri nequit.- Aquella tentativa era un hecho imputable: ejecutada que fué, nace el deber de responder frente á la ley penal.- Y como la restitución de lo tomado, por completa que sea, no destruye el robo ya consumado, de la misma manera la escistencia de una tentativa punible no se destruye por el subsiguiente arrepentimiento espontaneo por mas sincero que sea.-

Pero este riguroso modo de ver no se debe en este caso aceptar: porque no hay paridad de razones entre caso y caso, porque las miras políticas deben tener en cuenta otras consideraciones de rigida justicia.-

No hay paridad entre caso y caso, porque cuando ha habido delito consumado se tiene el daño, se tiene la efectiva violación del derecho atacado; esta violación, una vez verificada no debe quedar impune.- Pero cuando el atentante se arrepiente á medio curso de su opera-

11

cionos y antes de haber verificado un daño y de haber violado algun derecho, no hay duda que no puede destruir el hecho, pero si, destruye en el hecho lo que importaba á la sociedad impedir, la violación de derecho. En el conato, la razon de su punición está en el peligro, pero la sociedad no puede encontrar peligro en los atentantes que á medio camino se arrepienten.-

Despues las miras políticas dan preponderancia á la opinión mas benigna; aunque todos saben que las leyes penales se dirigen á prevenir los delitos futuros con la punición de los pasados.-

Sin reconocer en la prevención el único fin y el único fundamento de la pena, es necesario sin embargo reconocer que esta consecuencia de la amenaza, y de la efectiva irrogación de un mal al delincuente, debe utilizarse siempre por el legislador.- De aquí que si no es buena razon para el legislador punir robo para prevenir; es sin embargo buena razon para el mismo no punir, cuando punir sería causa de delitos.

No es nada contradictorio negar á la utilidad la potencia de autorizar á hacer y al mismo tiempo concederle potencia de impedir de hacer lo que no podria efectuarse sin seguro peligro.-

La tutela del derecho es el único fundamento aceptable de la punición, porque la ley jurídica no sería mas ley, sino mero consejo sino tuviera sanción eficaz.- El fin de la pena es unicamente el de que esten tranquilos los covasociados, es decir, el mantener

en ellos la conciencia del derecho, mostrando como está tutelada la ley que protege su libertad..

De estas dos proposiciones se sigue: 1º Que cuando la sanción de un caso dado pone en peligro el derecho, la sanción debe callar, porque cesa su razon de ser; y 2º que la sanción penal debe callar, por cesar su fin, pues cuando el mantenerla fuera causa de probable violación al derecho, la amenaza de la pena dejando menos seguros á los buenos viene naturalmente á dejarlos menos tranquilos disminuye la opinion de la propia seguridad en lugar de provocarla.-

Luego pues defecto maximo y verdadera aberracion seria de una ley penal, cuando sus sanciones pudiesen dar impulso á delinquir.- Mientras la sociedad no peligra por perdonar al atentante arrepentido, aplicar una pena, aunque benigna, fuera talvez causa de que ese arrepentimiento no se efectuara.-

Y para concluir dice Carrara: yo pienso que el arrepentimiento tempestivo del agente debe escimirlo de imputación.- Tempestivo, digo, porque tiene que ~~ser~~ antes que los actos ejecutados constituyan en si mismos un hecho dañoso capaz de violar el derecho, en cuyo caso la violación de derecho ya consumada, constituye un título especial que se hace imputable á si misma. Si Tizio agredió á su enemigo con el fin de matarlo, y le dió un golpe que le causó una herida leve, pero á la vista de la sangre y á los ruegos de la víctima, el agente desistió; en este,

caso, digo, el agente le será imputable la lesión ocasionada.-

Pero si el arrepentimiento sobreviene antes de herir á la víctima, aunque ya esté con el puñal en alto, en este caso nada debe imputarsele.- Esta conclusión no solo esta indicada en este caso, por el peligro que en la ley imprevisora colocaria al agredido, diciendo al agresor yo te condeno no obstante tu arrepentimiento, pues en tal caso ella lo empujaria á continuar; - luego tambien esta conclusión esta indicada por la regla fundamental que el daño mediato constituye el fundamento de la política imputabilidad de los hechos que hieren el derecho; y que este daño mediato, se compone de la alarma que causa á los buenos y del mal ejemplo para los malos.- Ahora el mal ejemplo para los malos en el caso de desistir voluntariamente, no existe, porque seria una contradicción; seria suponer que se ha empezado á hacer para no hacer.. Seria el absurdo.-

En general, hoy todos los penalistas italianos y franceses aceptan, que si la tentativa suspendida por voluntad del agente, el acto ejecutado solo se pena en el caso que constituya un delito especial.- En la tentativa se pena el peligro corrido, la lesión á la integridad de los derechos y de la persona; no pudiendo hacer surgir peligro del espontaneo arrepentimiento despues de algun acto ejecutivo inocuo, seria por lo menos

~~14~~

14

un exagerado rigorismo de penalidad, sacar razon de esto solo para punir.- Agréguese á esto que en una buena legislación dificilmente no encuentra imputación como delito por si mismo, el acto ejecutivo capaz de una determinación malvada p. ej. el homicida levantando el puñal y asaltando á la víctima, se arrepiente; seguramente no habrá tentativa, pero si, una amenaza á mano armada, que es un delito por si mismo.-

La no punición de la Tentativa, suspendida voluntariamente, tiene pues una razon ontológica de penalidad, la falta de uno de los elementos que constituyen el delito imperfecto, la falta de peligro ~~y~~ de alarma por imposibilidad que el hecho produzca el daño temido.- Pero concurre tambien una razon política; sin prevision sería la ley que no dijera al culpable con utilidad: detente á la voz de la conciencia; que no tomara en cuenta este fuerte impulso para hacer permanecer el hecho criminoso solo en curso.

El grande esfuerzo para quedarse en el camino delictuoso, que nace de la prometida impunidad, se convertiría en un eficaz impulso para la ulterior ejecución del reato; si el malhechor tuviera conciencia que lo mismo se le condenaria.- Por esta razon, dice Nicolini, la ley natural del perdon resulta ser fundamento de la ley positiva y de la seguridad civil.- Por lo mismo observó Carrara, que cuando la sanción en un caso dado pone en peligro el derecho, la sanción debe callar porque esta resultaria ayuda para la lesión y no protección para

15

el derecho.-

Para concluir, el no voluntario desistimiento de los actos ejecutivos pueden derivar de una saludable reflexion que ha sobrevenido, de súbita piedad hácia la víctima, por el temor á la pena ó por otras razones; pero cualquiera que ella sea, la razon de la no imputabilidad política es siempre la misma; pero para que se verifique la impunidad por voluntario desistimiento es necesario que este reuna ciertas condiciones: como ya hemos dicho mas adelante:

1ro que caiga sobre sustancialidad concreta, es decir sobre el fin del maleficio, y no sobre los medios adoptados;
2o que sea expontanea, y no provocada ó inducida por eventualidad superviniente.

III

Cantidad = La cantidad de un ente es lo que constituye las proporciones de mas ó de menos, comparativamente á otro ente del mismo género.-

Este criterio varia segun la diversa naturaleza de los elementos materiales que se toman de mira en las cosas entre las que se constituye la relación; pues unas veces la norma de la cantidad se toma del número, otras del volumen, otras del peso, pero siempre dependiendo de una idea de proporción.-

Hemos visto que la cualidad en el conato se refiere á su fuerza moral, porque se saca del grado de influencia de la voluntad del agente sobre el impedimento saludable ó sobre los efectos benéficos del mismo.-

La cantidad en el conato se refiere á su fuerza física, porque depende del número y del influjo de los acto externos que constituyen la tentativa.-

Un delito se compone de una serie de momentos; cada uno representando á un acto conque el malvado procede hacia el fin que se ha propuesto.- Cuando el curso de tales momentos de acción ha sido suspendido, tenemos tentativa, cuya cantidad resulta de la serie de momentos que el agente ha recorrido en relación con los que le falta recorrer.- Cuanto menor sea la serie de actos que le falte recorrer mayor será la cantidad de conato, tanto mayor será el peligro, y tanto mayor será por consecuencia la imputación bajo este punto de vista.-

La proximidad del conato debe sacarse del número y de la influencia de los actos que la componen, porque el solo criterio del número no basta.- Un delito puede necesitar, para su cumplimiento la sucesión de quince actos; y otro puede efectuarse solo con cinco.- El que haya ejecutado diez actos hacia el primer delito está á dos tercios de la via, el que haya ejecutado cuatro hacia el segundo, estará á cuatro quintos de la via.- Si solo se tomara en cuenta la cantidad del número de los actos ejecutados tendriamos mayor número en el primero que en el segundo, pero por esto no estará mas cerca de la meta el primero que el segundo.-

La proximidad es un termino relativo con relación á la meta y no con relación al punto de partida.- En sustancia para medir la cantidad de conato, los actos de-

17

ber ser mas bien pesados que contados; es necesario tomar la mas bien de un cálculo negativo, es decir mirando el número de actos que le faltan ejecutar, que los que ha ejecutado.- De aquí que la cantidad depende solo del número sino que tambien de la influencia de los momentos recorridos.-

Todos estos principios abstractamente mirados aparecen simples y claros.- ¿Pero cuando se llega á su práctica aplicación podrá la ciencia arrojar una fórmula segura y constante para tomarla de guia?- En esto estriba la dificultad.- ¿Cuál será el punto de demarcación entre actos preparatorios y tentativa?- ¿Cuál entre tentativa y delito frustrado?- Ya hemos hablado al tratar de los actos ejecutivos de las teorias sobre el primer punto, es decir sobre la demarcación entre acto preparatorio y ejecutivo.- Del segundo punto no hablaremos por no ser materia de esta tésis.-

Vicente Borrego