Francesco CARRARA

TENTATIVA Y COMPLICIDAD

FRANCISCO CARRARA

TEORÍA DE LA TENTATIVA Y DE LA COMPLICIDAD O DEL GRADO EN LA FUERZA FÍSICA DEL DELITO

INSTITUTO PACÍFICO

2017

INSTITUTO PACÍFICO

BIBLIOTECA DE DERECHO, SOCIOLOGÍA Y POLÍTICA

Vol. IX

Teoría de la tentativa y de la complicidad o del grado en la fuerza física del delito

POR

FRANCISCO CARRARA

Vertida al castellano, con prólogo y notas

de

VICENTE ROMERO GIRÓN

Segunda edición
Corregida y anotada

INSTITUTO PACÍFICO

La Revista **Actualidad Penal** del Instituto Pacífico ofrece en esta oportunidad el libro titulado *Teoría de la tentativa y de la complicidad o del grado en la fuerza física del delito* de Francisco Carrara.

Para la presente edición se ha tomado como fuente el original la segunda edición del libro, publicado en 1926, Madrid, por el Centro Editorial de Góngora. Reproducimos tal como aparece en dicha edición, manteniéndose el estilo y el lenguaje de su época.

ÍNDICE GENERAL

PRÓLOGO DEL TRADUCTOR
(De la primera edición española.) 9

Abreviaturas 21

NOTAS (para la segunda edición española). 23

Ensayo de una Bibliografía especial sobre tentativa y complicidad. 41

La tentativa 41

La complicidad 45

GRADO EN LA FUERZA FÍSICA DEL DELITO 47

I Conato 48

CONSIDERACION PRIMERA 54

CUÁNDO EXISTE LA TENTATIVA 54

A.— ELEMENTO MORAL 56

INTENCIÓN.— FIN.— INDAGACIÓN OBJETIVA 56

B.—ELEMENTO FISICO 72

ACTO PELIGROSO.— INDAGACION SUBJETIVA. 72

CONSIDERACION SEGUNDA: REGLAS PARA MEDIR LA IMPUTACION DEL CONATO 89

II Complicidad. 119

PRIMER CASO: CONCURSO DE ACCIÓN SIN CONCURSO DE VOLUNTAD 123

SEGUNDO CASO: CONCURSO DE VOLUNTAD SIN CONCURRENCIA DE ACCIÓN 142

TERCER CASO: CONCURSO DE VOLUNTAD Y DE ACCIÓN 156

CASOS ANORMALES: Modificaciones en las reglas ordinarias de la complicidad 181

APÉNDICE I
Un caso especial de tentativa 201

APÉNDICE II
Continuación de la tentativa 219

PRÓLOGO DEL TRADUCTOR

(De la primera edición española.)

I

No es desconocido en España, entre algunos amantes de los estudios jurídicos, el nombre del insigne Profesor de la Universidad de Pisa, FRANCISCO CARRARA. La excelente revista, que con el título de *Escuela del Derecho* publicó en Madrid D. Cayetano de Estér, por los años 1863 y 1864, insertó dos artículos de CARRARA por todo extremo interesantes (*Ideas sobre el Derecho penal.—De la enmienda del reo como único fundamento y fin de la pena*), los cuales dan clara y suficiente idea por su forma y contenido de las relevantes cualidades del autor, muestran su perfecto conocimiento de la ciencia penal, y convidan y estimulan a ensanchar más la relación con tan preclaro jurisconsulto, recogiendo en sus numerosas obras abundante cosecha de doctrina y enseñanza teóricas, no menos que fecundas y útiles aplicaciones prácticas.

Italia, su patria, le estima y considera como uno de los primeros criminalistas de la época presente y de seguro le tiene por el discípulo más autorizado y genuino de la escuela fundada er. Toscana por su maestro y predecesor en la Cátedra el célebre CARMIGNANI. Y en verdad, que una inteligencia superior, un sentido profundamente moral y humanitario, patrimonio común de casi todos los jurisconsultos toscanos, una erudición vastísima y finalmente, treinta años no interrumpidos de enseñanza doctrinal en la Cátedra, de trabajo y experiencia en el Foro, de concurso asiduo a comisiones legislativas, de escritos de todo género en la prensa profesional, son otros tantos poderosísimos y legítimos medios por donde se llega segura y dignamente a la reputación y autoridad merecidas de que disfruta CARRARA dentro y fuera de Italia.

Pero si sus numerosos discípulos, esparcidos hoy por todos los ámbitos de la península italiana; sus muchos clientes, cados veces mil a los rigores de la justicia por los esos del noble Abogado; sus compatriotas, en fin, pueden atestiguar directamente, las notorias cualidades que adornan al Profesor pisano, los jurisconsultos extranjeros encuentran en las diferentes obras salidas de su pluma, arsenal copioso donde las más importantes cuestiones, si no todas las del Derecho penal, están tratadas con maestría y elevación, con tan cabal conocimiento de la materia, que cualquier encomio, por exagerado que parezca, no traspasará ciertamente los límites de una estricta justicia. Aceptables o no, según la escuela de cada uno, los principios fundamentales del sistema de CARRARA, no es posible desconocer después de todo, que la ciencia del Derecho penal tiene en él uno de sus más autorizados intérpretes y su inteligencia superior no está cerrada a ninguno de los progresos humanitarios y científicos de la época moderna en punto a derecho y legislación penales. Díganlo por nosotros sus calurosas protestas y reiterados ataques contra la pena de muerte y la acogida benévola que dispensa a los modernos adelantos de la ciencia penitenciaria, por cuyo medio indirecto se sepultan en el olvido los gérmenes aún subsistentes de la penalidad antigua, se demuestra la inconsistencia de la teoría absoluta, se da de mano a las relativas, cuyo criterio sea más bien externo y material y se consolidan y precisan más y más las eternas, inmutables relaciones íntimas de la moral con el Derecho penal.

Ocupa el primero y principal lugar entre las obras de CARRARA, su *Programa del curso de Derecho criminal* dado en la Universidad de Pisa, cuya parte general (un volumen) vió la luz por primera vez en 1860, habiéndose agotado ya cuatro ediciones y disponiéndose en estos momentos la quinta[1], La parte especial, o sea la exposición detallada de las diferentes clases de delitos, que comprende siete volúmenes, alcanzó en 1872 la tercera edición. Partidario el autor del sistema de la *tutela jurídica*, que se esfuerza en distinguir del de la *seguridad social*, considera que la máxima o principio fundamental de su sistema, contiene la justificación del Derecho criminal, lo mismo en la esfera propia del derecho de castigar, que en la parte relativa a determinar el *cuánto* y el *cómo* de la represión y en el establecimiento de las reglas de proceder para comprobar el delito y averiguar el delincuente, o sea el Derecho procesal. Por eso la parte general del *Programa* comprende tres secciones distintas, precedidas de unos prolegómenos, a saber: el delito, la pena y el juicio penal.

1 Una traducción francesa de esta obra, hecha por PAUL BARBT, se publicó en París el año 1876.

Entretanto que continuaba y mejoraba el *Programa*, obra las más fundamental de todas, las lecciones inaugurales de cursos académicos, los trabajos críticos en cuestiones de legislación y de práctica, los artículos bibliográficos sobre escritos nacionales y extranjeros se sucedían sin descanso, a la vez que emprendía la publicación de la más comprensiva de sus monografías, la más pensada acaso de todas ellas, en la cual trata extensamente las interesantes, tanto como difíciles cuestiones de la *tentativa* y la *complicidad*, ya delineadas en sus rasgos principales en la parte general del *Programa* (capítulo 9, arts. 1 y 2). Este trabajo, cuya traducción damos a luz autorizados por el autor, fué publicado primeramente en un volumen bajo el título *Del grado en la fuerza física del delito*, e incluido después en la segunda edición de los *Opúsculos del Derecho criminal* (cinco vol. Lucra 1870), formando parte de una preciosa colección de monografías y estudios en los cuales se comprende variedad grande de cuestiones de doctrina general (*Necesidad de profundos estudios jurídicos. Derecho de la defensa pública y privada. — Variedad de la idea fundamental del Derecho punitivo.—Doctrina fundamental tutela jurídica*, etc.), prácticas (*Tentativa en el ímpetu.—Dolo.—Fraude y estafa.— Envenenamiento.—Homicidio.—Riña y duelo*, etc.), puntos relativos al procedimiento (*Cuestiones con ocasión del jurado. — Acusado y defensor,* etc.) y asuntos de índole legislativa (*Hojas de trabajo sobre el proyecto de Código penal italiano.— Las tres concubinas.— Un nuevo delito. El delito y el matrimonio eclesiástico*).

Dos distintas obras dió a luz el Profesor CARRARA durante año de 1874. Intitúlase la primera: *Bosquejo de práctica legislativa penal* (Roma 1874), y es verdaderamente un ensayo más o menos feliz y comprensivo de *Política del Derecho penal* el sentido propio de ciencia, que inspirándose en los principios eternos, fundamentales del Derecho natural y teniendo en cuenta el estado presente del Derecho positivo, la situación social del pueblo, las necesidades, que el proceso continuo de la vida ha engendrado, determina en consonancia con todos estos elementos y precisa con relación a época dada las reformas posibles a que puede aspirarse. Este punto tal de posibles a que puede aspirarse. Este punto de vista, si no con caracteres tan generales, palpita en el pensamiento de CARRARA, que lo expone con envidiable claridad.

La novedad del asunto nos mueve, aunque pequemos en cierto modo de inoportunidad, a consignar brevemente el pensamiento que al autor guía en su exposición. “El Derecho penal, dice, requiere tres momentos para completar su vida y producir la utilidad peculiar a su destino. El Derecho

penal pide ser *fundado, dictado e interpretado*. El estudio y la enseñanza del Derecho penal, recorre, por lo tanto, tres fases que se distinguen entre sí de un modo clarísimo. Recorre la primera fase, cuando deriva de la suprema ley natural o sea del puro Derecho filosófico, las reglas absolutas de la razón punitiva e indaga los criterios a que debe subordinarse y los límites dentro de los cuales ha de circunscribirse la autoridad social en la *prohibición*, la *pena* y el *juicio* de los hechos humanos. Hasta aquí ti Derecho penal se mueve en la esfera de lo *absoluto* y su contemplación tiene los caracteres de pura ciencia. En esta primera elaboración el estudio y la enseñanza penal proceden con absoluta independencia de todo Derecho positivo. Su obra se reduce a la fundación del Derecho penal en su primer momento y las verdades que de ella se deducen, preexisten a todas las leyes establecidas en las naciones. Numerosísimos y eminentes fueron los expositores de la ciencia penal bajo este primer aspecto, que en muchas Universidades forma el objeto principal de la enseñanza con el título de *Derecho penal filosófico*.

Pero el Derecho penal está destinado a gobernar a los coasociados y a asegurar el derecho de todos y de cada uno de ellos. Esto forma el tercer momento de su vida, luego que convertido en ley positiva de un Estado, necesita ser interpretado para aplicarlo a los hechos concretos. Recorre su tercera fase el estudio del Derecho penal, cuando sin contemplar ningún derecho especial constituido, supone no obstante su existencia y proveyendo a las necesidades de su aplicación práctica, indaga los preceptos que deben servir de guía, según la razón, a los llamados a interpretar un Código penal para adoptarlo a los hechos singulares realizados. En esta fase, la enseñanza procede siempre según reglas de abstracta razón y puede asegurarse sin caer en error, que en ella la doctrina penal reviste los caracteres de *arte*, sin conservar rigurosamente las condiciones de ciencia. Ella es la *lógica judicial* referida a la materia penal. También cuenta entre los antiguos, lo mismo que entre los modernos, especiales maestros. Se enseña en las Universidades al exponer los comentarios de los Códigos penales y de procedimientos vigentes; exposición que no puede hacerse sobre el mero positivismo de la jurisprudencia, no completa todavía o siempre variable, sino que ha de sacar sus reglas del imperativo lógico y de los preceptos ineludibles de la hermenéutica.

«Entre el primero y tercer momento de su vida, el Derecho debe inevitablemente pasar por un segundo momento intermedio, en el cual, las verdades indagadas constitutivas, una vez fijas en el pensamiento de los filósofos, se m en preceptos impuestos a los coasociados, como reglas de con-

ducta. Para alcanzar este segundo momento de su vida el Derecho penal, necesita ser *dictado*, precisado. Véase por donde el estudio y la enseñanza del Derecho penal encuentran una segunda fase indispensable e intermedia entre la primera y tercera. En ella la doctrina penal completa la actitud del legislador. Y como debe prestar obediencia aun aquí, a los preceptos absolutos de la razón, según son estudiados y coordinados, mientras que por otra parte le es forzoso penetrar en el campo de la práctica aplicación, bien puede decirse que en esta fase el estudio y la enseñanza presentan los caracteres de *arte* y de *ciencia*, prevaleciendo acaso las primeras. A esto llamo yo *Doctrina de práctica legislativa*. No basta que los publicistas resulten conformes acerca de las verdades cardinales de la razón prohibitiva, punitiva y judicial; no basta, que los jurisconsultos estén acordes sobre las reglas, según las cuales, un Derecho penal constituido haya de interpretarse y adaptarse a los casos concretos. En aquella contemplación, el filósofo prevé un Código por formar; en ésta, el jurista supone un Código hecho. Destácase entre ambas fases como inevitable e importantísima, la segunda, en la cual el Código *previsto* o *propuesto* se va *formando* por el legislador. La doctrina penal no se ha completado con afirmar las verdades fundamentales, puede ser hábil para traducirlas en otros tantos artículos de ley. Es de necesidad transportar esas verdades superiores desde el campo del pensamiento a la vida real. Han de serlo, en primer lugar, como norma de todos los ciudadanos, y a la vez de aquellos a quienes incumbe la dolorosa misión de infligir las penas. Han de serlo en forma no confusa, sino sabiamente *ordenada*; en forma *coherente* y no contradictoria y elástica; en lenguaje *claro* y *preciso*, no dudoso o ininteligible. Todo ello es de necesidad para que los ciudadanos sepan cuáles son los actos prohibidos por la ley y cuáles los permitidos, y lo es más todavía, a fin de que las verdades fundamentales del Derecho filosófico no sean contradichas o menospreciadas, por efecto de una viciosa exposición; lo es, además, para que no sea de todo punto inútil al jurista la doctrina de la lógica judicial ante un artículo de la ley, bárbaramente confeccionado. Es necesario, por último, para que no se sustituya a los principios fundamentales de la razón abandonados en la región de las nubes, aquel perpetuo invasor, adversario homicida de la justicia; el arbitrio del hombre".

Sin duda en el plan del autor no entraba el desarrollo completo de la *Política penal*, por cuanto el elemento preponderante de su obra es el puramente externo, cuya influencia, por lo común, resulta algún tanto exagerada en el ánimo de CARRARA, pero aun así no cabe duda, que el trabajo merece singular aprecio, y acaso dé ocasión o sirva de estímulo a otros más com-

prensivos, según el concepto general y más exacto de la *Política penal*, una de cuyas partes es, sin duda, la que CARRARA llama *Práctica legislativa*.

La segunda obra, publicada en 1874, la forman una serie de estudios, que intitula *Pensamientos sobre el proyecto del Código penal italiano de 1874*[1] cuya obra se enlaza en el orden de los trabajos del autor con las monografías de 1866 y 1867 a propósito de otros proyectos de Código penal, que se elaboraban en Italia, comprendidas en el tomo II de los *Opúsculos* bajo el título de *Hojas de trabajo sobre el proyecto de Código penal italiano*, constituyendo entre todas un conjunto de observaciones críticas de gran valor, sobre las cuestiones más vitales que el Código penal puede comprender.

Recientemente el ilustre criminalista nos ha remitido un pequeño opúsculo, impreso en Lucca en 1875 con el título de *Principios fundamentales de la escuela penal italiana*, en cuyo trabajo contesta a la crítica de sus opiniones, hecha por el profesor ROEDER de Heidelberg e inserta en el tomo II, cuaderno 4.° de la excelente *Rivista penale di dottrina, legislasione e giurisprudenza*, dirigida por el Abogado LUIGI LUCCHINI.

Partidarios como somos de la *Doctrina correccional*, de buen grado discurríamos acerca del folleto del profesor CARRARA, si una consideración de carácter personal no nos lo impidiera. La polémica entre ambos contendientes está abierta todavía, y no se hará esperar mucho nueva contestación de ROEDER. De otra parte, la disputa, acaso por efecto de alguna equivocada inteligencia, se conduce a la sazón con demasiada viveza por los dos contendientes, si avanzados en edad jóvenes de corazón e inteligencia, los dos igualmente persuadidos de la bondad de su causa, y no hemos nosotros de olvidar la consideración que ambos merecen en su respectiva situación y el respeto debido a uno y a otro, con cuya amistad nos honramos.

Finalmente, si nuestras noticias no son equivocadas, el curso corriente de su enseñanza lo inauguró CARRARA con un estudio sobre el *valor de la excusa de provocación en los delitos de sangre*, escrito que no ha llegado todavía a nuestras manos.

1 Ultimado siendo Ministro de Justicia VIGLIANI, cuyo nombre lleva.

II

Debíamos hacer una reseña, aunque sucinta, de los escritos del Profesor CARRARA sobre Derecho penal, porque en nuestro sincero deseo de contribuir al adelantamiento de los estudios jurídicos en España, era inexcusable motivar la elección de la primera obra con que esta Biblioteca se inaugura, que aparte su interés e importancia por las cuestiones que son su objeto, no es el producto de un novel escritor, ni un pensamiento aislado sin precedentes y enlace con más amplias investigaciones. No: la *Teoría de la tentativa* y la *complicidad* está tratada con la mira puesta en principios fijos e inmutables para el autor, que informan todos sus escritos y se desenvuelven en todos ellos con rigor lógico. ¿Cuáles son éstos? Idea perfecta nos da de ellos el mismo CARRARA en carta de 24 de Enero próximo pasado, que nos dirigió otorgando su permiso para la traducción del libro.

Me produce satisfacción, que los juristas españoles puedan conocer cuál sea el estado presente en Italia de esta parte del derecho criminal. En todos los principios fundamentales (cardini) de la doctrina penal, la Italia se separa radicalmente de la escuela francesa, dejando el positivismo y el empirismo para penetrar en las más puras regiones de la filosofía. Y mientras la Francia sufre el predominio de las ideas subjetivas, nosotros, partidarios de la doctrina ontológica, tomamos siempre por guía las reglas del criterio objetivo, a las cuales lógicamente se refiere el principio del derecho de castigar, unánimemente reconocido por todos en la tutela jurídica. De esta diversidad de principios nacen todas las grandes diferencias, que abren un abismo entre la escuela criminal italiana y la escuela criminal francesa. Pero esta oposición de ambas escuelas es más enérgica y pronunciada en la materia de la tentativa, y de la complicidad, más que en cualquiera otra parte del Derecho penal. Verdaderamente sobre este punto somos los antípodas de los franceses, y es una oposición que se manifiesta conjuntamente en los principios radicales, en su desenvolvimiento y en los efectos, tanto de la imputación, como de la pena. No es posible que las dos escuelas se entiendan sobre las reglas teóricas y prácticas, porque el contraste procede de los principios superiores y de las razones jurídicas, que hacen políticamente imputable, así la tentativa como la más remota complicidad. Cierto es, que en orden a estas dos clases de criminalidad, los italianos son más severos para imputar y lo son menos para castigar, mientras que los franceses son más benignos en la imputación, pero mucho más severos e injustos en el castigo. Es utilísimo, por lo tanto, que los juristas españoles puedan meditar en su legua propia este libro mío, que resume la doctrina universal dominan-

te entre nosotros, sobre el tema del Conato y la Complicidad. Es utilísimo, además, porque la tendencia espiritualista de la filosofía española, llevará por relación lógica a los juristas de la Península ibérica, a fraternizar con profundas convicciones con los criminalistas de la escuela italiana y a precaverse y guardarse del empirismo francés. En este sentido mi libro tiene cierto valor, aunque no el mérito de la creación original de las doctrinas que expone, pero es un fiel resumen de los preceptos aceptados ya en todas nuestras escuelas, y seguidos tranquilamente por la jurisprudencia práctica de los Tribunales. Me invita usted a escribir un prólogo o introducción para su traducción, y yo no sabría encontrar materia; paréceme que lo dicho en ésta puede servir con tal objeto[1].

Como se ve por las líneas que dejamos literalmente copiadas, el autor está poseído siempre de la idea fundamental en su sistema, la *tutela jurídica*, a la cual llega por un proceso, cuyos primeros momentos acaso se inspiran de la doctrina de LEIBNITZ al referir el principio del derecho al orden eterno establecido por Dios en el mundo moral. La naturaleza del hombre, moralmente libre y responsable de sus propias determinaciones, lo somete, según CARRARA, al *deber*, de donde procede la ley moral que gobierna al mundo; ley cuyo imperio es inconcebible, si a la vez que *deberes*, no se reconocen al hombre *derechos*, en cuanto sean necesarios para cumplir aquéllos. Todo deber, que se impone el hombre, lleva consigo la necesidad de un derecho a él correlativo y la suma de derechos se resume en la libertad externa del hombre. Esta ley del derecho es primitiva, absoluta, congénita al hombre; forma parte de la ley suprema del orden, que desde el primer momento confiere a aquél la facultad de ejercitar libremente sus fuerzas para la satisfacción de sus propias necesidades, con la única condición de hacerlo sin ofender la libertad de sus semejantes. De aquí el *vínculo jurídico*.

Pero esto no es constantemente respetado por los hombres, que libres como son, tienen el poder de violar la ley jurídica de donde nace la exigencia de constituir una fuerza permanente guardadora de esa ley, que

1 La continuación de la notable carta, que dejamos transcrita en su parte sustancial, se refiere a ciertas preguntas que dirigíamos al autor para garantirnos acerca del original más reciente a la sazón. Véase la respuesta: "Hace usted perfectamente en considerar como la más completa edición de esta obra la 6.ª, que procede de Lucca; es de 1870 y fué inserta en la segunda edición de mis Opúsculos. No es probable que durante algún tiempo se hagan ulteriores reimpresiones, sobre lo cual puede usted estar tranquilo. Finalmente, me pregunta usted si he hecho correcciones posteriores, agregado notas o suplementos, o si creo conveniente hacerlo. Nada he añadido después de 1870, porque si consideré necesario algún desenvolvimiento de cualquier idea sobre las cuestiones de la tentativa y la complicidad, he incluido las observaciones pertinentes en las reimpresiones de la parte especial del *Programa* hechas desde 1872.

satisfaga la necesidad de la *tutela del derecho*, la cual puede obtenerse *directamente* mediante coacción, que obligue al mal inclinado a respetar la ley jurídica, o *indirectamente* por virtud de una *sanción*, que amenace con un mal al conculcador de los derechos ajenos. Sin que entre en nuestro objeto de hoy exponer extensamente el sistema del Profesor CARRARA en todos sus pormenores y relaciones, impórtanos, sin embargo, dejar consignada la base general (en cuya última determinación parece referirse a la doctrina kantiana), porque ella explica, a nuestro juicio, la preponderante influencia del puro elemento externo y material del delito en su *teoría de la Tentativa y de la Complicidad*, influencia que a veces se deja sentir demasiado, con agravio, a lo que pensamos, del elemento moral, como relegado en ocasiones a un segundo término, si bien el autor no desconoce, ni olvida, que la voluntad consciente del hombre, revelada en la intención injusta, es la causa y raíz principal donde ha de buscarse el delito. Por eso cuando procura determinar el elemento material o físico constitutivo juntamente con el moral de la tentativa, dualismo derivado de la idea primordial en que funda el derecho penal, no pudiendo precisarlo palpablemente como en el delito consumado por el hecho externo realizado que trae consigo la violación de la ley del derecho y como consecuencia el daño producido a otro, lo cual no se da en la tentativa, construye ese elemento material, sin el que la idea del delito no tendría realidad según el autor, mediante una abstracción cuyos límites nos parecen por extremo variables e inciertos, a saber: la idea del *peligro corrido* por efecto de los actos ejecutivos, que no alcanzaron la realización completa del mal propósito ideado y puesto en práctica por el criminal. Por donde se muestra cómo el rigor lógico en el desenvolvimiento del principio general, lleva al autor a consecuencias, que muy bien pudieran darse la mano con alguna de las teorías preventivas, cuya inconsistencia está ya fuera de duda. Esta idea del *peligro*, común a casi todos los tratadistas italianos (véanse entre otros varios que pudiéramos citar, PESSINA[1], TOLOMEI[2], CANONICO[3]) es acaso más fructífera para determinar en el momento presente, según las prescripciones de la Política penal, la cantidad de la pena aplicable a los diversos grados de la tentativa, que adecuada para precisar filosóficamente la razón de su imputabilidad, pues que en nuestro sentir los hechos externos son puras consecuencias, signos de las determinaciones de la voluntad en las cuales únicamente reside la lesión del derecho, careciendo aquéllas de valor propio y sustantivo determinante de la índole y condición del delito.

1 *Elementi di diritto penale*, 2.ª ed., tom. I.°, pág, 223, Nápoles, 1875.
2 *Diritto e procedura penale*, 3.ª, ed., cap. 9.ª, pág. 290. Pádua, 1875.
3 *Del realo e della pena*, 2.ª ed., cap. 2.ª, pág. 221. Turín, 1872.

No tiene, en verdad, la idea del conato abolengos perfectamente distintos y reconocidos en el proceso histórico del Derecho penal. La variedad de textos del Derecho romano, contradictorios entre sí, engendró no pocas dudas de los intérpretes que pretendieron averiguar cómo los romanos habían apreciado el conato en sus leyes. Si ALCIATO entendió, que en la doctrina romana tan sólo se castigaba el delito consumado, CUJAS, al cual siguieron MATHAEI y GRAVINA, y entre los modernos CROPP y VAECHTER, sostiene fundado en el axioma: *in maleficiis voluntas cxpeclalur non exitus*, la idéntica punibilidad del delito consumado y de la tentativa. Entre estas opiniones extremas se mueve la de BINKERSOECK y TRAQUELLO admitida modernamente por ABBEG, CHAVEAU y F. HÉLIE, DE SIMONI, HEFFTER, LELIÉBRE, MITTERMAIER, NICOLINI, SANIO y ZACHARIA, que sostienen la diversa punibilidad de la tentativa y el delito consumado, salvo casos excepcionales del derecho particular sobre delitos atroces, *contra rationem juris, propter aliquam utilitatem*. PESSINA propugna una opinión intermedia también, pero algo diversa de la anterior: 1) En los delitos más graves entre los públicos, como el de homicidio y el de lesa majestad, en virtud del principio político o de la intimidación, una vez manifiesto el propósito criminoso, la acción reveladora del mismo, por tenue que fuese, se equiparaba al delito consumado. *Eadem severitate voluntatem scelerís qua affectum jura puniri voluerunt*. 2) En cuanto a los delitos privados, era condición esencial la realización del propósito. *Quid obfuit conatus cum injuriam nullum habuerit effectum* 3) La noción del conato propiamente dicho, punible con pena menor a la del delito consumado, comienza a fijarse en tiempo de los Emperadores, pero respecto de algunos *crímenes* extraordinarios se distinguió entre reato *imperfecto* y *perfecto*, castigándose aquél con pena menor.

La apreciación de PESSINA es acertada y su sentido parece dominante en los escritos de la mayor parte de los intérpretes el Derecho romano a partir del siglo XVI hasta los tiempos recientes de reforma, mejor dicho, de reconstrucción del Derecho penal. Sin embargo, aun en obras anteriores, ideas más exactas, todavía embrionarias, se abrían paso, y justo es reconocer que la Italia representa gran papel, si no el primero, en la evolución. Bástanos al efecto recordar al célebre ALBERTO DE GANDINO en su escrito *De maleficiis*: *Cum quis cogitaagitet perficit, punitur. Si autem cogitavit et agit, sed non perficit, tune subdistingue, quia aut noluit et potuit, aut noluit et non potuit: quia noluit venia dignus est ut ff. de fal. l. quia falsum. Si autem quia non potuit, punitur: quia in maleficiis voluntas spectatur non exitus. Si autem cogitavit nec perficit, subdistingue, quia aut agitur in foro saeculari et non punitur, quia cogitationis poenam nemo maeretur: fallit in crimine lesae ma-*

jestatis; así como en la ciencia moderna la doctrina hoy preponderante fué introducida definitivamente por ROMAGNOSI, núms. 660, 666 y siguientes.

Si los romanos, aun en medio de la diversidad y contradicción de los textos, dan mayor importancia al daño intelectual[1] de modo que su Derecho penal se apoya ante todo sobre la intención depravada, los germanos, por el contrario, siguiendo sus primitivas costumbres, conceden preponderancia al elemento material o de hecho, por tal manera, que los actos externos ejecutivos constituyentes de conato, según las ideas modernas se reputaban delito particular[2], sin que para determinar su castigo se tuviese en cuenta la pena impuesta al delito consumado. (Véanse las leyes Bávara, Borgoñona, Wisigoda, Sajona, Frisona y alguna de las Escandinavas). Sólo las leyes Sálica y Lombarda constituyen excepción a esta regla general y se inspiran en los proyectos romanos.

El Derecho canónico, no obstante la particular atención que dispensa al elemento intencional, como quiera que su fin se endereza hacia la corrección del culpable, siguió el rumbo de las ideas romanas en su último período, manteniendo la impunidad de la mera intención, aparte los casos de pecado, y exigió en cuantos ejemplos se contraen a delitos la existencia de una acción directamente encaminada hacia aquélla[3].

La Constitución Carolina, como más tarde el Código Joséfino, si bien limitan en cierto modo la influencia excesiva del elemento objetivo material, dominante en las ideas de la Edad Media, que se inspiraban en el sistema expiatorio, reconocieron, sin embargo, la necesidad de *actos visibles dirigidos a la ejecución del delito*[4], distinguiendo ya la primera de dichas compilaciones el conato de la consumación, por cuanto en el primero no han tenido lugar el daño y el hecho[5].

Por lo tocante al estado de la legislación y de la doctrina en España, que algo hemos de decir llegados a este punto, el Fuero Juzgo no establece regla alguna general, pero castiga algunas tentativas como delitos particulares, de por sí subsistentes, y la Ley de Partida, trasunto fiel de los Códigos romanos, excluye la intención y castiga la tentativa de algunos delitos, con

1 MITTERMAIER: Cuando comienza la penalidad del conato. *Nuevos archivos del Derecho criminal,* tomo 2.°, cuaderno 4.°
2 Como la idea de PIZZOLI, citado por CARRARA.
3 Clem. I. de poenis.— C. 4, extrav. De judaeis.— C. 2,c. 36,q, 2,c, 2,x de raptor.
4 Constitución Carolina, art. 178.
5 Const. Carol., arts. 109, 130, 132.

tal que se manifieste por actos exteriores, con la pena ordinaria del delito consumado. En cuanto a la Novísima Recopilación, si de las leyes 1, 3 y 5, tít. 21, libro 12, puede deducirse la pena menor de la tentativa, las 4, tít. 8 y 1, tít. 30 del mismo libro, son tan terribles y severas, que imponen al conato la misma pena que al delito consumado. Nuestros intérpretes (nos fijamos en DIEGO COVARRUBIAS) sostienen la pena ordinaria para el conato *in atrocissimis* y la arbitraria en los demás. Ni aun los Códigos modernos, no obstante la aparente unidad de todas las doctrinas hoy reinantes, han llegado a consagrar un precepto unánime,, siendo todavía punto muy debatido el de la penalidad distinta o igual en el delito frustrado y en el consumado. La cuestión lo será sin duda alguna por mucho tiempo, mientras subsista la lucha entre las diversas teorías y sistemas penales, mientras prepondere en las legislaciones y en los jurisconsultos la consideración del daño causado por el delito como elemento substantivo y propio del mismo en lugar de apreciarlo como mera consecuencia. Pero sea de esto lo que quiera, y volviendo a nuestro autor, no hemos de terminar estas líneas de introducción sin llamar la atención de los jurisconsultos sobre la obra del insigne publicista italiano, que influirá sin duda alguna en el ánimo de nuestros escritores, pero prestará mayor utilidad en la práctica al jurista y al Magistrado.

Madrid y Abril, 1877.

VICENTE ROMERO GIRÓN.

Abreviaturas

A. (Autor).

C. (Código).

C. e. (Código penal español).

C. f. (Código [penal] francés, de 1810).

C. n. (Código [penal] napolitano, de 1819).

C. p. (Código penal).

C. s.(Código [penal] sardo, de 1859).

C. t. (Código [penal] toscano, de 1855).

P. (Proyecto, de Código penal).

T. (Tribunal).

T. C. (Tribunal de Casación).

T R. (Tribunal Real).

T. S. (Tribunal Supremo).

NOTAS

(para la segunda edición española).

I. LA EDICIÓN.— Agotada la primera, quiso el Editor que reapareciese esta obra clásica en la nueva "Biblioteca de Derecho, Sociología y Política". No es este caso de resurrección, que el inmortal CARRARA no ha fenecido, ni perecerá su nombre mientras exista el Derecho penal. Pudo eclipsarle, por espacio de medio siglo, el estrépito de otra Escuela, que ahora declina. Empero, las aulas penales, con el aliento contenido, esperaron fervorosas un resurgimiento. Ya llega para su fama, con el nuevo crédito abierto a la ciencia del Derecho penal; que ni la Sociología criminal logró suplantar a éste, ni Escuela positivista italiana arruinar a la Escuela clásica. Un neoclasicismo asegura, en Italia, el sentido de la continuidad.

Alguna modernización tipográfica lleva esta segunda edición que presentamos, y, aunque en mínima escala, algo del modernísimo placer comprensivo de las abreviaturas (Vid. p. 23); que propias de nuestra época son, la usura de tiempo y la economía de espacio. Asimismo, cierta imperiosa precisión técnica en la documentación y correcciones de estilo, que el traductor en su época descuidara, cuidáronse en la nuestra. Variaciones ortográficas fueron impuestas por el uso y vida oficial del lenguaje.

II. LA OBRA.— Con la imprecisión de su época, da el traductor, en el *Prólogo* de esta obra, su fecha de aparición (Vid. atrás, p. 9). Digamos que *Grado nella forza fisica del delito. Lezioni* se estampó la vez primera en Luca, el año 1860. Años después era recogida por el A. en su colección *Opuscoli di diritto crimínale* (1.ª ed., Luca, 1866, 5 vols.; 2.ª, Luca, 1870, 7 vols.; 3.ª, Prato, tip. Giachetti, 1878). A este elenco científico de 128 monografías pertenece, desde entonces, el noveno lugar (Vid. 3.ª ed., tomo I, págs. 139-628), la obra que se reedita.

La primera edición española de esta obra lleva la siguiente portada: *Nueva biblioteca universal* | (*Sección jurídica*) | *Teoría* | *de la* | *tentativa y de la complicidad* | *o del* | *grado en la fuerza física del delito* | *por* | *Francisco Carrara* | Senador del Reino de Italia, Profesor de la Universidad de Pisa, etc. | Vertida al castellano, con prólogo y notas | por | D. VICENTE ROMERO GIRÓN | Abogado, ex Secretario general de Gracia y Justicia, etc. | Madrid | F. Góngora y Compañía, editores | Puerta del Sol, 13, y Corredera Baja, 7, Librería —un vol. En 8.° (XXXII + 321 ps.).

III. EL AUTOR.— Nace FRANCISCO CARRARA en Luca el 18 de Setiembre de 1805; muere en Pisa el 15 de Enero de 1888. Su larga vida marca la trayectoria rectilínea de una vocación singular. Se propuso ser y fué únicamente penalista; empero, llega a ser el primer penalista del mundo. No era, con todo, su tipo mental el de las geniales rutas parabólicas, de las originalidades sorprendentes. El armonismo de su doctrina de fondo ecléctico, inspirada en CARMIGNANI, su maestro de Pisa; aquel conocido gusto suyo por la retocada perfección, técnica y literaria; excusan de hacer sobre ello más pruebas, para mejor proveer en el juicio.

Profesor, desde 1838 a 1888; Abogado, durante lo mejor de su vida; político, de 1865 a 1876, CARRARA es siempre y sólo penalista; artífice de teorías criminológicas o preparador de Códigos penales.

Diríase un NEWTON de la ciencia penal por la teoría de las "fuerzas" —a toda visión cerrado, fuera del campo de su perspectiva física. Sus criterios de "cualidad", de "cantidad" y de "grado" significan una técnica física del Derecho penal. En la Criminología descriptiva, esa técnica señala una época. Empero, es fuerza buscarles el origen.

(Estudios sobre CARRARA publicaron sus discípulos; ninguno tan justo y ninguno tan fervoroso como el de EMILIO BRUSA: *Francisco Carrara*, en *Revue de Droit international*, XX, 70, s.).

IV. CARRARA y CARMIGNANI.— El maestro, JUAN ALEJANDRO CARMIGNANI, nace en Pisa el 31 de Julio de 1758. Muere en San Casciano el 29 de Abril de 1837.

Las vidas intelectuales de CARMIGNANI y CARRARA son paralelas. Su común ambiente académico y forense en la Universidad y Tribunal de Pisa escenario de sus triunfos—, une y estrecha estas dos vidas. Ambos a dos

son sistemáticos. Titula el maestro *Programma d'un completo e sistemático insegnamento del Diritto*. (Turín, 1841), y rotula el discípulo: *Programma del corso di Diritto crimínale*. (Luca, 1859: 2.ª, 1861-70), explicando "por qué lo titulo programa"; título que pareció —dice CARRARA—, "una novitá". (*Prefazione alia quinta edizione*, p. 3).

Debuta por modo elegante el maestro con su *Lesione accademica sulla pena di morte* (il 10 Marzo 1836, recitata nella I. e R. Universitá di Pisa), y el discípulo mantiene idéntica doctrina abolicionista, teniendo a su cuidado la edición italiana de MITTERMAIER, *Die Todestraje nach den Ergebnissen*, Heidelberg, 1862, luego traducida al francés por LEVEN (París, 1865). Apareció, en efecto, esa obra en Italia el año 1864, publicada por CARRARA, en Luca, bajo el título: *La pena di morte considerata nella scienza, nell esperienza e nelle legislazioni*. Su propia doctrina contra la pena capital puede verse en el *Programma, Parte generale*, Sec. 2.ª, Cap. VII, § 661. Siguiendo a CARMIGNANI y a otros, niega la legitimidad del principio de intimidación, y aun su efectiva ejemplaridad, citando a OVIDIO CASIO: "Majus exemplum esse viventis miserabiliter criminosi, quam occisi" (Nota a la 6.ª ed).

Recogen sus informes forenses uno y otro. CARMIGNANI, bajo el título *Cause celebri da lui discusse* (Pisa, 5 vols.); CARRARA, como *Reminisccnce di cathedra e di foro*. (Luca, 1883).— Ambos a dos estudian y discuten Proyectos de Código penal para Italia; aquél, en *Saggio di cenni per la metodica composizione d'un Códice penale toscano* (31 Diciembre 1839) *Foglie di lavoro sopra il progetto di Codice penale italiano* (Luca, 1866-67), y sus *Pensieri sul progetto di Codice penale italiano del 1875* (Florencia, 1874; 3.ª ed., Luca, 1878).

Exportadores de Proyectos originales, uno y otro, el primero hace dos para Portugal (*Progetti di Códice penale e d' Instruzione crimínale per il Portogallo*, en *Scritti inediti*, Pisa, 1851); el segundo, uno para Suiza. De la reforma carcelaria se ocupan: el maestro (*Riforma delle Carceri*, art. en *Monitore*), y el discípulo (*Foglio di lavoro per la Commissione sulla riforma carceraria*, Pisa, 1872).

Bajo su doble potente crítica pasan Códigos y Proyectos extranjeros. (AN [CARMIGNANI], *Note ed osservazioni ai motivi del Proposito del Códice del Delitti e delle pene per l'impero francese*. 1810. Vid. *Teoría*, II, 128, 129, n. 3).

Sobre procedimiento criminal disertan: CARMIGNANI (*Riordinamento del sistema dei giudizi penali in Toscana*, MS. ined. cit. PARDINI, en sus *Cenni biografíci*, p. XXIX), y CARRARA (*Progresso e regresso del giure penale nel nuovo regno d'Italia*. Prato, 1889). Uno y otro despiertan la atención científica alemana, precisamente en Heidelberg, mas por modo diverso. A CARMIGNANI traduce y prologa elogiosamente MITTERMAIER (tradujo *Monografía dei delitti* y los dos *Progetti*; comp. su estudio *Ueber den Zustand der Criminalurissenschaft in Italien*, Heidelberg, 1834).— A CARRARA critica razonadamente ROEDER (*Sull fondamento e fine de la pena nella teoría della emenda*, en *Rivista penale*, II, 273, s. aquél le contesta con viveza meridional en *Cardini della scuola penale italiana*, Luca, 1875, y *Rivista penale*, II, n. 4); Comp. asimismo *Emenda del reo assunta come único fondamento e fine della pena*. Prolusione al corso accademico dell anno 1863-64, en *Opuscoli*, 3.ª ed., I, ps. 189-217, donde dice con manifiesta incomprensión que "la teoría dell' emenda potrebbe farci ritornari all'inquisizione".

Francia se ocupa de ellos. Devoto de CARMIGNANI es el filósofo TEODORO JOUFFROY (1796-1842), a cuyas instancias da aquél su *Lección sobre la pena de muerte* (10 Marzo 1836), a éste dedicada. En París se editan sus *Elementa*. A CARRARA juzga el célebre JULIO LACOINTA, en un artículo de la *Revue critique* (tomo XXIII, ps. 454, s.), y ve traducida al francés la parte general de su *Programa*, por PABLO BARRET. (París, 1876, un vol. in 8.°). Un aplauso común viene de Francia, enviado por FLOTARD (*De l'*état actuel du dro*it penal en Italie*, en *Revue critique de Jurisprudence*, París, 1852.ps. 373, s.), y es recogido con delectación por CARRARA (*Programma*, *Prolegomeni, in fine*). A éste nacen discípulos eminentes en V. MOLINIER, Prof. en la U. de Tolosa.(Vid. *De tenseignement de Droit criminel á Pise et des travaux du Prof. Mr. Carrara*, en *Accadémic de législation de Toulouse*, 1873, XXII, 42, s., que le vale el título de "savio" *Programma*, § 708, nota) y en JORGE VIDAL, su sucesor en la Cátedra. (Vid. *Cours*, 1891, 3.ª ed. París, Rousseau, 1916, p. 81; *Principes fondamentaux*, París, 1889, trad. esp., ps. 403-406; Cf. mis *Comentarios*, 1929, I, 46.) La Academia de Legislación de Tolosa nombra a CARRARA miembro honorario. Al aparecer el Código Zanardelli, unidos corren sus nombres en Francia: "Les fortes et larges doctrines de CARMIGNANI ont communiqué á l'enseignement juridique un éclat qui s'est perpétué autour de la chaire d'um illustre maltre ravi naguére á l'Université de Pise. (LACOINTA, *Introd. Au Code penal d' Italie,* París, Imp. Nat., 1840, p. CIV).

V. LA POLÍTICA CRIMINAL.— Precursores de la moderna Política criminal, CARMIGNANI la presiente en sus *Saggi sulla teoria delle deggi civil* (Florencia, 1794): CARRARA la delinea, ochenta años después, en sus *Lineamenti di prettica legislativa penale* (Roma, 1874). En páginas que preceden, del *Prólogo,* expone CARRARA, muy certeramente, el sentido de esa "Práctica legislativa" (Vid. Atrás, ps. 12, 13); cuya doctrina de *lege ferenda* es médula de la "Política criminal". No de práctica legislativa, que es aplicación de la ley, ya dictada, sino de técnica legislativa se trata. Por donde, si yerra en lo poco, que es el tecnicismo, bien se echa de ver cómo CARRARA acierta en lo principal. Había aparecido ya el nombre de Política criminal, incluso en Italia, con un libro póstumo atribuido a ROMAGNOGSI (*Saggio di Politica criminales,* Florencia, 1852); mas, antes en Alemania, desde 1796, existía ya la nueva ciencia con su título (Vid. Mis estudio *La Politica criminal,* en *Adiciones* a VON LISZT, II, 1919, ps. 42-47). De no seguirle, más acerrado anduvo CARMIGNANI, calificando "la scienza della legislaciones criminale" (*Elementi,* 1834; § 25), que CARRARA diciendo "Prattica penal" (V. atrás, p. 13), que es otra cosa: ciencia del gobierno social, mediante el empleo nacional de tipos de penas y su graduación o dosificación en cada país, por arte de individualización legal de las pena. No es, pues, más amplia la "Política penal, una de cuyas partes es sin duda la que CARRARA llama Práctica legislativa" (atrás, p. 12), sino a la inversa. Esta es el todo, y aquélla, la parte.

Autor italiano, anterior a CARMIGNANI, califica a esta ciencia —muy a lo clásico— "Nomotesia penal" (Vid. RAFAELL, *Nomostesia penale,* Nápoles, 1824-26). No le desconocía CARRARA (*Programma,* § 760, n.); pero desdeña el seguir su tecnicismo, que es de bella estirpe griega, y además exacto.

VI. LA OBRA DE CARMIGNANI.— Más allá de este carril de estrecho paralelismo se extiende, a izquierda y derecha de la especialidad, el área magnífica de la cultura de CARMIGNANI. Como filósofo del Derecho, explicó, desde su creación, en 1840, hasta 1842, la cátedra de "Diritto filosófico", y toda su vida, la de "Diritto pubblico"; lo que constituía dice un biógrafo —"La primogénita sua predilezione nella legale sua carriera" (Prf. GARUANA DINGLI, *Biografía dell' avvocato Giovanni Carmignani, Scritla e recitata nella Societá Maltese il 16 Novembre 1847*, al frente de una trad. ital. de *Elementi*, p. XXI). En ella comentó y reformó la obra de su maestro de la U. de Pisa el célebre JUAN MARÍA LAMPREDI (1732 1793), autor del *Diritto pubblico universale* (Liorna, 1776-78), libro que marca una época. CARMIGNANI dejó escrita, al morir, su *Storia dell origine e dei progressi del Diritto filosofico*, que permanece inédita. No inacabada, sino bajo la censura quedaba, según

carta de 12 Enero 1846, esta magna obra, que tendría cinco volúmenes. Un estrado de sus cursos apareció como *Prodromo d'un insegnamento della Filosofía del Diritto*, en *Giornale Toscano di Scienze Moralien* I (Pisa, 1841), publicado por PIERACCINI. Dejó inéditos, asimismo, sus *Juris philosophiae lineamenta* (Vid. PARDINI, *Cenni Biografici*. *Il Cavaglieri Carmignani* p. XXXVII).

En su magnífico *Programmr d'un completo e sistemático Insegnamento del diritto*, elogiado por la Academia de Ciencias de Turin, y publicado en sus *Atti* (Turin, 1841), se hallan referencias a obras suyas inéditas sobre Derecho filosófico. Así el citado *Diritto rurale* (PARDINI, p. XXVI).

Literato de mérito, en su juventud, vió muy aplaudida la tragedia *Iffigenia*, cuyos ejemplares recoge más tarde, y, como tantos otros, deja que la edad y más austeros cuidados pongan en voz pasiva esa dilecta literatura —que no otra cosa es crítica literaria. Así escribió *Dissertazione critica sulle Tragedie di Alfieri*, premiada por la Academia Napoleónica de Luca (que alcanza tres eds.); *Lettera sul vero senso del verso di Dante: "Poscia piú che'l dolor poté il digiuio"* (dos eds. en 1847); *Giudizio d'un Toscano sulla Tragedia Antonio Foscarini di G. B. Nicolini* (una ed.); *Duanni e i Vantaggi delle Traduzioni,* premio de la misma Acad. (dos eds. en 1808); *Osservazioni estetiche sulla Gerusalemme Libertata*, que dejó incompleta. Muchas pueden verse en sus *Scrcritti inediti* (Pisa, 1851).— CARRARA sorprende y asombra, cuando no se ha leído a CARMIGNANI.

VII. TRIUNFO DE CARRARA.— Numerosísimas obras jurídicas, unas publicadas en vida, como la docta *Apología delle sovrane concessioni per le strade ferrate iu Toscana* (Pisa, 1846); otras póstumas, como la profunda y erudita *Storía delle vicissitudine delí' eloquenza del foro* (de la que sólo publicó el extracto titulado *Escursione storico giuridica sulle vicende della Eloquenza giudiziaria antica e moderna*, al frente de sus *Cause celebri*, vol. I), cubren el paso de este genio por la vida. Todo inútil, para la posteridad. La Congregación del Indice censura a CARMIGNANI en su *Lesione accademica* (Decreto de 4 Julio 1837); la propia Universidad rechaza el excelente *Programma d' insegnamento del Diritto* (1839); su conciencia le impide aceptar la Magistratura, por no dictar sentencia de muerte en oposición a sus principios; una constante dolencia pone largos silencios a su palabra, y quietud a su pluma. Todo inútil, el nombre de CARMIGNANI queda rezagado, confundido en la nebulosa de los precursores: después del paréntesis que sigue a BECCARIA, y al lado de NANI, BARBACOVI, PAGANO, BRIGANTI, PAOLETTI,

MATHEO, en la *Collezione dei cíassici críminalisti* (Nápoles, 1826). Summa de fórmulas espléndidas de la más profunda filosofía penal, es su *Teorie delle leggi della sicurezza saciale* (Pisa, Nistre, 1831, 2.ª, 1865), en cuatro volúmenes; sus *Elementa juris criminalis* (Pisa, 1808, 3.ª, 1822, 4.ª, Roma, 1829; 5.ª Florencia, 1830; 6.ª, Pisa, 1833; trad. ital. de GARUANA DINGLI, 1.ª ed. Malta, 1847; 2.ª, Nápoles, Androsio, tip., 1854; 3.ª, Milán, 1863) "es el primer tratado sistemático y rigorosamente científico de Derecho penal" dice FLORIAN (*Dei delitti e delle pene in generale*, Milán, 1901; trad. esp. Giralt y Dihigo, Habana, S. XX, 1919, p. 42). Se le hace justicia hoy, pero sin leerle.

Genio, previsión científica, profundidad de pensamiento, la más vasta extensión cultural, todo cae arrollado por el estruendo de la época. El siglo XIX, deidad cruel, conoce a los suyos, y esa mentalidad, nacida en el setecientos, no logra sobrevivir, sino transmigrada al cerebro de un discípulo, acaso inferior, pero "muy siglo XIX". A la cultura del Derecho penal pasa CARRARA, con su obra. Hace escuela, y a su constelación pertenecen, en Italia: PUCCIONI, MORI, GIULIANI, CANONICO, ZUPPETTA, JUAN PABLO TOLOMEI, LUIS LUCCHINI, que aún vive; EMILIO BRUSA (m. 1908), ANTONIO BUCCELLATI, B. PAOLI, ENRIQUE PESSINA y otros. Al año de su muerte, celébrase el científico funeral. Titúlase: *Per le onoranze a Francesco Carrara*, (XXIII Settembre 1889), y contiene: *Studi giuridici offerti da P. Barsanti, B. Brugi, E. Brusa, F. Buonamici, E. Camevale, C. Castori, C. Civoli, N. Conti, G. de Notter, L. Ferriani, C. Ferrini, E. Ferri, V. Finzi, G. F. Gabba, B. Garofalo, G. B. Impallomeni, P. Lanza, C. Lessona, L. Lucchini, F. Magri, G. Napodano, G. Orano, E. Pessina, Pozzolini, O. Scalvanti, A. Stoppato, G. Semmola, D. Supino, D. Tuozzi, G. Zanardelli, A. Zerboglio* (Roma, 1900). Corona magnífica, ofrecida por todos los penalistas de Italia.

VIII. LA DOCTRINA.— Al acercarnos de nuevo a CARRARA es fuerza poner oído en la propia sensibilidad. Por Dios que impresiona, y con doble manera, esta fábrica intelectual; bella Metafísica jurídica, gigante y deleznable, Ontología criminal, famosa. Suspende y maravilla, dejándonos perplejos entre la sonrisa y el fervor, su inmutabilidad solemne, de fe hierática. en el propio dispositivo criteriológico. Procede CARRARA a lo matemático. Traza, en el encerado blanco de la resma, fórmulas y más fórmulas, teoremas seguidos de sus demostraciones rigorosas, que en eso es discípulo de LEIBNITZ, de quien toma la "*legge suprema del ordine*" (*Programma*, *P. E. in initio*). Es el suyo un Derecho criminal *more geométrico*, que padece el tropismo de lo absoluto.

Su tecnicismo, demasiado italiano, pidió prestado al léxico de las Artes. Así puso en circulación esa técnica grata de las "figuras de delito" (Vid adelante, §§ 244-282); que juristas modernos, pero atrasados, manejan con amena desenvoltura, en escritos e informes, ante los absortos Tribunales de Justicia. Digamos que fue sustituida ya por otra, basada en las Ciencias biológicas. No se dice ya "figuras", sino "tipos" (Vid. ERNESTO BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tubinga, Mohr, 1906, p. 45, s.e, *Grundüzze*, 9.a ed. 1925, p. 16).

Aficionado a la Filosofía, CARRARA no es un filósofo fuerte, Discípulo de ROSMINI, carece de la complejidad del maestro. En las "fuerzas del delito", según CARRARA, vemos la "fuerza moral" (V. adelante, IX, XVI), que es, sobre inteligencia, voluntad o libertad; mas solo ROSMINI hace vivir ante nosotros "questa terrible *forza* di dir falso al vero, di dir male al bene, di cassare agli occhi propri quell'entitá che gli stá dinanzi e che non puó distruggere, di crearsi un idolo monstruoso é vano, é quella appunto che si dice *forsa pratica* é l'umana libertá" (*Il principio della morale*, ed. GENTILE, Bari, Laterza, 1914, p. 7).

Se acerca demasiado solemnemente a los problemas, CARRARA, deteniéndose luego ante el frontispicio de las fórmulas. Su momento no era ya *filosófico*. "La escuela clásica —observa un filósofo— había alcanzado su pleno apogeo y comenzaba ya a repetirse. Trazados del modo más amplio los principios fundamentales, la empresa de sus epígonos se reduce al perfeccionamiento formal y a las aplicaciones a casos prácticos de los mismos principios. Así, ábrase el período de la producción más propiamente *científica*, que viene condensada en numerosos tratados, en cuya compilación se distinguieron, entre otros muchos, CARRARA, TOLOMEI, BRUSA y PESSINA" (F. COSTA, *Dilitto e pena nella storia della filosofía*, Milán, Facchi, 1924, ps. 257, 258).

Veamos si nos sirve de provecho algo del gran criminalista. El prefería serlo, más bien que penalista, calificando así la propia especialidad. *Programma di diritto crimínale*, *Opuscoli di diritto criminali*, titúlanse sus dos grandes elencos, orgánico el uno, inorgánico el otro, de cuestiones científicas. Más, ha de ser gran psicólogo el criminalista clásico, ya que el atraso contemporáneo de las ciencias biológicas le veda ser fisiólogo ni antropólogo. (Contra su creencia y deseo; Vid. *Genesi antropologica del diritto criminale,* en *Reminiscence di cathedra e di joro*, 1883, ps. 7. s.). Y era psicólogo sutil CARRARA, maestro en finas psicologías, éticas y jurídicas. Era, ade-

más, sistemático: culminaba en la perfección. Más, "Il difetto generale del sistema —según COSTA— deriva in certo modo dalla sua stessa perfezione. Quando piü le singole teorie vengono affinate con precisione quasi matematica, tanto piú la realtá del diritto penale si alontana. Il delinquente si riduce a una pallida ombra che appare dietro i cancelli di una psicología sorpassata". (*Delitto e pena*, ps. 260, 261).

IX. TEORÍA DE LAS FUERZAS.— *In principio erat delictum*. Así el Evangelio de la Escuela clásica pudiera dar comienzo. Sólo existe el delito, como "semplice fatto", y este e» objeto de análisis rigoroso, en sus elementos y partes, análisis cualitativo y cuantitativo. Hace CARMIGNANI la anatomía del delito, por modo maravilloso de vivisección moral, y en él descubre *fuerzas*. Son unas de índole espiritual: la *fuerza moral*, que consiste "nella intenzione dell'agente ossia della forza morale dei delitti". (*Elementi*, L. 1. Sec. 2.ª Tit. II, ed. 1854, p. 35); otras son materiales: la *fuerza física*, esto es, "inquanto alla esecuzione dell'intenzione da parte dell'agente, ossia della forza física dei delitti". (Id. Tit. II, p. 39). Define la: "quel moto cioé corporeo diretto alla esecuzione del delitto ed alla violazione della pubblica e privata sicurezza". (§ 115. página 39).

He aquí ya su *Dinámica criminológica*, base de toda valoración ético criminal: "Il concorso dell'una e dell'altra forza costituisce il delitto; ma non sono queste forze egualmente valutabili. La forza morale (di qui e condizione la moralitá dell'azione alla quale la detta forza si dirige) siccome é inerente all'animo dell'agente, non puó ensere altrimenti conosciuta che per via de'suoi fisici effettí, prodotti da chi infranse la legge. Ma la forza física dal corpo dell'agente adoperata si dee nei suoi effetti *giuridicamente*, non *fisicamente* o *materialmente valutare*". (Id. § 116, p. 39). Así, la moralidad de la acción, condiciona, pero no se identifica con la fuerza moral del delito. (Cf. *Teoría delle leggi della sicurezza soziale*, Pisa, 1831, II, 37-65).

X. METAFÍSICA CRIMINAL.— Luego de esta Física viene, en el sistema de la escuela clásica, una Metafísica criminal. A las realidades representativas suceden los módulos, géneros generales en los que son situados los objetos de la realidad, como objetos del pensamiento, formas fundamentales del testimonio sobre lo visible. Tales son las *categorías criminológicas*, de "calidad", "cantidad" y "grado", famosos "criterios" (*críterii misuratori*) de CARRARA. Como doctrina original fueron celebrados por penalistas ingenuos. El autor de estas notas se propone dar elementos de juicio para estimar medida de su originalidad. Ciérrase aquella Metafísica con la doctrina del

delito como "ente giuridico", de CARRARA (*Programma*, P. G., §§ 33-36, 53, 152, s.) en la que todos los problemas antropológicos aparecen tratados, *in abstracto*, trasportados a plano metafísico. Así, la cuestión medular de la tendencia al crimen, revelada por el delito; que él deforma, tratándola como "daño *mediato*... de pura *opinión*", que "deriva de una sola causa en su esencia ideológica, de la *posibilidad de repetición*…"; que "es *siempre universal*", pues "tiene por base la idea de una repetición posible, que puede ser hecha por todos contra todos". Así, "la *universalidad* de este daño es intrínseca a su naturaleza". (*Programma*, P. G., § 120). Ese ontologismo fue recogido por ZEI (Vid. su obra *Ontologismo e psicologismo in materia penale in Italia*; Florencia, 1882).

Metafísico es, pero poco filósofo CARRARA, cuando avanza este gratuito postulado: "Io non mi occupo di discussioni filosofiche; presuppongo accettata la dottrina del libero arbitrio e dell'imputabilitá morale dell'uomo e su questa base edificata la scienza crimínale, che male si costruirebbe senza di quella" (*Programma, Prefazione alla*, V edic., I, 48, 49; Cf. PESSINA, *La libertá del volere, Prolusione*, 1875, en *Discorsi inaugurali*, ps. 277, s.). Y su Metafísica jurídica constituye —como indica certeramente GRISPIGNI— un paréntesis en la evolución del Derecho penal italiano; utilitario y realista de BECCARIA a FILANGIERI, PAGANO y CARMIGNANI, utilitario y positivo con ROMAGNOSI, para tornar a serlo —del otro lado de CARRARA y su escuela— con la Escuela positivista (Vid. *La odierna scienza crimínale in Italia*, Milán, S. E. L., 1909, p. 9, nota 1; de quien no podemos aceptar este juicio, pág. 10, nota: "Ma in tutti gli altri volumi —del *Programma*— non si ode piú la voce del credente e del metafisico, bensi quella únicamente del giurista". ¿Por qué no jurista y metatífico?) Mejor que "escuela metafísica" (GRISPIGNI, loc. cit.), la de CARRARA, diríase simple *dirección*, en la que ROSSI viene de KANT y del eclecticismo francés, PESSINA del hegelianismo y BRUSA del neocriticismo, con diferenciación que vale más que simples "secondarie divergenze nei singoli rappresentanti" (p. 8).

Véase con qué realismo da comienzo en su *Programma* la Parte especial, donde ha de ser proyectada toda variedad natural de crímenes y criminales, en la trágica o cómica riqueza de sus especies: "E un›assoluta veritá ontologica che ove cessi in un ente giuridico quanto ne costituisce la sua natura specifica, l'ente stesso cambi di genere, etc". (*Parte speciale*. *Prima divisione delle materie*, § 1.079, 5.ª ed., Luca, tip. Canovetti, 1881, I, 35). Y esta parte especial, con todo, merece aplausos modernos: "FRANCESCO CARRARA, non solo il perfezionatore della teórica generale del CARMIGNA-

NI, ma il primo maestro che abbia scientificamente trattato la dottrina dei singoli reatti" (MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cap. II, n. 38; 2.ª ed., Turín, U. T. E., 1920, I, 49). Volvamos a la triada de categorías.

XI. LA CALIDAD.— Aparente antinomia contiene el criterio de *calidad*, según CARMIGNANI: "*l'atto físico* in cui consiste la infrazione della legge, costituisce la qualitá del delitto" (Elementi, § 100, p. 35). Así, calidad, ¿envuelve elemento de cantidad? Más netamente; "La *Qualitá* del delitto é l'atto materiale da prava intenzione accompagnato, dal quale risulta la e delle legge della citá. Le leggi proteggono i diritti o privati o pubblici. Quindi la infrazione della legge produce un danno immediato privato o pubblico". (Id. § 133, p. 43). He aquí ya elemento mensurable que señala el paso a la nueva categoría (Vid. adelante, XII). Mas, veamos el desarrollo de la doctrina en CARRARA. Deriva éste el concepto de calidad de la noción de *especie*. "La *calidad*, en el sentido general de la palabra, es lo que hace que la cosa sea *tal como es*. En los delitos, la *calidad* es lo que hace que un acto criminal constituya tal delito más bien que tal otro; esto es lo que distingue un *título* de delito de otro *título* de delito" (*Programma*, P. G. § 130). Continúa, pues, la deformación metafísica; pues cada delito, si ofrece características propias, relativamente diferenciadoras de progresiva heterogeneidad, presenta otras comunes, de relativa asimilación a otros delitos de primitiva homogeneidad. Sólo abstractamente, sobre el postulado del "ente jurídico", se puede atraer aquéllas, elevándolas a potencia de lo absoluto, para luego extraer la *cualidad del delito* como criterio. Del delincuente no se habla. Así, calidad es: *a*) título criminal o *nomen juris*; *b*) módulo criminológico o *mensura juris*.

XII. LA CANTIDAD.— Trátase de mero criterio de diferenciación. "La quantitá del danno *inmediato* —sigue CARMIGNANI— dolosamente commesa é ció stesso, per cui ciascun delitto diferisce degli altri in ragione della *quantitá*». (§ 133, p. 43). Más, he aquí la función de esta cantidad al servicio de la calidad, como criterio. Porque, en sustancia, cualidad quiere decir tanto como gravedad. "Quindi la *qualitá* del delitto e in certo modo un termine generico esprimente quai delitti in particolare sieno piu o meno gravi degli altri" (§ 133, p. 43.) Deriva CARRARA el concepto de *cantidad* de |a idea de *género*, que sólo indica (P. § 129). Así, "se presenta de especie a especie la relación de *cantidad*, de lo cual deriva la necesidad de encontrar el justo criterio que debe emplearse para reconocer en una especie una *cantidad* mayor que en otra". (§ 131.) Y define: "La *cantidad* es lo que hace que entre

las diversas especies, comparadas entre sí, exista una relación de *más* o de *menos*". (§ 132.) Mas, ello supone un término común de comparación, que otra cosa fuera simple cotejo, y ese término introducirá el desorden de la relatividad, en esa estructura convencional de la comparación absoluta.

En efecto, "el cálculo de la relación de *cantidad* varía de especie a especie según el elemento que se tome para medirla". (§ 133) Sigue un ejemplo feliz, para la explicación precisa (§ 134). y, luego, aplicación de la doctrina al delito. Obsérvese la coincidencia con CARMIGNANI. "Del mismo modo en el delitos no basta distinguir las especies… allí termina la investigación de la *calidad*, pero tenemos necesidad de saber además cuál de los delitos con relación al otro (el robo y el homicidio) es *más grave*, a fin de imputarlo con justicia. Tal es la investigación de la *cantidad".* (§ 135). Por ella "vengo en conocimiento, por ejemplo, de que el homicidio presenta una cantidad de mal social mayor". (§ 136) ¿Por qué? Debiera explicar CARRARA que la propiedad a que el robo ataca, es *medio* con relación a la vida, que niega el homicidio, y esta subordinación de valores, en la relación de medio a fin, y la respectiva jerarquía —siempre abstracta— de la infracción criminal. Pero, no lo explica. Acerquémonos a otro criterio más concreto.

XIII. EL GRADO.— Ya el antepasado FILANGIERI (1752-1788), habla del *grado* en el delito, "grado" que él conjetura "della sola imperfezione dell'intenzione". (*Scienza della legislazione.* Lib. III, Cap. XXIII, 1.ª Ed., Nápoles, 1780-85). CARMIGNANI precisa y amplía el criterio: "e tutto ció'che manca o nell'*intenzione* o nell'*esecuzione* (del delitto) ne constituisce il grado". (*Elementi,* § 100, p. 35). Significa el grado toda la técnica del moral colorido, del matriz, en la imputación. Por eso "E chiaro poi che le regole, per cui viene stabilita la civile imputazione di ciascum agente, risguardano il *grado* del delitto, non la sua qualitá". (§ 250, p. 75). CARRARA desarrolla el concepto. "Las dos fuerzas que constituyen el delito no se desarrollan siempre en un mismo *momento.* La voluntad puede recorrer diversas fases, según que esté acompañada de una inteligencia más o menos lucida, o de una libertad de elección más o menos grande, y del mismo modo la fuerza física puede resultar de una serie más o menos larga de momentos, según el número de actos empleados para llegar desde el primer acto de ejecución hasta el de consumación. Estos momentos, de cada una de las fuerzas que componen el delitos, forman otros tanto *grados*". (§ 138).

XIV. DEL GRADO EN LA FUERZA DEL DELITO.— Saltando a la doctrina de la tentativa, en los *Elementi* de CARMIGNANI, continuamos asidos

al triple cable de "quantitá", "qualitá" y "grado", como criterios de "misura dell'attentato". Así explica él "Gli esterni atti fisici dell'agente dai quali risulta la esecuzione del delitto, in quanto possono *gradatamente* procedere dalla intenzione fino alla consumazione dello estesso, possono essere mentalmente distribuite in una certa serie di *gradi*". (N. I *Della quantítá dell'attentato*, § 235, página 71). En esa idea de "grado", asociada a la otra de "fuerza física", por yuxtaposición de técnicas, ve CARRARA la célebre fórmula, título de su monografía. Reproducida en el *Programma*, aparece allí esa fórmula desarrollada, pero diversamente.

"Todo delito —CARRARA— supone una acción externa. Las acciones externas se componen de diversos *momentos físicos*" (§ 345). "Estos pueden ser incompletos *subjetiva* y *objetivamente* a la vez, porque alguno de ellos haya hecho falta, y por tanto el culpable no haya obtenido el resultado que deseaba. Puede suceder también que sean completos *subjetivamente*, pero incompletos *objetivamente*, porque, aunque el agente haya agotado todos los momentos físicos de la acción, sin embargo, el derecho que atacaba no ha sido violado" (§ 346). "En tal caso, el delito presenta una *degradación* en la *fuerza física*; en efecto, o bien la *acción* misma no es perfecta, o bien, si la acción es perfecta, la *ofensa a la ley* no lo es. En estos dos casos hay un delito *imperfecto*" (§ 347). Hasta aquí, el esquema ideológico de la *tentativa*,

Luego, continúa: "Cuando los momentos físicos de laDD acción son completos, tanto *objetiva* como *subjetivamente*, la degradación de la fuerza física del delito puede tener lugar todavía, no en razón de una *imperfección*, sino en razón de una *división*. Esto sucede cuando varias personas han tenido parte en el delito, sin que los *momentos físicos* de éste puedan, ya *en parte*, ya *en todo*, ser atribuidos a *todas* aquellas personas. En este caso se presenta la noción de la complicidad" (§ 348).

XV. GÉNESIS DE LA OBRA.— He aquí, ahora, el dispositivo ideológico de *Grado nella forza física del delitto*. CARRARA toma de su maestro materia y forma: el *dato* criminológico, técnicamente elaborado, según el sistema de las *fuerzas* —físicas y morales— y el triple *criterio* para su interpretación y aplicación, cantidad y grado. Tales son las categorías criminológicas de CARRARA (*Programma*, P. G., Sec. 1.ª *Il delitto*, Caps. IV a IX, §§ 128-279), en amplio desarrollo de su conocido sistema, expuesto en el *Programa*. La sistemática es aquí menos original. Veamos: "Idea general de la calidad, de la cantidad y del grado en los delitos". (Cap. IV, §§ 128-153) "Criterio de la

calidad en los delitos". (Cap. V, §§ 146-170). "Idem de la cantidad". (Cap. VI, §§ 171-206). "Idem del grado" (Cap. VII, §§ 207-210). "Del grado del delito en su fuerza moral". (Cap. VIII, §§211,s); "con relación a la inteligencia del agente" (art. I, §§ 212-213), distinguiendo "Causas fisiológicas" (§§ 214-250), e "ideológicas" (§§ 251-271), y "con relación a la voluntad" (art. 2, §§ 271-283), singularmente "violencia" (§§ 284-356), "impulso de las pasiones" (§§ 317-334) y "embriaguez" (§§ 332-344), con lo que llegamos al asunto de este libro. En una palabra clásica: *non novum, sed noviter*.

En la monografía que sigue a estas páginas, nos hallamos ante paralelismos sorprendentes de sistema. Véase:

J. A. CARMIGNANI.
(*Elementi di dir*. *pcn*., 1808)

T. II, *Dell'attentato* (§§ 227-229).

I. *Nozione giuridico* (§§ 230-233).

II. *Misura dell'attentato* (§ 234).

N. 1. *Della quantitá* (§§ 235-236).

N. 2. *Della qualitá* (§§ 237-242).

T. 111, I. *Conessione* (§§ 248-249).

"Piu volontá a commettere un medesimo delito concorrano". (§ 248).

N. 2. *Il mandato* (§§ 253-262).

N. 3. *Il Consiglio* (§§ 263-265).

II. N. 2. *Di un'Universitá delinquente* (§§ 269-270).

F. CARRARA
(GRADO NELLA F.F. DEL D., 1860)

I. *Conato* (§§ 2-16).

1.ª *Quando si abbia il tentativo* (§§ 17-102).

2.ª *Norme per misurare la imputazione del conato* (§§ 103-105).

Qualitá (§§ 106-124).

Quantitá (§§ 125 181).

II. *Complicitá* (§§ 182-195).

Sec. caso. *Concorso di volontá senza concorso di asione* (§§ 241-248).

Prima figura. Mandato. (§§ 249-265).

Seconda figura. Consiglio. (§§ 266-276).

Tersa figura. Societá. (§§ 277-282).

XVI. TENTATIVA Y COMPLICIDAD EN CARMIGNANI.— El paralelismo no llega a repetición, porque el sistema de CARMIGNANI es infinitamente más rico y vario. A partir de la distinción clásica, por categoría de relación, entre "delincuente *principal* y *accesorio*" (tít. II), avanza el concepto genérico de "conexión" o relación causal —ya "moral", ya "física"— del delito.

Aquélla se distingue en "*esencial*, cuando contribuye *directamente*, y *accidental*, cuando *indirectamente*, y pertenece sólo a las acciones culposas" (§ 248, p. 75). Nuevas categorías determinan nuevas distinciones; ahora, la categoría de tiempo. Así, el delincuente accesorio puede serlo:

a) *Antes* del delito (coacción-orden, mandato, consejo).

b) *Al tiempo* del delito (cómplices-correos, consocios); y

c) *Después* de él (apología, aprobación cuando fué cometido por cuenta de otro y encubrimiento) (§§ 249-272).

A la antítesis cronológica no falta la síntesis, en esta dialéctica de la cooperación criminal; que así lo *anterior* y lo *posterior* se enlazan en el juego de esa cooperación —a través del delito— como causa y efecto, auxilio y concierto *antero-posterior*. Trátase de "il caso che i ditti atti si potessero riguardare come indizzi d'una precedente societá di delitto, ció che peró alla teoría delle criminali prove apparterrebbe… il caso che la partecipazione dei frutti del delitto, o la ricettazione dei rei fosse seguita dietro una convenzione anteriore alla execuzione del delitto; perocché siffatte azioni allora soltanto potrebbero tra le cause morali del delitto essere annoverate" (§ 272, página 81).

En fin, la *categoría de acción* interviene —nada tan importante para el pragmatismo —como partidor que diferencia del delincuente accesorio *por acción*, "el delincuente accesorio *por omisión*, o sea. negativamente tal" (Tít. III, art. II, §§ 273, s.). Trátase de la negativa cooperación, pero eficazmente positiva, esto es, por eficacia de la omisión, del que no impide —pudiéndolo— la realización de un delito, cuya culpabilidad moral sólo es jurídicamente deducible si no evita —debiéndolo— ese delito o daño inminente.

Así, CARMIGNANI, siguiendo a MATHEI, (*De Criminibus. Proleg*. Cap. I, n. 15 *in fine*), distingue la calidad del *delito* y la calidad de la *persona* (§ 287), en aquel punto en que el más agudo interés social provoca, en el camino de la *ley natural*, una interferencia de la *ley civil*, con el refuerzo que pone al *humano deber* la explícita y concreta *obligación ciudadana*. Y aquí habría lugar a distinguir aún, de la cooperación por *omisión material*, aquella otra por omisión de diligencia, u *omisión espiritual*, según nuestra técnica (Vid. *Adiciones*, II. 464-466 y *Comentarios al Código penal*, I, 290-295 y 447-451).

Nueva postura de la cuestión, con distinción nueva, a través de la *categoría de tiempo*. De la cooperación negativa *anterior* ha de distinguirse la *posterior* al delito, a saber, *ex post facto;* con referencia, lo segundo, a los magistrados, a quienes la ley "impone una especial y perfecta obligación de descubrir los delitos, cuyo silencio; debe reputarse doloso": lo primero, a los consocios del delito, "que espontáneamente no lo revelasen, cuando con revelarlo habría podido impedirse" (§ 280, p. 83).

XVI. EL TÍTULO.— No es difícil, ahora, determinar cuál pudo ser —debió ser, acaso— el título de esta monografía. Rechazado todo coeficiente de originalidad —que sólo pudiera autorizar con nuevos valores una nueva técnica—, el aprovechado discípulo de CARMIGNANI, al aceptar la del maestro,

no estuvo muy feliz, rotulando sus *Lezioni sull grado nella /orza fisica del delitto*. De *fuerzas* se trataba en el sistema clásico, como dispositivo ideológico para explicar, conjuntamente, la tentativa y la complicidad. Pero, ¿sólo de fuerza física? De ninguna manera. El sistema de fuerzas que expone CARMIGNANI, es complejo, abarcando los opuestos dinámicos de *fuerzas físicas* y *fuerzas morales* (V. atrás, n. IX); la explicación técnica de tentativa y complicidad, donde juegan la intención y la realización, el mandato y la ejecución, el consejo y la obra.

¿Cómo pueden explicarse con el puro dato de la «fuerza física»? Fuerzas morales suponen tentativa y complicidad, conato y cooperación en delito; que, si "mandato" y "consejo" puras fuerzas morales son, la "sociedad" no existiera sin ligámenes espirituales y vínculos éticos.

"Fuerza física del delito" es, en efecto, la "que *subjetivamente* considerada tiene su elemento en la acción corporal del agente, y mirada *objetivamente* muestra su resultado en la violación efectiva de la ley o sea el daño inmediato" (Vid. adelante, § 1.°). Empero, de fuerzas morales se trata siempre que se habla de "un acto voluntario del hombre" (§ 2.°); de "la voluntad dañada, que se inclina a violar la ley, por virtud de cuyo impulso la mano o cualquier otro órgano humano comienzan los actos externos" (§ 2.°); del "esfuerzo (*conatus*) de la voluntad", aún no "acompañado de un esfuerzo del cuerpo" (§ 3.°). No basta, pues, apuntar la distinción entre fuerzas físicas *subjetivas* y *objetivas*, en el régimen del delito imperfecto; cuando falta consecuencia a la técnica, y se escribe en otro lugar, "imperfetto il delitto che fosse per qualsivogla ragione degradato nelle sue forze soggettive cosi *fisiche* come morali" (*Studi sul delitto perfetto*, I, *Definizioni*. Luca, Canovetti tip. 1879, p. 3; raro ejemplar adquirido por nosotros en casa del Editor, con correcciones manuscritas). He aquí la explicación: "Nella formula *atto umano*, con la quale descriviamo il *soggetto* del delitto, la parola *atto* rappresenta la forza *física* soggettiva. Lo essere quello un atto *umano* rappresenta la forza *morale* soggettiva; cioé il concorso nello agente dello intelletto e della volontá che ne sono indispensabili condizioni" (*Studi*, I, ed. cit., p. 5).

Debió titularse, en rigor, esta monografía: *Sobre el grado en la fuerza del delito*,

Con el título acaso pudiera rectificarse y ampliarse la doctrina (singularmente en punto a tentativa irrealizable, complicidad por provocación, complicidad espiritual o "delito de adherencia", etc.). Mas, ello fuera excesivo,

tratándose de obra clásica, de histórica curiosidad, y no de vivo púgil científico; piedra sillar separada de monumento ideológico, esta monografía que no estorba a modernas concepciones sobre Derecho penal.

Q.S.

Madrid, Mayo de 1926.

Ensayo de una Bibliografía especial sobre tentativa y complicidad.

LA TENTATIVA

S. XVII. Bader, *De conatu punibili*. Francfort, 1646.— Dilherr, *De conatu poenam secundum naturae et voluntaria jura incurrente*. Altona, 1648.— A. G. Turcke, *De maleficiis coeptis*. Helmstadt, 1680.— G. A. Hoyer, *Diatribe de conatu*. Gisa. 1687.— Ch. Schlegel, *Disputatio de conatu*. Jena, 1687. A. N. Sulztner, *De impunitate conatus in delictis*. Leipzig, 1688.— J. H. Petch, *Tractatus de poena conatus*. Francfort, 1689.— Stock, *De conatu*. Marburgo, 1693.

S. XVIII. Slavinsky, *De poena conatus*. Regiom, 1710.— H. Aliers, *De poena cogitationum ad. leg.*, I. 18, ff. *Dig. De poenis*. Bremen, 1714.— Vereyck, *De cogitatione a poenis libera*. Lyon, Batav, 1730.— Tenzel, *De poena criminis imperfecti*. Francfort, 1730. J. Ch. Jahn, *Harmonía juris criminalis et naturalis in doctrina de imputatione criminis attentati*. Leipzig, 1734.— Hertzog, *De criminis conatu*. Jena, 1735. Bruckner, *Dissertatio sistens crimen conatus*. Jena, 1735.— J. Thomasins, *Problema juris criminalis*: *an poena delicti perfecti ordinaria puniendus sit conatus proximus*. Leipzig, I73S-—Van Bommel, *De cogitatione et conatu in poenalibus*. Lyon, Batav., 1766.— Hoffmann, *De initiis delictorum*. Tubinga, 1768.— Hovius, *De Poena conatus*. Amsterdam, 1774. Heidemann, *De conatu delinquendi*. Hale, 1799.

S. XIX. F. Cropp, *Commentatio de praeceptis juris romani circa puniendum conatum delinquendi*. Heidelberg, 1813. De Brunn Nurgard, *Dissertatio de conatu delicti ejusque poena*, Gotinga, 1817.— Lefebure, *De conatu delicti*. Gante, 1820. Vintgens, *De cotuitu delinquendi ejusque poena*. Groninga, 1822.— J, A. Philips, *De conatu delinquendi*. Lyon, Bat., 1822. F. Ch. Faider, *De lege 2 Cod. pen. scilicet de conatu delinquendi*. Utrech, 1825.— M. A. de Kettelhodt, *De consummatione delictorum in genere*. Cotinga, 1826.—

Bronwer, *De Conatu criminum ejusque puniendi ratione*. Lyon, Batav, 1826. G. Hiddema Jongsma, *De questione an delinquendi conatus poena sit efficiendus si delinquens consilio sponte a delicio abstineat*, Groninga, 1826.— Jordán, *De nonnullis controversiis ad doctrinam de conatu delinquendi spectantibus*. Marburgo, 1826.— Daligny, *Essai sur les principes de la législation franfaise en matilre de tentative*. París, 1926. Sanie, *Observationes ad legem Corneliam de Sicariis*. Regiom, 1827. Hepp, *Von der Verbrechen vollendet und der Versuche*. Heidelberg, 1827.— Merlin, *Tentative* (en su *Répertoire*). París, 1827.— A, C.E. Leliébre, *Commentatio jurídico de conatu delinquendi.* Lovaina, 1828. Werkest, *Dissertatio de modo in punitione conatus delinquendi servando,* Gante, 1828.— Wibenga, *De puniendo conatu delinquendi secundum Codicem poenalem gallicurn*, Groninga, 1828.

Van der Veen, *De conatu delinquendi a quo ipsum delictum prorsus enosci nequit*. Groninga, 1832.— H. Luden, *Uber den Versuch des Verbrechens nach gemeinem Deutschen Rechte*. Gotinga, 1836 (Vol. I de sus *Abhandlungen*).— Nicolini, *Del tentativo*. *Lesioni due*. Nápoles, 1837.— Zachariae, *Die Lehre vom Versuch des Verbrechens*. Gotinga, 1836-39.— Pfotenhauer, *Der Einfluss factischen Irrthums auf die Strafbarkeit versuchte Verbrechen*. Leipzig, 1838.— Santois, *Des principes théoriques de la tetative*. París, 1847.— Nurgard, *Dissertatio de conatu delicti ejusque poena*. Gotinga, 1847.— Dalloz, *Tentative* (en su *Répertoire de Jurisprudence*). París, 1849.— *De Simoni, Dei delitti considerati nel solo effetto ed attentati* (Op. de F. Turati). Milán, 1854 — Roeting, *Quaestio juris criminalis num crimen haud idoneis opibus attentatum puniendum sit. Dissert*.— Otto, *Die Lehre von Versuch im Verbrechen*. Leipzig, 1854.— Krug, *Die Lehre von Versuche*, en *Rechtslexicon*. Leipzig, 1854.— Pizzolli, *Dissertasioni sul conato* (en *Themis*). Florencia, 1858.— Humber, *De la tentative d'aprés le droit criminel des romains* (Rec. de l'Acad.). Toulouse, 1862.— von Bar, *Zur Lehre vom Versuche und Theilnahme*. Hannover, 1859.— F. Carrara, *Del conato e della complicitá. Sul grado nella forza fisica del delitto*. Luca, 1860 (trad. esp. de R. Girón; Madrid, Gongora, 1877).— von Buri, *Zur I.ehre von der Theilnahme und Versuch*. Gisa, i86o.-Chop, Die Grensen zivischen Vorbe- reitung und Versuch. Leipzig, 1861. —La Pega?., Studii sul tentativo. Nápoles, 1869. - Seeger, Die Ausbilbung der Lehre vom Versuch der Verbrechen in der Wüsenschaft des Mitte- lalters. Tubinga, Mohr, 1869.

—Schwarze, *Versuch und Vollendung*, en Hotzendorff-H., II (1871), 269-317.— Geyer, *Die Versuche* (en *Rechtslexicon*, de Holtzendorff). Leipzig, 1871.— Hertz, *Der Versuch mit untauglichen Mitteln*, 1874.— Taran-

to, *Studi sul tentativo*. Catania, 1876.— Ferranti, *Del tentativo*. Palermo, 1876.— V. Romero Girón, *Prólogo* a la traducción española de Carrara (Madrid, Góngora, 1877, págs. V-XXV).— F. Carrara, *Sinopsi delle miei opinioni sul conato, composta ad uso dei miei scolari*, Luca, 1878.— Lammasch, *Das Moment objektiver Gefahrlichkeit im Begriffe des Verbrechens-versuches*. 1879.— Seeger, *Versuch der Verbrechen nach rómischem Recht*. 1879. L. Cohn, *Zur Lehre vom versuchten und unvollendeten Verbrecken*. Breslau, 1880. Castori, *Il tentativo* (en Cogliolo, I, parte 3.ª, n. 35).— R. Garófalo, *Il tentativo criminoso con mezzi idonei*, Turín, 1882.— F. Puglia, *Del tentativo*. Mesina, 1884.— Federico Benévolo, *Del tentativo secondo la legge, la dottrina e la giurísprudensa*, Turín, 1887.— Orestano, *Il conato*. Catania, 1888.— Baumgarten, *Die Lehre vom Versuche der Verbrechen. Stuttgart*, 1888.— L. Cohn, *Die Grundsatze uber den Tatbestand der Verbrechen und der heutige Gattungsbegriff des Versuchs*, Breslau, 1889. Herzog, *Rücktritt vom Versuch und tatige Reue*, 1889.

—Barsanti, *Del delitto esaurito*. Macerata, 1890.— U. Meyer, *Der Anfang der Ausfuhrung*. Tubinga, 1892.- A. Thomsen, *Der Versuch der durch eine Folge qualifizierten Delicte*. Kiel, 1895.— Heberle, *Aus welchcn Grunden ist der beendete Versuch stets geringer zu bestrafen als das vollendete Verbrechen*? Disc., 1896.— R. Saleilles, *Essai sur la tentative et plus particuliérement sur la tentative irréalisable*. Melún, 1897. Champcommunal, Étude critique de lé *islation comparée sur la tentative*. París, 1897. J. Goldschmidt, *Die Lehre vom unbeendiqten und beendigten Versuch*. Breslau, Schetter, 1897.— Klee, *Ville und Erfolq in der Versuchslehre*. Breslau, Schletter, 1898.— H. Gallet, *La notion de la tentative punissable (Essai critique)*. París, Rousseau, 1899.

S. XX. Langenbach, *Der Versuch am untauglichen Objekt und der Mangel am Tatbestand.* Disc. *Rostock,* 1901.— R. Millaud*, Du principe de l'identité de peine en matiére de tentative et d'infraction consomm*ée (Thése). París, Boyer, 1902. Fuhrmann, *Der Ruktritt von Versuch*. Disc. Leipzig, 1903.— Prosch, *Der Ruktritt von Versuch in seiner Bedeutung fur die Teilnahme*. Dis. Tubinga, 1904.— E. Delaquis, *Der un- taugliche Versuch*. Berlín, Guttentag, 1904.

Schwab, *Der Ruktritt vom Versuch in seiner Bedeutung für die Teilnahme*. Dis. Erlangen, 1904.— Kohn, *Der untaugliche Versuch und das Vahnverbrechen*. Breslau, Schetter, 1904.— Kriegsmann, *Wahnverbrechen und unlauglicher Versuch*. Breslau, Schetter, 1904.— Fabian, *Abgrenzum*

von untauglichem Versuch und Putativdelict. Breslau, Schletter, 1905.— Jüsgen, *Der Begriff. des Unternehmens im Reichs Strafgesetzbuch,* Disc. Rostock, 1906.—Rudert, *Der subjective und objektive Seite im Tatbestande des untauglichen Versuches*. Disc. Leipzig-, 1907.—Brandis, *Der Rücktritt vom Versuch in seiner Bedeutung fur die Teilnahme*. Dis. Heidelberg, 1907.— Frank. *Vollendung und Versuch*, en *Vergleichende*, P. G., V (1908), 163, s.— Gerlach, *Der qualifizierte Versuch*. Disc. Rostork, 1908.— Wein, *Ruktritt vom Versuch und tatige Reue*. Disc. Wurzburgo, 1909.— Civoli, *Del tentativo*, en Pessina E., V (1908), 195, s.— Redslob, *Versuch und Vorbereitung*. Breslau. Schletter, 1908.— von Schoen, *Die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs und der Standpunkt der Rechtsprechung*. Disc. Wurzburgo, 1908. Celichowski, *Die Bedeutung der Lehre vom adequaten und vom zufalligen Kausalzusammenhang fur die Frage des Versuchs mil untauglichen Mitteln*. Disc. Halle. 1909. von Oberbeck, *Die Erscheinungformen des Verbrechens im Lichte der modernen Strafrechtsschule*, en *Kritische Beitrage*, 1909, cuad. 4. G. zu Dohna, *Der Mangel am Tatbestand*, 1910.— Baer, *Rücktritt bei Versuch*. Breslau, Schletter, 1910.— Schuh, *Der Rücktritt vom Versuch und seine Bedeutung fiir die Teilnahme*. Disc. Münster, 1910.— Joseph, *Die Wirkung der tatige Reue auf die Strafbarkeit der Taters und der Teilnehmer*. Disc. Rostock, 1910.— Wintritz, *Das problematische und das apodiktische Urteil in der Lehre vom Versuch*. Breslau, Schletter, 10.— Dahlmann, *Der freiwilliqe Rücktritt vom Versuch*. Disc. Kiel, 1911.— Banchle, *Untaugliche Versuch und IVahnverbrechen*. Disc. Erlangen, 1911. Loesch, *Der Versuch imgallenden deutschen Strafrecht, und in den drei Vorentwurfen deutscher Sprache*. Disc. Erlangen, 1911. Stienen, *F*álle einer beg*rifflichen Umnoglichkeit des Versuchs*. Disc. Münster, 1911.— Resignati, *Il tentativo*, en *Enciclopedia giurital*. Milán, 1911.— Valsecchi, *Reato putativo e tentativo impossibile*. Turfn, 1912.—Vannini, *Il tentativo*. Turfn, 1913.— Loeb, *Der Versuch*, Breslau, Schietter, 1913.— Germann, *Ueber den Grund der Strafbarkeits des Versuchs*. Aarau, 1914.— Meyrhofer, *1st der untaugliche Vorsatz grundsatzlich zu strafen*, Disc. Greifswald, 1913.—Darms, *Das Problem des untauglichen Versuchs im geltenden Strafrechts Deutschlands, Oesterreichs und der Schweiz*. Disc. Greifswald, 1916.— Laumann, *Ein Beitraq zur Lehre vom untauglichen Versuch*. Disc. Breslau, 1916.— Vannini, *Valore e limiti di applicazione della riguardante il tentativo*; *Il valore del pericolo nel tentativo*. Extrs. del Supl. tattvo; Delt elemento moraie Rivista-P., 1919.

Q. S.

La complicidad

I.— Arrazola: *Cómplice, complicidad* (Enciclopedia española), Madrid, 1870.— 2.— la), Beaulieu: *De la complicidad en Derecho romano y en Derecho francés*, París.— 3.— Berner: *La participación en el delito,* Berlin, 1847.— 4.— Boehmer: *De obligatione ad revelandum occulta.* Hale, 1734.— 5.— Buri: *Doctrina sobre la participación en los delitos*, 1850.— 6.— Busmann: *De societate delinquendi*, Groninga, 1824.— 7.— Busteli: *De la solidaridad en materia penal*, Bolonia, 1844.— 8.—Carrara: *De la receptación*, Pisa, 1862.— 9.— Champy: *De la complicidad*, París, 1861.— 10.— Coceyo: *Dissertatio de sociis criminis*, Francfort, 1801.— 11.— Dallos: *Cómplice*, *complicidad* (en el Repertorio), Parts, 1849.— 12.— Escriche: *Cómplice* (Diccionario razonado de la jurisprudencia), Madrid, 1874.— 13.—Eisenhart: *De vera criminis socii notione*, Helmstadt, I750.— 14.— Falckner: *Dissertatio de jure complicum in delictis*, Jena, 1658.—15.— Gebers: *De sociis delinquentium*, Lyon, 1824.— 16.— Geiger: *Dissertatio de communicatione poenarum*, Altona,1679.— 17.— Graafland: *Specimen juris exhibens qaestiones de sociis criminum*, Lyon, 1785.— 18.— Henne: *De crimine siletii*, Erfurt, 1761.— 19. Hoersolte: *Doctrina de auctoribus et sociis delictorum*, Lyon, 1828.— 20.— Hopp: *De concursu ad delictum secundum jus hodiernum*. Gante, 1820.— 21.— Joly: *De la complicidad*, París, 1855.— 22.— Kessenich: *De sociis in criminibus*, Lieja, 1823.—23.— Kitka.— *Del concurso de diferentes personas en un delito*, Viena, 1840.— 24.— Lagenbeck: *De la participación en el delito*, Jena, 1868.— 25.— Deysser: *De societate inhonesta*, Leipzig, 1717. 26.— Ludovici: *Dissertatio de duobus circa idem factum concurrentibus*, Hale, 1874.— 27.— Merlin: *Cómplice* (en el Repertorio), París, 1827.— 28.— Nehrmann: *Dissertatio de sociis criminum*, Lyon, 1747.— 29.— Nicolini: *De la complicidad*, Nápoles, 1837.— 30.— Potesta, *De communione sceleris secundum jus crimínale hodiernum*. Lieja. 1820.— 31.— Puttmann, *De receptatoribus*. Leipzig, 1768.— 32.— Reihenardt, *De poena delictis conniventium vel eorumdem scientiam habentium*. Erfur, 1734.— 33.— Snchell, *De poenis regulariter mitioribus sociis criminum*, *quam in eorum auctoribus*

jure romano sancitis. Heidelberg, 1805.— 34.— Schroeter, *Quommodo nuda scientia criminisquem involvat*. Jena, 1637.— 35.—Schutze, *De la participación necesaria en los delitos*. Leipzig, 1869.— 36.—Schwendendorffer, *Dissertatio departicipatione delicti*. Leipzig, 1676.— 37.— Skelund, *Disertatio de concursu ad delictum*. Abo, 1824.— 38.— Smet, *De sociis in crimine*. Gante, 1827.— 39.— Stryk, *Disertatio de imputatione facti alieni circa delicia*. Francfort, 1688.— 40.— Stübel, *De la participación de varios en el mismo delito*. Dresde, 1828.— 41.— Sürland, *Dissertatio de societate criminum ejusque poena*. Francfort, 1775.— 42.— Vanderkemp, *De eo qui delinquenti est socius*. Lion, 1796.— 43.—Westphal, *Dissertatio de consortibus et fautoribus delictorum eorumque poena et nexu*, Hale, 1760.— 44.— Wolthers, *De auctoribus sociis et fautoribus delictorum eorumque poenis*. Groninga, 1823.— 45.— Ziegler, *De ratihabitione*. Viterbo, 1760.— 46.— Ziegler, *La participación en el delito*. Marburgo, 1845.

V. R. G.

GRADO EN LA FUERZA FÍSICA DEL DELITO

§ 1.° La fuerza física del delito, que *subjetivamente* considerada tiene su elemento en la acción corporal del agente, y mirada *objetivamente* muestra su resultado en la violación efectiva de la ley o sea el daño inmediato, puede fraccionarse por causa de *interrupción* o *inejecución* de los actos externos o por virtud de la división de los mismos entre varios individuos. La *interrupción* o *inejecución* de la fuerza física *subjetiva* y la falta de fuerza física *objetiva*, nos conducen a la teoría del delito *imperfecto*[1]: la división de los actos motiva la teoría de la *complicidad*.

1 Para el A., la idea del delito *imperfecto* radica en la falta material de la violación de la ley, aunque el culpable baya ejecutado con voluntad decidida actos exteriores capaces de producir aquélla. Es decir, que la *imperfección* de un delito se determina por el conjunto de sus elementos materiales. Los antiguos no lo pensaban así, sino que tenían una idea más amplia del delito imperfecto. A su juicio podía serlo tanto *ratione praeresis* cuanto *ratione executionis*, de modo que eran delitos imperfectos bajo el aspecto intencional los del niño, del ébrio, del furioso y aun el producido por falta o negligencia. Véase CARRARA, *Programa, primera parte*. § 349 *y nota dispuesta, para la quinta edición italiana, inserta en la traducción francesa*. (N. del T.)

I

Conato[1]

§ 2.° Sabemos que la razón de castigar el delito se funda en la existencia de dos condiciones esenciales, que lo constituyen: porque el delito es un hecho contrario a la seguridad y resulta además de un acto voluntario del hombre. Como la concurrencia de la segunda condición hace derivar de la primera, además del daño inmediato el mediato o reflejo, se exige el castigo del hecho para restablecer en el ánimo de los ciudadanos la confianza de la propia seguridad, todo lo cual es por extremo evidente.

§ 3.° Pero a las veces, aun existiendo la *voluntad dañada*, que se inclina a violar la ley; aunque por virtud de su impulso la mano o cualquier otro órgano humano comienzan los actos externos, que por su misma índole o por la dirección que les imprime el agente han de producir la violación dicha, el curso de estos se interrumpe o llevado al extremo, no se produce el efecto perturbador del derecho hacia el cual propendían los actos mismos del agente. Cuando esto acontece, no cabe sostener la existencia de un *delito*

1 El uso que hacemos de esta palabra, requiere una explicación de nuestra parte. *Conato* no es término admitido hasta ahora como estrictamente jurídico entre nosotros: el Código penal no lo emplea en parte alguna para designar la *tentativa*; y sin embargo, su sentido gramatical según el Diccionario de Academia, es entre otros, el de *acto* y *delito que se empezó y no llegó a consumarse.* Por el contrario, la palabra *tentativa,* que para los juristas tiene una significación propia y concreta, única, nos atreveríamos a decir, no envuelve sentido alguno forense o jurídico para aquella autoridad en punto al lenguaje. Finalmente, la frase *atentado* expresa *procedimiento del Juez sin jurisdicción bastante o tra el orden y forma que previene el derecho* y en otro sentido, *cualquier delito o exceso grande*. El C. p., hasta cierto punto, ha aceptado la última significación haciendo de la palabra *atentado* un título especial de delito (C.p. cap. 4.°, tít. 3.°, lib. II). La fraseología italiana es más completa: *conato, attentato, tentativo* pueden reputarse como sinónimos, si bien *conato* se nos presente como la expresión más genérica determinante de casi toda la escala de delitos imperfectos; *attentato* se contraiga al primer acto próximo de ejecución y *tentativo* venga a expresar concretamente los actos subsiguientes al acto próximo y más inmediatos al límite de la consumación. Nuestro A. usa indistintamente de las tres palabras, aunque al emplearlas bien pudiera determinarse, según el uso que hace de una u otra, relación jurídica, que pretende expresar a tenor del sentido diverso, que dejamos apuntado respecto de cada una de ellas, por más que combata su distinción. (Véase más adelante nota al § 4.°).
Por nuestra parte, nos valdremos indiferentemente de las palabras *conato* y *tentativa*, que en nuestro sentir tienen idéntico valor y análoga significación, prescindiendo por completo de la de *atentado*, porque ni su valor gramatical en uso, ni su sentido jurídico toleran la aplicación para expresar los delitos imperfectos. En Francia es admisible jurídicamente la equivalencia de las frases *attentat* y *tentative*, pero en el uso vulgar, la primera viene empleada para calificar un delito enorme, que tanto puede comprender la *tentativa* como el *consumado*. (Véanse, NICOLINI, *De la tentativa* § 53 y 54; ORTOLAN, *Elementos de Derecho penal*, § 1.035 y 1.036; TOLOMEI, *Derecho y procedimiento penales*, § 1.217 y 1.218 con sus notas correspondientes). También la ciencia jurídica italiana usa de la palabra *reato* admitida como equivalente a la de delito desde que el C. n. le dio carta de naturaleza, cuya palabra suena ya alguna que otra vez entre nosotros, en labios de personas autorizadas y competentes, haciendo paulatinamente su camino con provecho de la más clara y propia expresión científica, por más que aún no resulte admitida como corriente en nuestras leyes. (N. del T.).

perfecto, porque la lesión de la seguridad no se verificó y el derecho amenazado no resulta ofendido. En tal caso solo existe la tentativa.

§ 4.° La *tentativa* del delito se llama *conato,* porque su esencia la constituye un *esfuerzo (conatus)* de la voluntad acompañado de un *esfuerzo del cuerpo.* ALCIATO[1] dice con toda previsión: *conatus in itinere crimen in meta*. Nada más propio y común del hombre que el esfuerzo: nuestra vida desde sus comienzos hasta el fin es una cadena no interrumpida de ellos. Pero si el concepto abstracto de la tentativa, como cosa connatural al hombre, fácilmente se comprende y define, no sucede otro tanto con el concepto de la *tentativa* como ente jurídico. Todos los actos mediante los cuales un hombre, por efecto de pensamiento preconcebido, procura realizar un fin determinado que después no logra, son tentativas en el sentido natural, pero no siempre lo son en el jurídico.

§ 5.° ¿Puede la ley penal ocuparse en las tentativas? ¿Dónde está la razón de imputarlas a su autor? La ausencia de *daño inmediato* y de toda violación *efectiva* de derechos, podrían autorizar la duda acerca de la falta de razón para castigar la *tentativa,* porque derivándose el fundamento político de la imputabilidad de ciertos actos del *daño material* que producen, si

1 Creen algunas escuelas contemporáneas, que debe distinguirse entre *tentativa* y *conato*, atribuyendo a la primera denominación un sentido más lejano del fin y refiriendo a la segunda los actos más próximos. Semejante distinción no la hemos aprendido de nuestros maestros, ni tampoco atinamos a descubrir la utilidad que reporta. Pero de todos modos, y respetando ajenas opiniones, creemos servir a la claridad usando de ambos términos como sinónimos. Creen otros que la fórmula de ALCIATO antes referida, se contrae a expresar que el *conato*, en su estricta significación, opuesta a la del *delito frustrado*, exige como requisito la interrupción de los actos; así que cuando él agente ha hecho por su parte todo lo necesario para conseguir su propósito criminal, sin realizarlo, no obstante, desaparece la noción del *conato* para dar cabida a la del *delito frustrado*. Esto es un error en absoluto, porque, como después demostraremos, aun aquel que ha ejecutado completamente todos los actos que se propuso, todavía puede ser reo de *tentativa* y no de *delito frustrado* cuando los actos por él pensados y ejecutados hasta su término y sin interrupción no llegasen al fin propuesto, por ser *insuficientes* de suyo para alcanzarlo. Es, por lo tanto, un error pensar que ALCIATO pretendiese exponer la doctrina contraria mediante su fórmula; es absurdo pensarlo, porque no conociéndose en aquellos tiempos la noción del *delito frustrado* como ente jurídico diverso de la *tentativa* en sentido estricto, mal podía aludir aquel jurisconsulto a semejante distinción, que por otra parte habría llevado a enseñar la no punibilidad del delito frustrado. El equívoco recae sobre la palabra *meta*, que se quiere tomar en sentido *subjetivo* cuando evidentemente ALCIATO la usó en sentido *objetivo*. La *meta* a que va el culpable no está en realizar el acto, que, según su idea, es el último en la serie que constituyen las operaciones por él pensadas, no; la meta del agente está en conseguir aquel efecto, que constituyendo la violación del derecho por él atacado, representa la *consumación* del delito.
Hasta que no ha conseguido tal efecto, al cual la noción jurídica del maleficio por él intentado atribuye los caracteres del *delito consumado* o perfecto, el delincuente está siempre *in itinere*. Está *in itinere* en cuanto a la objetividad jurídica del delito, aunque verdaderamente sea reo de delito frustrado. Tal es la exacta significación de la fórmula clásica de ALCIATO, ideada para distinguir el delito perfecto de la tentativa, mas no ésta del frustrado. Transportando aquella fórmula a este último punto de vista, se falsea el concepto de ella y se abre franco paso a errores perniciosísimos.

este daño cesa en el *conato*, parece que también debería cesar la imputación, pero no es así.

§ 6.° A la razón de penar derivada del *daño inmediato* que cesa en las tentativas, se sustituye la razón que nace del *riesgo corrido*: ésta hace las veces del *daño* y la acción constituye delito, aunque falta la fuerza física *objetiva* y también aunque resulta incompleta su fuerza física *subjetiva*.

§ 7° Esta idea es la base de toda la doctrina sobre la tentativa criminal. Si bien no tenga que deplorarse un suceso *dañoso*, sin embargo, el ánimo de los ciudadanos se conmueve a la vista de una voluntad injusta que dio comienzo a actos encaminados a conseguir aquel mal propósito e idóneos para realizarlo; y al pensar que tan sólo un mero accidente, cuya repetición no es fácil prever, salvó a la víctima del mal que le amenazaba, la sociedad es presa del mismo terror y del espanto que causa el delito consumado. La tentativa, que pone en *peligro* la seguridad, produce un *daño político*, al cual se pone remedio político con el castigo de aquel a cuyos malos propósitos sólo faltó el favor de la fortuna.

§ 8.° Entiéndase bien, que al hablar de *peligro* o *riesgo*, se trata del *riesgo corrido*, no del *meramente futuro* o por correr; la confusión de estas dos ideas nos llevaría a consecuencias falsísimas. El *peligro futuro* o meramente *ideal* no puede aceptarse por si solo como razón legítima de castigar. Si así fuera, se llegaría a penar la *mala intención criminal* aun las *inclinaciones depravadas*, y destruyendo los límites entre la moral y la ley positiva, confundiríanse las atribuciones del magisterio penal con los oficios elásticos de la policía, y se trastornarían los cánones más evidentes de la imputabilidad política. Cuando en esta materia hablamos de *peligro*, nos referimos a un riesgo, que en un momento dado *existe verdaderamente* como *hecho*, no a un peligro de mera previsión.

§ 9.° Es de advertir además, que, según la opinión de muchos doctores admitida en algunas legislaciones, la *tentativa* sólo debe ser imputable cuando se contrae a *graves* y *atroces delitos*. Siendo leve el daño en los delitos menores, aun tratándose de los consumados, más tenue será, por consiguiente, el mediato que nace del simple riesgo. Por manera, que según esta regla, no sancionada por el C.t., las tentativas de delitos leves quedan impunes. Tal era la máxima que prevaleció en el Derecho romano v sé mantiene en el Derecho francés[1].

1 El C. e., así el de 1850 como el reformado en 1870, establece el principio general, aplicable a todos

§ 10.° Pues si en la idea del peligro radica la razón de castigar la tentativa, como es de evidencia que un riesgo por grande que sea, jamás iguala en gravedad al mal efectivamente realizado, piden de consuno la lógica y la justicia, que la tentativa aun evada a su último limite, no sea imputable como equivalente al delito consumado. Esto sería igualar en la balanza de la justicia un *peligro* a un *daño* real y efectivo y se comprende sin esfuerzo, que semejante equiparación repugna.

§ 11, Agréguese a todo ello, que la diferencia existente entre el *peligro* y el *daño inmediato* del delito perfecto, no se compensa con un aumento de *daño mediato*; sucede lo contrario: ora se considere el mal ejemplo que se ofrece a los malvados, ora se atienda al espanto de los buenos ciudadanos, es cierto que uno y otro tendrán menor importancia en la *tentativa*.

§ 12. La tendrán en el primer caso, porque no estimula a delinquir el fracaso de los esfuerzos del mal apetito, que se quería satisfacer, el cual, sin embargo, es objeto de pena, aunque benigna. La tendrá en el segundo, porque siendo menor la consternación no acalorada por la piedad que inspira la víctima, poderoso excitante para conmover los ánimos, se modera también con la confianza en la Providencia, que oportunamente destruye los propósitos criminales.

§ 13. A estas razones se agrega la consideración política de que si la ley equiparase en la pena la tentativa al delito consumado, faltaría a su misión de defensa social, cuyo reparo destruye por si solo cualquier duda. La ley que igualase en la imputación la tentativa con el delito consumado, vendría a engendrar en el ánimo de aquel cuya mala acción se frustró una tendencia a reproducir sus esfuerzos y a recomenzar la obra, Esta tendencia derivaría de la circunstancia característica de serle en todo caso aplicable el *máximum* de pena por la tentativa en que no prosperó. De esta suerte también, la renovación de los actos punibles después de la tentativa y la consumación del delito, quedarían en cuanto al reo sin *represión*. Del mismo modo, después de una *tentativa*, la víctima amenazada quedaría sin defensa de la Ley penal en frente de aquel malhechor; todo lo cual es por extremo evidente si se considera que cuando la ley dice al autor de tentativa; te castigo lo mismo que si hubieses consumado el delito, equivale ni más ni menos a decirle esto otro: no te castigaré por los nuevos esfuerzos que

los delitos, de la punibilidad de las tentativas, arts. 3.° (N. de T.).

intentes, aunque con ellos llegues a la realización de tus malos propósitos[1]. Lo impolítico de este concepto resulta tan a las claras, que causa singular sorpresa hallar hombres doctísimos y discretos legisladores, que mantienen la idea de la equiparación.

§ 14. Ni cabe objetar que cuando el malhechor ha puesto en juego todos sus medios para violar la ley, si por efecto de la casualidad contraria no consigue el fin maligno que se proponía, encuentra en la minoración de la pena una ventaja inmerecida La objeción desaparece, no sólo ante las consideraciones políticas arriba expuestas, sino por efecto de las más simples y naturales de justicia. Desde luego sabemos, que en los delitos no se castiga la *mera intención* perversa, sino el *acto externo* acompañado de aquélla. Luego un acto externo seguido de sensibles efectos tendrá siempre mayor importancia, que cualquier otro del cual no deriva daño alguno; por consiguiente, la desigualdad en la respectiva imputación no contradice a los preceptos de la justicia distributiva. Y, pues que la fortuna tiene tanta parte en los sucesos humanos, tampoco repugna que la tenga también en la responsabilidad de las acciones criminales. Además, si la desgracia de un daño mayor producido, sin intención de causarlo de tal entidad, perjudica al reo porque aumenta su responsabilidad por motivo del mal producido, aunque sin intención, es de justicia que la fortuna le favorezca cuando, defraudadas sus previsiones, se ha originado un hecho menos lesivo que aquel hacia el cual propendían sus actos[1].

1 Nos parece que este argumento del autor, a fuerza de querer probar mucho, no prueba todo lo que aquél se propone. Si en la determinación de la tentativa entrase un acto dimanado de la voluntad, que volvía atrás en el mal emprendido camino, acaso la razón expuesta tuviera algún valor. Pero no es así ciertamente: la tentativa se produce por el advenimiento de un accidente ajeno a la voluntad del criminal, extraño de todo punto, que choca con ella y la quebranta. Por otra parte, la razón no admite que un criminal se proponga cometer tan sólo *tentativa de delito*, no; el criminal concibe, resuelve y procura consumar un delito. Pero como las acciones humanas no dependen únicamente de la inteligencia que las piensa y de la voluntad que las resuelve, sino de los medios que se empleen y sean necesarios para realizarlas, de aquí la posibilidad del fracaso en ellas. Pues de admitir sin restricción el razonamiento del autor, parece admitirse a la vez la posibilidad de ese fenómeno anómalo e improbable, a saber: que un criminal se proponga tan sólo cometer tentativa de delito. (N. del T.).

1 Durante algún tiempo prevaleció la doctrina de la equiparación por interpretar falsamente el Derecho romano, el cual creíase que igualaba en la pena la tentativa con el delito perfecto. Pero el Derecho romano de modo alguno lo estableció como regla. Así lo demuestra hasta la evidencia NICOLINI en su *Disertación sobre el conato* que nada deja por desear. Mas la autoridad de CUJAS (*Observ*., *L.* 15, *c.* 25), y el espíritu feroz de las Ordenanzas vulgarizaron la doctrina de castigar con igual pena la tentativa y el delito consumado en los delitos atroces, cuya doctrina, apoyada por ROUSSEAU DE LA COMBE (*Trat. de asuntos criminales*, *pág.* 88); de JOUSSE (*De la justicia crim*., *t.* 2.°, pág. 499) y de VOUGLANS (*Las leyes crim*., *lib. I. tit.* 4.° § 7), se consignó en el art. 2.° del C. p. f. de 1810. Siendo de notar, que la influencia de este C., extendida mediante las bayonetas imperiales a otros países, propagó dicha doctrina aun fuera de Francia, como se deduce del escrito de FAIDER, *De conatu*. En general, sin embargo, la opinión contraria prevalecía en la Germania, ya por la inteligencia más recta del Derecho romano, ya a causa de la ambigüedad de las disposiciones de la Ordenanza Carolina, art. 178, la cual, aunque hija de su tiempo, era mucho más benigna que las Ordenanzas francesas.

§ 15.° Tenemos, pues, establecidos estos dos principios: 1.° El *riesgo* o *peligro* corrido por la sociedad en el caso de una tentativa, es razón suficiente para imputarlo políticamente. 2° La imputación de la tentativa, sin embargo, no puede equipararse a la del delito si el resultado hubiese correspondido a la intención. Esto nos lleva por la mano a dos diversas consideraciones en la presente teoría.

§ 16. El principio de que la tentativa puede ser *imputable*, obliga al criminalista a estudiar sus caracteres constitutivos, para conocer cuándo existe o no aquélla en sentido jurídico. El principio de que la tentativa ha de imputarse siempre en menor grado que el delito consumado, nos conduce a determinar las reglas según las cuales conviene modelar esta disminución de penalidad.

Véanse CARPZOVIO, *par.* 1.ª, *quaestio* 21, *núm.* 41; KRESS, in c. c. c., pág. 667; COCCEJO, *Disc. de actibus imperfectis*, 5, 4, § 8; LEYSER, *Medit sp.* 602; *m.* 4; BYNKERSOEK, *Obs. jur.*, *c.* 10, *l.* 3: PUTTMANN, *Elem. jur. crim.* § 32; PHILIPS, *De conatu*, § 5, *ad.* 7; KOCH, *Inst.jur. crim.*, § 89. En Italia contra la autoridad de JULIO CLARO, *Praxis*, § *finalis*, *quaest*. 92, prevaleció la doctrina contraria a la equiparación, la cual poco a poco ha venido agrandando su imperio en Europa. Volveré a ocuparme en este punto con más extensión cuando trate especialmente del delito frustrado.

CONSIDERACION PRIMERA

CUÁNDO EXISTE LA TENTATIVA

§ 17. Para conocer cuándo existe la *tentativa* es indispensable apreciar sus elementos constitutivos, procediendo en ello con método analítico, a fin de determinar en su consecuencia la definición.

§ 18. Sabemos que en el *delito perfecto* la *fuerza moral* deriva de la *intención*, así como la *fuerza física* procede del *acto externo perjudicial*. También en el *delito imperfecto* su *fuerza moral* nace de la *intención*, pero en la *tentativa* falta el *efecto dañoso* que la convertiría en *delito consumado*; y como las funciones del *daño* se representan en la tentativa por el *riesgo*, se deduce lógicamente, que en relación con el peligro que corrió el derecho de ser violado, o sea en consonancia con el *acto externo peligroso*, se determina la *fuerza física* de la tentativa o sea su elemento *material.*

§ 19. Buscar la *tentativa* en el mero riesgo inherente a la posibilidad de un acto, sin dirección intencionada hacia el daño, fuera tanto como llevar la imputación civil más allá de los límites de la imputación moral y poner la justicia al servicio de una especulación de falsa política.

§ 20. Hallar la *tentativa* en la mera intención, aunque firmemente resuelta, a causar un daño, sin la realidad del *peligro* de este daño posibilidad del acto realizado, es lo mismo que castigar la simple intención, tomando únicamente el principio moral como fundamento de la imputabilidad política.

§ 21. Estos dos elementos diversos presentan la *tentativa* con dos distintas fases, que nos llevan a estudiarla bajo dos puntos de vista también diferentes. Aspecto objetivo, en cuanto se aprecia la tentativa en la *intención* del agente dirigida a un fin determinado criminal, cuya intención supera el

resultado obtenido. Aspecto *subjetivo* en cuanto se estima la *tentativa* en el *acto externo*, que constituye su ejecución. Bien sé que estas dos palabras, *objetividad*, *subjetividad*, son usadas por los ultramontanos en diverso sentido y con frecuencia confuso: por mi parte doy la preferencia a la nomenclatura de NANI CARMIGNANI, y en general de los italianos: "El examen de la tentativa conduce la mente a dos diversas consideraciones: la una que aprecia en el ánimo del atentante[1] no el estado de la intención (la cual siempre se supone directa y perfecta), sino el fin a que se dirige; la otra que valúa los medios con que su cuerpo, convertido en instrumento del ánimo, emplea como idóneos para alcanzar el fin. La primera consideración puede llamarse *objetiva* y cabe aplicar a la otra el dictado de *subjetiva*; nomenclatura de la cual, aunque se haya abusado con frecuencia, es la más adecuada y significativa para expresar el doble procedimiento de la teoría de la tentativa criminal". Así lo asienta CARMIGNANI en su *Teoría* (vol. 2, pág. 311), dividiendo después la consideración subjetiva, según que mira al *sujeto activo*, esto es, al *atentante*, o mira al *sujeto pasivo*, o sea la cosa o persona sobre la cual recaen los actos constitutivos del delito.

§ 22. Los ultramontanos usaron a veces de esta nomenclatura[2] en sentido diverso. Lo que CARMIGNANI llama *sujeto pasivo*, ellos lo consideran como *objeto* de la tentativa; esto es, que según aquéllos, la investigación *objetiva* se refiere a la víctima designada, a la cosa que ha de robarse, etc.; mientras que esto, a tenor de la fórmula de CARMIGNANI constituye el *sujeto pasivo*, que puede serlo de la tentativa o del delito consumado. En una palabra, el objeto, según el sentido de CARMIGNANI, es una representación *intelectual*: el fin de la acción tal cual lo concibe el agente. El *objeto*, según

1 Usamos de esta palabra impropia, según el sentido gramatical y jurídico que entre nosotros tienen las frases *atentado*, *atentar* (véase nota 1.ª al inicial del § 2), porque no hallamos otra más adecuada para expresar el concepto. Entiéndase, pues, que al decir atentante significamos aquí el autor, el agente de la tentativa. (N. del T.)

2 No exceptuó entre ellos a ciertos modernos como ORTOLAN (*Elem., de Der. Penal*, § 536), al cual respeto como uno más exactos entre los franceses. Sin embargo, nuestro autor confunde el *paciente* con el *sujeto pasivo* del delito, lo que a mi juicio no siempre acontece, por ejemplo, en el *hurto*, el *sujeto pasivo* es la cosa hurtada,; el paciente es el *propietario,* ORTOLAN viene a establecer que un hombre puede sufrir un delito o en *su cuerpo,* o en su *moral* o en sus *derechos*. Pues solo en el primer caso el paciente se identifica siempre con el sujeto pasivo, porque interviene como parte material para constituís el sujeto del delito, cuyo *objeto* constante es el derecho violado. En el segundo, puede o no darse esta identificación, y en el tercero, de ordinario no se presenta, porque la ofensa a una persona en sus derechos (derechos *reales* o de *crédito*, como especifica el ilustre Profesor), se realiza comúnmente fuera de la *presencia* de la persona ofendida y sin que ella represente ninguna parte material en la acción, que constituye el *sujeto* criminoso. Luego en estos casos el poseedor del estado, de la cosa o del crédito en cuyo daño cede el delito, será el *paciente*, pero el *sujeto criminoso* se completará *pasivamente* a causa del título destruido, la casa incendiada, el objeto sustraído, el documento falsificado, etc. Sólo que cuando semejantes actos se consuman con violencia sobre la persona o con engaño, el *paciente* del delito será además, *sujeto pasivo*.

los otros, es siempre una figura *material*; la cosa o la persona sobre las cuales recae la acción.

§ 23. De esta diversidad de la nomenclatura, nacen, al parecer, contradicciones entre las enseñanzas de los unos y de los otros, que en realidad no existen, y a una materia de suyo abstrusa y difícil, se agrega el obstáculo derivado de la ambigüedad del lenguaje. Pero como este es un instrumento tan sólo y bajo tal consideración, siempre es preferible el que mejor sirva para el uso a que se le destina, se me permitirá seguir el adoptado por mis maestros, a mi entender el más adecuado a las necesidades de la escuela en el desenvolvimiento de la presente teoría, y el más propio a la vez para evitar funestos escollos en la aplicación práctica de los principios[1].

§ 24. Tenemos, pues, la intención y el riesgo como los dos elementos constitutivos del conato. El primero representa el elemento moral\ el segundo el elemento físico. De ambos trataremos con la debida separación.

A.— ELEMENTO MORAL

INTENCIÓN.— FIN.— INDAGACIÓN OBJETIVA.

§ 25. La *intención,* esto es, el propósito del agente de conseguir por medio de sus actos un fin más criminal, que el acto mismo realizado, nos conduce a prescindir de lo *acontecido* para fijarnos tan solo en los que *debió suceder*, según los cálculos del agente. A causa de la intención, no sólo se hacen imputables ciertos actos, que *materialmente* resultaron *vanos*, sino que en un delito *perfecto* se prescinde de buscar el criterio de la imputabilidad en sus condiciones materiales; y cuando aquella iba enderezada a la comisión de un *delito más grave*, se busca la norma para la apreciación de su mayor gravedad, considerando que en si no era el *fin* del agente, sino un simple *medio*. Por ejemplo, las heridas o la fractura de una puerta (delitos *consumados* en sí mismo) pueden estimar como tentativas de homicidio o

1 Además se relaciona con la nomenclatura adoptada en el *Programa,* pues la tengo por la más exacta y la que más satisface a la claridad en la exposición de doctrinas penales. Véase allí, § 36 y siguientes, la demostración de que el *objeto* del delito es el *derecho* violado y la *ley* que lo garantiza, no la cosa o persona sobre que recae la acción. La objetividad del maleficio es por lo tanto, idéntica en el delito consumado y en la tentativa, solo que en el primero el derecho atacado por el agente resulta enteramente violado, mientras que en el segundo el fin del agente se frustra y el derecho atacado no sufre completa lesión.

de robo, y sufrir, en consecuencia, cierta desnaturalización jurídica, porque el agente los ejecutó como medios para llegar hasta el homicidio o el robo.

§ 26. Cuando el *hecho* se realizó (el hombre muerto, la cosa robada), él mismo revela ya la in tención del agente. Aparte demostración contraria del acusado, la presunción jurídica nos lleva a consignar que quiso hacer lo que hizo, pues las presunciones jurídicas se derivan del curso ordinario de las cosas, y es más frecuente que el hombre ejecute lo que se propuso ejecutar, que lo contrario de aquello a que aspiraba. Dado el *hecho*, la situación es de ordinario una figura concomitante y subsiguiente en la determinación del título.

§ 27. En la *tentativa*, por el contrario, el hecho no existe; en su lugar se destaca el *peligro*. Pero el hecho se mide por un *efecto* real dimanado de los actos externos; el *peligro* deriva de la mera *previsión* de un efecto asequible o no mediante aquéllos. Parece, por lo tanto, claro, que la previsión de un hecho no es compañera indefectible de la probabilidad del hecho mismo. En la infinita variedad de relaciones entre el mundo físico y el moral, es harto frecuente que un hombre, para conseguir un fin determinado, ejecute actos desprovistos de la virtualidad suficiente, si bien el actor acalore la ilusión contraria; así como es también muy común la ejecución de actos que pueden conducir a determinado fin, y sin penetrarse no obstante el agente de esa virtualidad, dirija su actividad a dicho fin, sin presumirlo.

§ 28. Una cosa es que un acto *externo* lleve en sí la virtualidad necesaria para producir un efecto dado, y otra muy distinta, que el autor de ese acto *preveyese* o *quisiese* realizar tal efecto. Del hecho se puede deducir una presunción de voluntad; de la posibilidad del hecho sólo puede derivarse una voluntad probable.

§ 29. Dedúcese de lo expuesto, que el elemento *moral* del *conato* requiere una prueba específica, sin que valga decir: este acto podía causar tal efecto, luego su ejecutor tenía la intención de producirlo. Derívase, además, de todo lo dicho, que en el *conato* la *intención* debe ofrecer caracteres particulares, no exigidos en el delito ordinario. De aquí se desprenden dos afirmaciones importantes: la intención en la tentativa de ser *directa* y *perfecta*.

§ 30. 1.° Ha de ser *directa*. No basta para constituir *tentativa* la intención indirecta, entendiendo por ella la *indirecta negativa*, porque la no dirección de los medios, cuando la dirección existe en la voluntad, no altera las

condiciones *intrínsecas* de la intención, resultando siempre los caracteres del *dolo*. Esto es de intuitiva evidencia. En los hechos producidos por *culpa*, la sociedad no reclama el castigo de una voluntad *perversa*, sino de una voluntad *imprudente*, que dejó de calcular todas las consecuencias posibles de los actos a que propendía. Pues la sociedad no tiene derecho a exigir el castigo de esos actos imprudentes, sino en cuanto a causa de ellos se haya de deplorar un hecho perjudicial: la violación de un derecho. Cuando el resultado fue inocente y el ánimo no propendía al daño, falta toda base para reclamar la aplicación de una pena.

§ 31. En el delito consumado funda su derecho a castigar sobre el daño real, y aun cuando en la voluntad del causante se encuentre alguna razón de excusa (la simple omisión, la imprevisión), el derecho materialmente violado debe ser objeto de cierta satisfacción. En la *tentativa* se funda la razón de castigar sobre la intención de violar la Ley, intención defraudada por la fortuna o el acaso, pero causa no obstante, de un peligro real. Luego cuando taltan el efecto dañoso y el ánimo de infringir la Ley, la sociedad no puede considerarse ofendida, ni por el hecho ni con la intención, y carece de derecho alguno para exigir un castigo.

§ 32. En la tentativa no se imputa el mal causado, porque no existe, sino el que se ha querido causar. Pero si acusándome de *culpa* afirmáis que no *quería causar mal alguno*, ¿qué me imputáis? El grado de imputación en la tentativa ha de medirse por la entidad del Derecho a cuya violación se dirigen los actos. Si éstos no tendían a la violación de derecho alguno, el cálculo de la imputación sólo dará un resultado negativo: negativo es el dato del hecho; negativo el de la intención; de dos cantidades negativas no puede, en verdad, resultar una positiva.

§ 33. Decir: se ha intentado hacer lo que ni se *preveía* ni se *quería ejecutar* es, en las condiciones ordinarias de la vida, un imposible lógico. *Tentativa* de delito por *mera culpa* resulta un contrasentido jurídico[1].

1 He aquí un punto de vista de inmediata aplicación a nuestros preceptos legales vigentes. El C. p. (art. 3.°) castiga en general la tentativa sin exceptuar sobre delito alguno de los que define y pena. El art. 581 castiga los de imprudencia temeraria, esto es, y apelando al lenguaje técnico antiguo, los dimanados de mera *culpa*, no de *dolo*. Ahora bien; según estos preceptos generales del C., ¿cabe apreciar la existencia de una *tentativa* en el delito de imprudencia temeraria? Pongamos un ejemplo; un cochero conduce a la carrera el carruaje por la vía pública, contra lo determinado por los bandos de policía; a causa de esta imprudencia atropella a un transeúnte y le causa la muerte o una lesión. Este es el caso propio de la imprudencia, en el cual concurren todos los elementos exigidos por la ley: *culpa*, no *dolo*; *hecho* que ejecutado dolí mente (con malicia) constituiría delito. Pero acontece que la culpa se da, esto es, el cochero marcha voluntariamente a la carrera por la vía pública; el transeúnte es arrollado y cae, y en el mismo momento de caer un tercero lo separa bruscamente, o

§ 34. Algunos ultramontanos pretendieron, sin embargo, sostener lo contrario e imaginaron el extraño caso de la tentativa derivada de culpa (véanse WINSSINGER, *De dolo et culpa*, cap. IV, § *4*; LELIÉVRE. *De poenarum adaequatione*, *p. 15 s.* y los demás allí citados); pero examinando los argumentos resulta claramente el sofisma. Comienzan por asentar una proposición general; la sociedad tiene el derecho de amenazar con pena, no sólo a los actos que efectivamente violan el Derecho, sino a aquellos que lo ponen en peligro de ser violado; y cuando la pena existe preventivamente en la ley, su aplicación es siempre justa. De aquí pasan a demostrar la proposición particular, esto es: ciertos actos cometidos por mera imprudencia o sin intención maligna, ponen en peligro la seguridad. Prescindiendo de dirigir nuestras observaciones a la primera proposición, ¿cuál es la conclusión lógica a que conduce el anterior silogismo? Evidentemente no nos lleva a admitir una tentativa sin intención, sino a establecer la legitimidad de prohibir y reprimir ciertos actos de los cuales deriva inminente peligro para la segundad individual, aunque no se cometan con fin depravado. Pues la punibilidad genérica de tales hechos no se asienta respecto de algunos dentro de sus verdaderos limites, porque se consideran como transgresiones de policía y no como verdaderos delitos, justamente por la falta en ellos de índole criminosa. Así en los pueblos cultos se prohíbe la carrera rápida de los coches, la explosión de armas de fuego y cosas semejantes en la vía pública, aunque de ellas no se siga daño alguno; de tal manera se provee al peligro resultante de todos esos hechos, en los cuales, sin embargo, se funda por los contrarios la necesidad de admitir la *tentativa culpable* de lesiones[1]. Pero a semejante ilógica conclusión no se llegaría aun cuando otro medio no hubiese

se lanza a los caballos, los sujeta y contiene. ¿Existe tentativa? Legalmente, atendida la generalidad con que los preceptos están concebidos, sí; el agente interviene con el grado de intención y de voluntad, considerados por la ley como suficientes para determinar el delito de imprudencia temeraria; ha dado principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores; no practica todos los que debieran producirlo por una causa o accidente, extraño a su propio y voluntario desistimiento; luego todos los elementos componentes de la tentativa coexisten aquí. La intención perfecta y directa en cuanto cabe, según la índole del delito; los actos exteriores, que dan principio directamente a la ejecución; el accidente o causa extraña a la voluntad del agente a la consumación. Verdad es que el art. 599 castiga como reos de faltas a los que corriesen caballerías o carruajes por las calles, paseos y sitios públicos con peligro de los transeúntes o con infracción de las ordenanzas y bandos de buen gobierno; pero este precepto, por su misma generalidad, no alcanza justamente al caso concreto descrito, y la cuestión, a nuestro juicio, queda en pie. La jurisprudencia, que sepamos, no la tiene resuelta todavía, y de esperar es que si llega a presentarse, los dictados de la razón y de la justicia prevalecerán sobre el criterio legal, que por su concepción demasiado vaga y genérica es ocasionado a una aplicación extremadamente rigurosa y grave. Conveniente sería, por lo mismo, que el precepto aplicable a las faltas (art. 5.° del C.), se extendiese a los casos que bajo el supuesto anterior pudieran reputarse como de tentativa y aun de delito frustrado en la imprudencia temeraria. (N. del T.).

1 Téngase en cuenta nuestra nota al § 33, y además no se olvide que el autor llama *tentativa culpable* a la que nace de *culpa* en contraposición al *dolo,* distinción muy conveniente, pues en nuestro modo usual de hablar, aunque no técnico, consideramos la tentativa *culpable*, como si dijéramos *dolosa,* con *perfecta intención y malicia.* (N. del T.).

para proveer a la seguridad, sino asentando la ley sobre una repugnancia, y si ésta induce falsedad, es además inaceptable que la pena radique sobre una base errónea. Mucho menos puede admitirse tal resultado, cuando la necesidad no lo demanda y cabe conjurar suficientemente el peligro de esos casos, tomándolos como *hechos consumados* en sí mismos.

§ 35. No es posible dudar, por lo tanto, acerca de la primera proposición: la tentativa exige *intención directa*. Y es tanto más imposible que la tentativa *culpable* deba seriamente admitirse en Derecho penal, cuanto que se tiene ya por cierto en la doctrina común de los criminalistas, que tampoco se admite en los hechos de *dolo indeterminado* (*dolus indeterminatus*, *determinatur ab exitu*)[1]. Por consiguiente, si el que pensando causarme un mal, pero no proponiéndose matarme, me ha inferido una ligera lesión, no debe imputado de *tentativa de homicidio*, por la circunstancia de que era *posible* y se *podía prever* como resultado del hecho mismo que subsiguiese mi muerte; es igualmente absurdo encontrar tentativa donde no concurren el dolo y el ánimo directo de dañar.

§ 36. La *intención* ha de ser *perfecta* para que exista la tentativa. Esta segunda proposición se controvierte hoy por algunos autores, que dudan de su exactitud, especialmente entre los modernos. La opinión que excluye la tentativa en el caso de dolo con ímpetu, se mantiene por ROSSI[2], NANI[3], CARMIGNANI[1], LAURIA[2], GLULIANI[3], PUCCIONI[4], ROMAGNOSI[5], PIZZOLI[6], ROMANO[7], JENULL[8], MITTERMAIER[9]. Parece inclinarse a la contraria ROBERTI, pero si se pretende limitar a casos extremos la regla de este escritor, no se vaya a convertir en regla la limitación, como algunos proponen con sobrada ligereza.

1 Véase mi lección sobre el dolo, *Opusc*, vol. I, p. 306.
2 *Traité de droit penal*, chap. XXXII.
3 *Principii di giurisprudenza crimínale*, § 108.
1 *Elementa juris criminalis,* lib. I., § 231
2 *Esposizione delle leggi penali*, part. I, cap. II, nota 1.ª *in fine.*
3 *Istituzioni di diritto crimínale*, ed. Macerata, lib. I, capítulo v, § 1.°, p. 122.
4 *Saggio di diritto penale*, lib. I, tít. 7.°, p. 82.
5 Cuando ROMAGNOSI (*Genesi* § 694) definió el delito frustrado, una *esecuzione ragionata* (ejecución razonada), mostró con entera claridad el presupuesto de la reflexión serena no admisible en el ímpetu, en la cólera. *Nikil interest* (SÉNECA, *De mor.*) ínter tratum et insanum, nisi dies.
6 *Studi sulla teórica del conato punible*, p. 105.
7 *Istituzioni di diritto crimínale*, vol. I, p. 162.
8 *Commento al Códice penale austríaco*, part. 2.ª, p. 237.
9 *Scrítti germanici,* vol. I, p. 278.

§ 37. Recordemos que los términos de esta cuestión se contraen únicamente a los casos de *dolo de cuarto grado*; esto es, del que reúne los dos caracteres de *instantáneo* y por efecto del *dominio* de una ciega pasión[10].

§ 38. En los actos fríamente premeditados, en los deliberados, en los de resolución momentánea no excitada por ciega pasión, cesa todo motivo de excluir la tentativa; porque la voluntad del agente, el *tiempo* para reflexionar, el *sosiego* del espíritu para calcular, permiten la ordenación de una serie de operaciones con tendencia a un fin determinado y explícitamente previsto, diverso del que se realizó. Pero cuando faltan al agente el intervalo de tiempo para deliberar, el sosiego para calcular las consecuencias de los actos en que se compromete, se niega comúnmente por los criminalistas que pueda aplicarse la noción de la tentativa. La razón es más bien *psicológica* que *jurídica*.

§ 39. Jurídicamente tenemos el elemento *moral* de la tentativa de un delito cuando se supone la intención directa de realizarlo. Pero psicológicamente se niega, que a un ánimo agitado por vehemente pasión pueda atribuírsele en las resoluciones instantáneas una voluntad definidamente encaminada a fin diverso del conseguido. La pasión quita el conocimiento; la rapidez de la acción no da lugar cálculo; se obra por ímpetu del ánimo conmovido, sin parar mientes en el resultado de lo que se ejecuta. En una palabra: la distinción entre acto empleado como *medio* y efecto querido como *fin*, implica un raciocinio incompatible con el ánimo perturbado por la pasión del momento.

§ 40. El hombre irritado o amedrentado, que se apodera de un arma en medio de su ira o del pavor, asesta a golpes por efecto del sentimiento que le agita hiere por herir, no piensa en la muerte de su enemigo, o si esta idea cruza por su mente, no es como un efecto que absolutamente se proponga conseguir. En tales condiciones, el hecho debe ser el único criterio para definir el título del delito, porque es el único dato en donde la justicia encuentra *certeza.*

§ 41. Cualquiera que haya observado las opciones de un hombre a quien la cólera agita o embarga el temor, y le ha visto destruir objetos preciosos, para él muy caros, maltratar a personas amadas, ofenderse a las veces a sí mismo, ha de convenir forzosamente en que no es compatible con tal

10 Véase mi lección ya citada sobre el dolo, *Opúsc*. vol. I, pág. 299.

estado de ánimo el concepto de un cálculo director de los movimientos del cuerpo hacia determinado y concreto fin.

§ 42. Pero suponiendo que alguna rarísima vez, el dominado por ciega cólera, pueda darse cuenta a sí mismo de la idea concreta de causar la muerte al adversario y propender a ello, todavía sostengo, que si semejante lucidez en la previsión y tan explícito querer, podrán en casos muy contados madurarse bajo el imperio de la pasión ciega, el Juez, sin embargo, no tendrá un criterio suficiente para llegar a la certeza. Como los actos exteriores del hombre enfurecido, de *ordinario* son *irracionales* o aparecen extraños al *cálculo*, no cabe sostener con seguridad, que en un caso dado, en la herida, por ejemplo, deba verse un *medio* y no un *fin*. Y por lo mismo, es preferible aceptar una regla, que nos lleve a castigar con menor pena un caso excepcional entre ciento, que renegar de aquella, exponiendo a la justicia a sancionar para los noventa y nueve casos restantes mayor pena de la merecida. De los actos se puede deducir la voluntad del hombre que *razona*, pero en quien no razona este criterio es falaz. Cuando el Juez lo adopta procede a sangre fría, y de sus propios cálculos deduce también los del hombre que obra fuera de sí; semejante aplicación de la propia previsión es lógicamente viciosa, porque se funda en la equivalencia de dos estados diversos; esto es, la tranquila situación del Juez y el estado de impetuosa turbación en que el agente se hallaba, lo cual conduce al sofisma de aplicar a casos *diferentes* un raciocinio *igual*, que resultando falaz en la mayoría de los casos, convierte la sentencia en pura fantasía.

§ 43. En donde viene aceptado por la jurisprudencia el principio de la inadmisibilidad de la *tentativa* para los casos de ímpetu o pasión, nadie abriga dudas sobre la suficiencia de la represión. Por el contrario, si se admite que en los actos ejecutados bajo el imperio de violenta cólera es aplicable la noción de la *tentativa*, no ocurrirá lesión causada arma de fuego, a la cual por una inducción del Juez no sea aplicable el título de *conato de homicidio*. La clase de los medios de dar muerte se sustituirá constantemente a la voluntad de producirla; se confundirán los dos elementos del conato, que son y deben mantenerse esencialmente distintos; se suplirá con el uno lo que al otro le falta, contradiciendo el predicado innegable de la propia existencia de uno de ellos; se tendrá en cuenta la índole del acto y vendrá la discordancia indispensable sobre si el que dispara un arma de fuego quiere la muerte o solo la lesión, o puede querer un daño cualquiera (el que suceda), sin preferir, no obstante, éste o aquel. Tal es, en verdad, el estado del ánimo que dirige al agresor en los casos de riña; el de obtener satisfacción de una ofen-

sa recibida o rechazar una agresión, satisfacción o repulsa que se alcanzan con cualquier daño causado al adversario, sin pensar por eso en su muerte, de la cual no tiene deseo, ni a ello le mueve un interés especial, que no se satisfaga con el mal menor.

§ 44. A semejante confusión conduce el raciocinio por medio de ejemplos. Si el ejemplo se redujese al caso en que la muerte de la víctima era la consecuencia necesaria e indispensable de los actos del culpable, admitiría de buen grado la interrupción de la regla, no a causa de una especial previsión del agente, sino porque la naturaleza del hecho, cuando de suyo es medio tan solo de un fin determinado, no tolera distinción alguna entre voluntad encaminada al *medio* y voluntad enderezada al *fin*; Pero si esto puede asegurarse raras veces en el delito frustrado, no por ello cabe aplicarlo a la simple tentativa.

§ 45. Así ROBERTI ideó el caso de un hombre airado, que arroja a su adversario desde la altura de una torre, en lo cual se da la circunstancia de que el único efecto posible del acto, aparte un milagro, es la muerte. Pues bien; como la consecuencia de aquel *solo puede* ser *una*, es de necesidad atribuir al agente la intención de conseguir su único efecto posible. Igualmente, respecto al hombre que, dirigido o no por la cólera, puso fuego al campo de su enemigo para vengarse, es preciso atribuirle el propósito de incendiar, porque no conduciendo sus actos a otro efecto distinto del incendio, repugna naturalmente toda distinción entre *medio* y *fin*.

§ 46. Pero cuando se ha pretendido generalizar tales ejemplos y aplicarlos a las lesiones causadas con cierta clase de instrumentos, o a las heridas con arma dirigida a cierta parte del cuerpo humano, se cambia la posición del caso sin darse de ello cuenta, y a un ejemplo en el cual sólo era posible un efecto, la muerte, se sustituye otro en que son posibles dos: la muerte o las heridas, cuyo último resultado parece el más probable si consultamos a la experiencia.

§ 47. La única objeción jurídica contra esta teoría es la siguiente: Cuando el hombre, ciego de cólera, mata, le imputáis un homicidio voluntario; luego admitís la voluntad de matar, aun en el caso de violenta pasión, y si la voluntad se admite cuando el efecto es producido, ¿por qué no admitirla cuando no se consiguió? Si el efecto se logra, la base para la imputación del homicidio es el hecho verificado de la muerte de un hombre. Sea que el agente, aun en medio de su ira, la preveyese explícitamente como consecuencia de

sus actos, y, por lo tanto, la quisiera; sea que confusamente tendía a causar daño al adversario sin prever con claridad la muerte como consecuencia, es lo mismo en uno y otro caso. La muerte ha tenido lugar; procede de los medios puestos voluntariamente en juego para dañar al enemigo; se el mal excedió de sus previsiones, siempre resultará responsable de él. Esta regla severa tiene su base en la probable conexión que existe entre los medios usados y el fin que se logra; conexión por virtud de la cual es responsable el agente poco previsor, y cuya razón de ser se determina por la necesidad política de una defensa proporcionada a la ofensa.

§ 48. Pero en la tentativa no puede tomarse como base de la imputación el *suceso*; aquélla no se apoya sobre éste, sino que tiene su vida en la voluntad del agente. Pues bien; la *voluntariedad*[1] *de los medios* no es bastante para determinar el título del homicidio cuando en él no se pensaba; es indispensable la *voluntad* encaminada *directamente* al fin, y esta voluntad no se aprecia con seguro criterio en el hombre cuya mente atormentada por ciega pasión se inclina a obrar sin cálculo y sin raciocinio. El *dolo* se presenta siempre aquí *indeterminado*. Bastará para que el hecho ocurrido se repute doloso, mas no para suplir con aquél el efecto no realizado, porque aquella vaga intención de dañar que dominaba al hombre encolerizado (aunque fluctuase entre la idea de herir tan sólo o de matar), no puede determinarse concretamente sino por el efecto.

§ 49. Si se teme que de la aplicación de esta regla resulte en ciertos casos de heridas acompañadas de peligro efectivo, una represión débil, fácil es poner remedio siguiendo los preceptos de la ciencia antes que conculcándolos. El *peligro* de muerte es una condición intrínseca de las heridas, independientemente de la voluntad del agresor. Ella aumenta la fuerza física objetiva del delito, y de razón y justicia es, que se acrezca la imputación, como acontece en los casos de deformidad o cualquier otro más grave efecto de las lesiones, pero todo esto, como consecuencia propia no más que del elemento material. Y pues el daño mayor aumenta la imputación de las heridas, sin necesidad de que el agente lo hubiese previsto especialmente, sin el peligro más grave que una lesión ha hecho correr al agredido, debe aumentar también la imputación como consecuencia del simple aprecio de las condiciones materiales, aunque el riesgo de muerte no lo hubiese

1 Entiéndase bien el sentido que el autor toma el vocablo *volontarietá,* que literalmente traducimos por "voluntariedad", aunque la palabra castellana no exprese tan claramente la idea. Significa, pues, la frase acotada: que los medios puestos en juego han sido voluntariamente empleados por el agente. (N. del T.).

previsto explícitamente el ofensor. Derivando el más de la imputación del *peligro efectivo* o *potencial* de una lesión, se adopta una regla verdadera y practicable. Pretendiendo deducirlo de una explícita previsión, aun en los casos en que se presenta psicológicamente imposible o con escasa certeza apreciable, se sigue una norma falsa en abstracto y falaz en concreto, y a un criterio positivo y seguro, se sustituyen el arbitrio y la impresión, último guía en las cuestiones intencionales; de donde se siguen prácticamente el desorden y la injusticia flagrante, pues siendo muy varia la fuerza adivinatoria de los diversos institutos judiciales, queda en último término la más enorme disparidad los castigos, y con ella la alarma inevitable de la conciencia pública. Un hombre en riña con otro, disparará su pistola, hiriéndole, y será castigado con algunos meses de prisión por causa de las lesiones producidas, y otro, usando del mismo medio, en las mismas circunstancias y no llegando tal vez a herir a su adversario, será castigado, sin embargo, con gravísima pena, precisamente porque no habiendo causado lesión alguna no le es aplicable por modo alguno el título de las lesiones y el Juez apela al de tentativa de homicidio. El público se apercibe de tales disparidades y sólo saca como consecuencia de ellas, la mayor desconfianza hacia la justicia[1].

§ 50. Nunca se repetirá lo bastante, ni se recomendará tampoco aquella verdad lógica y jurídica, que los dos elementos de la tentativa exigen cada uno de ellos demostración especial y completa. Quien busque en la claridad resultante del uno el medio de desvanecer las sombras que se proyectan sobre el otro, razona mal y quebranta los preceptos de la justicia.

1 Quien ejercite el sacerdocio de la defensa por espacio de algún tiempo, experimentará y meditará sobre el espectáculo de las convulsiones en que se agita la justicia cuando, puesta en el caballete de la adivinación de los Jueces tocante a las cuestiones intencionales, se apercibe del grave riesgo que envuelve el amplio arbitrio introducido en las legislaciones modernas para la apreciación del conato. PIZZOLI, docto jurisconsulto y célebre Abogado de Bolonia, en su opúsculo sobre la *teoría de la tentativa punible*, se lamenta en enérgicas frases de los peligros que acarrea semejante arbitrio. Y téngase en cuenta, que el ilustrado escritor ejercía su noble profesión en los Estados romanos, donde ni se imaginó siquiera proponer la cuestión de la tentativa en los delitos emanados de la pasión. Allí establece como regla no controvertida, que para concebir la cuestión del conato, se exigían *deliberación anterior y preordenación de los medios*, en una palabra, *dolo* de propósito. Pues a pesar de esto, siente tan profundamente la incertidumbre de las conjeturas humanas cuando se atreven a escudriñar las intenciones del hombre, que reputó medio adecuado para conjurar tamaño peligro, una teoría hasta entonces no ideada, a saber: *la supresión de la teoría del conato*. El que pase la vista por dicho opúsculo se convencerá muy luego, de que no es su pensamiento una excentricidad inaceptable, sino una idea harto seria que requiere ser meditada. Propone en sustitución de la doctrina de la tentativa, tan amplia hoy, la descripción particular de los actos externos ocasionados al peligro de una violación del derecho, actos penables según su naturaleza con castigos proporcionados. ¿Por qué, son sus palabras, no ha de ampliarse a todos lo admitido respecto a reuniones ilícitas de personas armadas, al depósito de armas aunque sean de uso permitido, al uso de las prohibidas, a la amenaza con arma, explosión de las de fuego, al desafío, a las cartas conminatorias? Someto a la meditación de los doctos las juiciosas observaciones del criminalista boloñés; sólo agrego, que hubiera comunicado a ellas doble energía si se hubiese encontrado con la afirmativa de una intención determinada con preferencia a otra en un hombre, que obró bajo la instantánea perturbación de la ira.

§ 51. Es lógicamente vicioso el razonamiento siguiente: Pedro usó contra su enemigo de un arma con la cual podía causarle la muerte, luego tuvo intenciones de matarlo. Como es asimismo erróneo esto otro discurso: Pedro tuvo intención de matar, luego el instrumento empleado reunía las condiciones necesarias para efectuarlo. El vicio lógico de ambos argumentos consiste: en que se establece como *absolutamente verdadera* una proposición general, que puede ser *relativamente falsa*. De hecho el segundo raciocinio, presupone la afirmación general de que todos los actos ejecutados con intención de producir la muerte, tienen el poder de verificarlo. En el primero se presupone también en general: que quien usa de instrumentos con los cuales puede causarse la muerte, forzosamente tiene la intención de matar. Pues si la intuición muestra lo absurdo de la primera proposición, no es menos falaz la segunda. Salta a la vista de cualquiera el error de aquéllos, porque el ánimo con que un acto se ejecuta no altera las condiciones ontológicas del acto mismo. Por lo tanto, si alguna vez los Tribunales errasen pretendiendo hallar tentativa en actos no idóneos para causar la muerte, porque los vieron acompañados de la intención de matar, causa fue de este error más bien la inexacta noción de la tentativa, que un vicio del raciocinio. Pero el error de la segunda proposición no es igualmente perceptible, pues en la sombra que circunda para la vista humana la intención del agente, es preciso derivarla de hechos externos y resulta muy ocasionado a equívocos el argumento. De aquí se deduce, que los Tribunales, que con frecuencia pretendieron ver tentativa de homicidio en actos ejecutados sin propósito alguno directo del agente de causar la muerte, no erraron por inexacta noción del derecho, sino a causa de precipitado y vicioso argumento.

§ 52. Pero si la índole del medio suple a la previsión del agente y al impulso positivo de su ánimo, las leyes no deberían hablar de tentativa, sino fijar la penalidad según los actos exteriores, y decir: cualquiera que con propósito de dañar hiciese uso de armas, si éstas fuesen adecuadas para causar la muerte, debe ser castigado como reo de homicidio imperfecto. La ciencia y las leyes no hablan así: reconocen la *tentativa* en el concurso de los medios idóneos, que constituyen su fuerza física, con la determinación de la mente hacia el efecto más grave, no alcanzado sin embargo, lo cual constituye su fuerza moral.

§ 53. Luego el haber escogido un medio homicida prefiriéndolo a otro para atacar al mismo adversario, podrá ser una conjetura inductiva del propósito directo de causar la muerte; pero cuando ello no es consecuencia ordinaria o cuasi ordinaria de los medios adoptados, éstos no ofrecen más

que simple conjetura y sería grave yerro sustituirla a una prueba completa. Esa conjetura es de las llamadas *a posteriori*, puesto que la determinación antecede al acto; así se dice, que conteniéndose en el hecho subsiguiente la actitud mortífera, debía serlo también la resolución que le precedió. Mas cuando el medio usado, así puede causar la muerte como no causarla, es ilógico afirmar la intención de matar en quien lo usó. Por el contrario, es de todo punto lógico afirmar: que pues el medio adoptado podía o no producir la muerte, quien lo empleó era indiferente al efecto que causase. Puesto caso que la condición natural del medio pudiera cambiarse en la condición excepcional del ánimo del agente, siempre se debería sostener que si la condición material era incierta, igualmente debía serlo la condición del ánimo.

§ 54. Además, no siempre este cambio responde con exactitud. Aquella conjetura *a posteriori* supone siempre conocimiento y cálculo en el agente de las condiciones naturales del medio, lo cual no sucede en todos los casos y precisamente no ocurre en los ejecutados bajo el impulso de repentina cólera, en los cuales *furor arma ministrat* y el hombre se apodera de un instrumento con preferencia a otro, no por efecto de atención calculada para realizar sus feroces propósitos, sino por la ocasión, que lo pone al alcance de su mano.

§ 55. Donde interviene un acto de madura reflexión, la conjetura tendrá cierto valor, pero carece totalmente de él si aquélla faltó. Con mucha frecuencia el Juez, que argumenta *a posteriori* sobre las cuestiones intencionales, cae en error, pues olvida todo cuanto de fortuito puede mediar entre el acto posterior y la determinación anterior. Yo he visto distinguir, por ejemplo, en la tentativa de homicidio entre el uso de arma blanca y de fuego. Cuando se hiere con arma blanca, así se me hablaba, la mano dirige el golpe; se hiere como se quiere y donde se quiere; luego si la herida no ha producido la muerte, existe clara señal de que no se quería matar. Pero no acontece así con las armas de fuego, pues la mano del hombre no guía el proyectil al punto a que precisamente se quiere dirigir. ¿Cuál debería ser la consecuencia de esta distinción? Rechazar la tentativa en las heridas con armas blancas, porque en el acto de la mano se pretendía descubrir el criterio revelador de la intención; pero tampoco podía ser la de afirmar la tentativa en el uso de arma de fuego, porque si la incierta correspondencia del proyectil con la voluntad de quien dispara el arma, puede ser razón suficiente para tomarlo en cuenta de un resultado más grave, no es, sin embargo, buena razón para que la impotencia de dirigir acertadamente el proyectil sirva a contener fácilmente la intención más feroz. En la elección de las armas de fuego aumenta

la probabilidad de errar el golpe. ¿Cuál es, por tanto, el orden de ideas en cuya virtud, aun después de hecha la elección de un medio, que ofrece mayores probabilidades de frustrar el propósito, se deduce, por el contrario, una voluntad más firmemente resuelta de causar el mal?

§ 56. Acontece con frecuencia en este difícil camino, que se desdeña observar la accidentalidad interpuesta entre la determinación y el resultado. Verase alguno, que con arma cargada de proyectil grueso hiere a su contrario en el pecho, y otro lo herirá en la pierna; se acudirá al argumento ideado por los prácticos, de que el sitio de la herida constituye indicio de la intención del agresor. Pero, ¿quién responde de que por inexperiencia en el manejo de las armas no haya sucedido a ambos agresores lo contrario de lo que se proponían? ¿Quién se atreverá a asegurar que el tiro del pecho no se dirigió a la pierna, y viceversa? Si así fuese, resultaría que condenando como reo de mera lesión a quien hirió en la pierna, se prescinde de la verdad, si bien en pro del reo, lo cual es menos malo: y se llegaría a condenar como reo de tentativa de homicidio a quien precisamente deseaba dar en la pierna para causar menos daño, lo cual es una deplorable injusticia. He aquí una eventualidad no exteriorizada con un daño ni con un peligro mayor, que decide de la suerte de los sometidos a la justicia. En otra ocasión, por ejemplo, dos culpables mezclan en la carga proyectiles gruesos y menudos: el uno ha herido de lleno al adversario, pero se encuentra la mezcla y se dice: si hubiera tenido intención de matar no habría cargado con proyectiles menudos. O algunas postas pudieran haberse mezclado con los perdigones por incuria del vendedor y sin saberlo el acusado. Pero a causa de esta duda se rechaza toda idea de tentativa de homicidio y se procede con acierto, porque las dudas han de resolverse siempre en pro del reo. Entre tanto, el otro culpable no ha herido de lleno a su víctima; trémulo el pulso, vacilante el ánimo, la descarga no ha causado heridas; se reconocen el sitio, los árboles, las paredes cercanas y se encuentra una bala, la única acaso de la carga: véase, véase se dice, la presencia del proyectil grueso en el arma; los prácticos enseñan que el proyectil grueso es indicio de intención homicida; los peritos aseguran unánimemente que un disparo con aquel proyectil puede ocasionar la muerte; luego éste es reo de tentativa de homicidio. Por mi parte, formularía una proposición general, que librase la conciencia judicial de semejantes embrollos.

§ 57. La conjetura *a posteriori* no es guía seguro sino cuando se refiere a un resultado *necesario* o por lo menos *ordinario* del hecho. Pero, ¿la muerte intentada por medio de arma de fuego es el producto, no diré *necesario*,

sino meramente *ordinario* o más probable de la explosión? La estadística criminal, muestra que entre cien procesos por heridas no resultan acaso cuatro de homicidio; la estadística de las batallas, donde se pelea con armas más mortíferas, enseña que el número de los heridos supera con mucho al de los muertos. Luego si en las armas de fuego hay la posibilidad de causar la muerte, el hecho de producirla es, sin embargo, excepcional y el menos frecuente. Pues si tomando pretexto de un medio, que podía causar la muerte, aun cuando era lo más probable no la produjese, se deduce que el agente quería darla, chocamos con el contrasentido de unificar y hacer convergentes los dos principios opuestos, derivados de las condiciones del medio y de las condiciones del ánimo.

§ 58. El criterio menos falaz, y acaso apodíctico para cerciorarse de la intención del agente, se deriva *a priori* y sobre todo de la *causa de delinquir*, y es seguro, porque se apoya sobre una base lógica. Si el agresor tiene por objeto casarse con la viuda de la víctima, inutilizar un testimonio, apoderarse de una herencia, en una palabra, realizar un propósito inasequible sin la muerte del agredido, recurra a las armas de fuego o a las blancas, al plomo grueso o al proyectil menudo, debemos estar tranquilos en cuanto a la intención más depravada, pues de no apreciarla, casi tendríamos que suponer un propósito estúpido en el agente, una contradicción interior consigo mismo. Si antes del hecho, el culpable, no por jactancia o fanfarronería, sino con tendencia seria, manifestó querer la muerte del enemigo, también podremos tranquilamente atribuirle intención homicida. Pero cuando en los antecedentes se nota un deseo incierto, inclinado ora a la muerte, ora a las lesiones y luego se ven empleados medios, que si podían producir aquélla no era seguro que la causasen, entonces hay incertidumbre y vaguedad en cuanto a la intención, y en ese caso el Juez de conciencia debe rechazar la adivinación funesta y dar entrada a la regla de que en la duda ha de presumirse la intención menos depravada y preponderar la opinión más favorable al acusado. Nunca me cansaré de deplorar la ciega precipitación y aun diré la audacia, con que algunos, arrastrados por fatal hábito, afirman dogmáticamente sobre las intenciones de un acusado por medio de cálculos y razonamientos, que tal vez jamás cruzaron por la mente de aquel infeliz.

§ 59. La regla sostenida por algunos como precepto jurídico de derivar de la naturaleza del arma, de la clase del proyectil o de la dirección del golpe la *presunción* de un propósito homicida, constituye verdadero abuso de doctrina. Proceden, es verdad, de los prácticos estos criterios reguladores en la cuestión del ánimo; mas ¿por qué los idearon? Sin ocuparse apenas

de la tentativa aplicaron estas reglas a los casos de homicidio consumado. Pero en homicidio consumado el *título* lo constituye el hecho; resulta positivamente que un hombre privó a otro de la vida; el título, por lo tanto, es irrecusable: hay un homicidio. Las cuestiones que después nazcan se contraen a la *forma*. Se dudará si el matador debe responder por razón de dolo o de culpa; si ha de admitirse la falta de intención o si puede y debe sostenerse la *premeditación*. El criterio jurídico viene luego a discernir las diversas condiciones *formales* de la previsión o imprevisión del efecto perjudicial en el primer caso, de la previsión con voluntad *determinada* o *indeterminada* en el segundo. Ahora bien; obligado el Juez, cierto ya de un hecho, a examinar la *previsión* del agente para definir la forma del título, es indudable que aquélla deberá referirse a la posibilidad de prever, y ésta a la relación ontológica más o menos directa de causa a efecto, todo lo cual es perfectamente lógico. Porque en último término obra aquí el criterio de la necesidad admisible en derecho penal hasta tanto que la defensa no demuestre lo contrario; esto es, que quien quiere el medio desea el efecto, si éste se produce. Pero en la tentativa, el hecho no determina el título de homicidio, porque el hombre vive; el título aquí ha de construirse enteramente sobre la base de la intención. No se trata de la mayor o menor posibilidad de prever un resultado *obtenido*, sino de la *voluntad* enderezada a un *fin no conseguido*, y en este terreno las presunciones *a posteriori* carecen de valor. Una cosa es que, por vía de presunción, se ligue un hecho cierto a la voluntad de quien lo causa y otra muy diversa, que por vía de presunción se pretenda derivar la voluntad decidida a procurar una realidad que no se produce, contraria a la que tuvo lugar. Puede decirse al homicida: has debido prever el efecto causado, porque en la naturaleza de los medios puestos en juego estaba el producir lo que han producido. Pero no cabe decir al que hiere: has procurado preferentemente la muerte a la lesión, porque debiste prever que la muerte podía ocurrir. Con este último modo de discurso se va desde la presunción de *posibilidad*, que es *incierta*, a la afirmación de la voluntad, que debe ser *cierta*; y una posibilidad no realizada se equipara a otra acontecida por arrancar el título de la base real y transportarlo a la ideal. Pocas veces son idénticos *poder* y *deber* en los efectos jurídicos; lo son cuando se juzga de la relación de un hecho sucedido con la moralidad del agente, que fue su causa; no lo son cuando se quiere afirmar la divergencia entre el hecho realizado y la intención del agente. La presunción derivada del sentido común nos lleva a afirmar, que cada uno *ha querido hacer lo que ha hecho*. Si se trata de fortificar esta presunción para combatir la excusa de falta de intención, la *potencia conocida* del acto ejecutado y del medio puesto en juego será útil; mas para destruir esta presunción y en su consecuencia imputar al que es

reo de lesiones el título de homicida por la intención, no sirve lo mismo. Es ilógico, que un argumento útil para convalidar una presunción de buen sentido, lo sea igualmente para repudiarla. Se requieren razones más fuertes que las de mera posibilidad, pues de ésta sólo otra posibilidad puede derivarse: o es indispensable la necesidad de la relación entre medio y fin que se invalida a causa de un accidente imprevisto, como en los casos del veneno o de arrojar a un hombre desde una torre elevada; o, por fin, se hacen precisas otras conjeturas o revelaciones del ánimo, que se contraigan a precedentes, o aparezcan en la relación de causa a efecto como motivos para estimular la voluntad más depravada.

§ 60. En los actos ejecutados por impulso instantáneo de la cólera, hay deficiencia absoluta para todo criterio derivado de los precedentes. La causa de ofender nace súbitamente y por lo común no guarda proporción con la muerte de un hombre. No se dan la ordenación del cálculo ni la preparación de los medios: la cólera hace su explosión y la herida se causa; he aquí todo. El elemento intencional se hace derivar, por lo tanto, del hecho; se construye únicamente sobre el criterio material de la acción, cuyo fin es la incógnita que se trata de despejar. Se confunde, en una palabra, el elemento intencional con el material, aunque éste no conduce al primero por una necesidad ontológica. Así viene a determinarse la tentativa con uno solo de los dos elementos, cuando ambos deben concurrir simultáneamente a formarla.

§ 61. Véase, pues, como después de todo las cuestiones intencionales, apreciadas sólo por el criterio de esta conjetura, se convierten en verdaderos billetes de lotería. Tengo, en suma, por cierto el segundo requisito, sin ocuparme en si decía bien el Tribunal de Florencia cuando resolvió, que en el dolo nacido de ímpetu no puede determinarse tentativa según la Ley penal toscana o cuando decidió todo lo contrario. Los derechos constituidos y la jurisprudencia fructuante o no, que interpretan un estatuto penal de cualquier país, no alteran los principios de la ciencia. Concluyó, por lo tanto, sosteniendo que el elemento *moral* de la tentativa consiste en la intención *directa* y *perfecta*.

B.—ELEMENTO FISICO

ACTO PELIGROSO.— INDAGACION SUBJETIVA.

§ 62. El *peligro* desempeña en la tentativa la función del *daño inmediato*. Así como el *delito consumado* no existe si falla el daño, así la *tentativa* deja de producirse donde el *peligro* no resulta.

§ 63. En ciertos actos, sin embargo, puede dejarse de calcular el peligro por un doble motivo. Porque *no medie* tal peligro y entonces desaparece el conato por *defecto* de la fuerza física, o por resultar un *daño* efectivo o potencial, que sobrepuje a la consideración del peligro, y entonces también falta la tentativa por causa de exceso.

§ 64. Defecto de la fuerza física del conato. Para decir que en ciertos hechos se dio un *peligro* y por lo tanto que hay *tentativa*, es indispensable que ellos representen un *principio de ejecución*. Sólo desde el momento en que con cualquier acto externo se acomete empresa de violar el derecho, puede considerarse verdaderamente comenzado al estado de peligro del aquel derecho. Hasta este punto habrá temor, aprehensión, pero no otra cosa.

§ 65. De lo cual se derivan dos principios: Primero. Para la tentativa es indispensable un acto externo de ejecución. 2.° Este acto externo debe contener en sí la posibilidad de alcanzar el fin criminal. De aquí las diferentes consecuencias exclusivas de la noción del conato (por defecto de su fuerza física) en algunos casos en que muchos pretendieron hallarlo.

§ 66. Dedúcese del primer principio: 1.° Los *meros pensamientos* no pueden calificarse de conatos; sabemos ya que la ley civil no se viola con el pensamiento solo. Sin acto externo no puede haber delito; luego sin acto externo tampoco puede haber tentativa. Y donde a pensamiento criminoso siga únicamente su manifestación, esto no es sin embargo un principio de ejecución. Ni cabe sostener como algunos han pensado, que esta regla tiene excepciones en los delitos de imprenta. En éstos no se castiga el pensamiento anárquico, inmoral o antirreligioso como un *principio de ejecución* de un ataque al trono, al altar, o de un delito a que el escrito excitó a los demás, sino como un delito consumado, cuya fuerza objetiva radica en la difusión de

la idea subversiva; el daño se causa a la Sociedad con la posible corrupción de los ánimos.

§ 67. 2.° No constituyen *tentativa* las amenazas, si bien vayan acompañadas de *gestos*, cuando éstos no se dirigen a comenzar la ejecución del delito, sino a expresar únicamente la intención de cometerlo. Aquí no sólo falta la fuerza física del conato, porque el *acto externo* considerado en sí mismo, no es un comienzo de ejecución criminal, sino que falta también el elemento moral, pues no es cierto que quien amenaza tuviese verdaderamente el ánimo de pasar a la ejecución. Si las amenazas, cuyo daño consiste en el temor causado, se castigasen como tentativas, se llegaría al absurdo de dejarlas impunes cuando constase la intención de no efectuarlas[1].

§ 68. 3.° No son tentativas las conspiraciones criminales: las ideas, aun comunicadas por medio de la palabra entre dos malvados; la voluntad, si bien encaminada con deliberado propósito en el concierto realizado entre varios malhechores, no deja de ser una *simple idea*, *una simple voluntad*. La palabra no es un acto externo, que *comienza la ejecución* de un homicidio, de un estupro, de un incendio. El acuerdo criminal y también el mandato, la instigación y la Sociedad para delinquir, pueden imputarse como delitos de por sí subsistentes, pero no como *tentativas*, porque quien manda a otro ejecutar, no ha comenzado aún la ejecución del delito que se propone.

§ 69. Dedúcese del segundo principio: 4.° Que no son tentativas los actos meramente *preparatorios*. Podrán representar en el ánimo del agente

1 LACOINTA, en su meditado estudio *De la criminalité morale et légale,* Tolosa, 1863, se expresa a este propósito del modo siguiente: "Sin embargo, ¿no sería legítimo, y esto bastaría, que el hombre al cual nos referimos pudiese ser aprehendido y castigado con un pena menor? La manifestación formal sin equívoco, pública sobre todom de la voluntad de cometer un crimen, expresada por una frase aún exagerada, como tantas que se escapan al hombre, ¿no debería ser castigada con una pena, si bien leve, cuyo objeto fuese penar la amenaza considerada, no ya como una de las fases del crimen resuelto, sino como un delito *sui generis,* consumado y extraño a todo otro término ulterior? En puro Derecho, esto sería tan legítimo como útil". Hasta aquí la opinión del sabio criminalista francés conforme precisamente a la mía, la cual se resumen en esta fórmula: la *voluntad de delinquir* manifestada por medio de amenazas, de instigaciones o de conspiración, no constituye tentativa y sólo puede castigarse como delito *sui generis,* como hecho subsistente por sí. Esto así, me ha causado sorpresa leer en dicho escrito las palabras siguientes: "Nos admira, que criminalistas justamente estimados (CARRARA, op. cit., p. 2 s.) sostengan, que el poder humano no tiene derecho a castigar, ni interés en perseguir la resolución perversa más cierta y mejor probada". He vuelto a leer la tercera edición del escrito, a la cual se refiere LACOINTA y en verdad que no he logrado encontrar la frase objeto del reproche. Mis discípulos saben, por otra parte, que siempre he enseñado: 1.° Las *amenazas* constituyen un delito contra la libertad personal, políticamente imputable aun cuando no vayan acompañadas de acto alguno. 2.° El acuerdo criminoso de voluntades debe castigarse como hecho especial. 3.° La instigación a delinquir es punible, pero en cuanto a este último punto disiento de alguno de mis colegas; pues mientras hay quien sostiene que debe castigarse la instigación aunque se encamine al delito más leve y otros no la crean punible, yo pienso que lo es tan sólo cuando se dirige a la perpetración de delitos atroces.

un *comienzo* de la operación criminal deliberada, mas no debe reconocerse en ellos la única y exclusiva dirección hacia el delito.

§ 70. 5.º No son conatos los actos que carecen de *idoneidad*, tanto *subjetiva* como *objetiva*. La falta de idoneidad, llamada por CARMIGNANI *subjetiva*, (unos la dicen *absoluta*, otros *abstracta*) es la que acompaña al sujeto activo de la ejecución, siquiera sea para construir el sujeto pasivo. La falta de idoneidad designada por CARMIGNANI como *objetiva*, la nombran unos *relativa*, otros *concreta.* Esta no acompaña constantemente a ciertos actos, sino que se verifica en la *relación* de un *fin especial* y de *otro* no. Así, por ejemplo, pueden los peritos decir, que cantidad de veneno suministrada no era suficiente para matar a aquel a quien se dio, por considerarlo de constitución especialmente robusta, pero habría podido dar muerte a otro hombre de constitución ordinaria; esta es falta de idoneidad *relativa*, *concreta*, *objetiva*, derivada del *fin especial* a que, tendía el agente, que era el de dar muerte a aquel atleta. Esta falta de *idoneidad* no basta a excluir la idea de la tentativa, porque apreciado en *abstracto*, en *absoluto* o *subjetivamente* el medio puesto en acción, era *idóneo*. Por el contrario, pueden declarar los peritos, que el veneno no podía matar a, un hombre de fuerte constitución, pero bien podía matar al hombre a quien se quiso suministrar, por-que era de tierna edad o de complexión débil. Véase cómo el medio ha perdido el carácter de falto idoneidad, que, considerado abstractamente, podía presentar y se ha convertido en idóneo por relación al fin a que en concreto se dirigía. En el primer caso el peligro existía en abstracto y faltó por el caso imprevisto de la constitución excepcional de la víctima. En el segundo, el peligro existe realmente.

§ 71. En ambos hay *tentativa*, porque el acto externo presenta un grado de peligro suficiente a constituir la fuerza física. Cae en error gravísimo una moderna Escuela alemana al pretender, que aun no siendo el medio idóneo, así en abstracto como en concreto, hay siempre tentativa punible políticamente hablando. Este sistema va directamente a castigar la *mera intención* y contradice el principio político del Derecho penal, trayendo a la ciencia bajo el nombre de sindicato moral el religioso, que originó por mucho tiempo larga serie de errores subversivos de toda libertad civil.

§ 72. He dicho la *tentativa* y aquí empleo la palabra en oposición al delito *frustrado*, pues aun admitida la distinción entre *falta de idoneidad absoluta y relativa*, no podría esta regla aplicarse al delito frustrado sin una nueva distinción regular, como después demostraremos.

§ 73. Algunos entienden esta teoría de la falta e *idoneidad* de tal modo, que sin darse cuenta de ello la destruyen. Hay quien piensa, y me duele mucho verlo sostener en serio, que la falta de idoneidad excluye la *tentativa* sólo cuando era *conocida* por el agente. Es este un error palpable, en el cual se cae por haber leído en las instituciones de CARMIGNANI, que la falta de idoneidad debía ser *objetiva*, sin comprender el sentido de la frase usada por tan distinguido. Maestro y traduciéndola, ignoro con qué criterio, por el significado de falta de idoneidad conocida del agente. Según éstos, el que suministró azúcar con el propósito de envenenar, evade la imputación de la tentativa sólo cuando conocía que los polvos por él preparados eran sustancia incapaz de causar la muerte. Si pensaba erróneamente que el azúcar bastaba para matar o que los polvos eran arsénico, es reo al decir de ellos, de tentativa de homicidio, aunque aquella sustancia constantemente y en relación a cualquier individuo no fuese idónea para ocasionar la muerte. Pero el error resulta evidente advirtiendo, que si se supone el conocimiento de la inocencia del medio, desaparece por necesidad la *intención* de alcanzar el fin. Cuando el agente emplea un medio, conocidamente incapaz de causar la muerte, o debemos suponerlo en estado de locura, o será forzoso reconocer, que no abrigaba aquella intención. El conocimiento de la falta de idoneidad del medio, destruyendo por necesidad lógica la voluntad de alcanzar el fin, hace desaparecer en tal hipótesis la tentativa por falta de *intención* y no por falta de idoneidad; cesa por ausencia de fuerza moral, no por defecto de fuerza física. He aquí, por qué yo digo, que la regla de la falta de idoneidad se destruye enteramente al entenderla de aquel modo.

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

§ 75. Conviene, no obstante, advertir, que cuando se trata de tentativa, la falta de idoneidad de un acto no destruye la idoneidad de los precedentes. Si después de una serie de actos capaces encaminados a conseguir un fin criminoso, se sigue otro falto por completo de idoneidad y aun destructor de la idoneidad de los primeros, como aquella serie de actos idóneos precedentes constituye ya una tentativa punible, el último acto no idóneo no hace desaparecer la tentativa realizada. El error que se produjo en la inteligencia del agente, llevándolo a ejecutar el acto no idóneo, suponiendo que lo era, representa lo fortuito, obstatorio a la realización completa del hecho. Esto impide el delito consumado, pero no destruye la *tentativa* realizada, ni absuelve de la imputabilidad en que se ha incurrido, ya porque *factum infectum fieri nequit*, ya porque se constituye un proceso ulterior de la voluntad criminal perseverante. El envenenador preparó el veneno y se introduce en casa de su enemigo para ponerlo en la comida, pero lo echó en una vasija, que contenía una sustancia a cuyo contacto se neutralizan los efectos de aquél. Desde este momento todos los actos sucesivos, dirigidos a obtener el efecto del veneno obran sobre un sujeto activo secundario convertido en no idóneo, porque aquella mezcla *no es ya veneno*. Si desde el principio los actos hubiesen recaido sobre sustancia del todo inocente, no existiera el peligro y desaparecería toda idea de *tentativa* punible. Pero en el caso propuesto, se han de distinguir los actos de la primera serie de los de la segunda. En toda la primera serie el medio era idóneo. El malhechor adquirió el veneno, lo preparó, se introdujo en casa del adversario, se aproximó al hogar donde sé cocía la comida y lo puso en ella. En esta serie de hechos el medio resulta idóneo porque era un veneno eficaz. Después del acto de ponerlo en la vasija, que contenía la sustancia neutralizadora, el medio deja de ser idóneo: desde este momento la segunda serie de actos no puede caer bajo la apreciación de la justicia; son nulos, porque recayendo sobre un medio no idóneo, no ofrecen *peligro* alguno. Pero los primeros constituyen de por sí un hecho realizado y ellos tenían idoneidad y con ésta venía el peligro; pues la primera serie de actos voluntarios, que presentan todos los caracteres de la tentativa no puede anularse con los sucesivos, en los cuales un *accidente* o el mismo reo *involuntariamente* destruye el efecto de los primeros. Ciertamente, para que desaparezca el *delito frustrado* basta que la no *idoneidad* alcance a uno solo de los muchos momentos de la ejecución del delito, cualquiera que sea el punto de su serie en que ocurra, como después diremos. Pero si la *tentativa* existía ya, no deja de existir por eso.

§ 76. Ni debe tampoco perderse de vista en el cálculo de la *no idoneidad* la consideración del orden *cronológico* que el acto *no idóneo* ocupa en

la serie de los momentos de ejecución. Ha de tenerse muy en cuenta esto para aplicar el principio, a juicio mío indiscutible y fecundo en varias consecuencias, que la *no idoneidad* antecedente *informa todos los actos* sucesivos, pero la *no idoneidad* subsiguiente *no modifica* los actos anteriores.

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

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

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

§ 80. Dícese *sujeto pasivo* de la *tentativa* todo aquello sobre que recaen los actos de ejecución, precedentes a la consumación. Dícese sujeto pasivo de la consumación, aquel sobre que recaen los actos productores del delito. Por ejemplo: en el robo con fractura, la puerta que el ladrón rompe, la casa

que asalta, son el *sujeto pasivo* de la *tentativa*, porque derribando la puerta y penetrando en la casa, el robo no se consuma. Pero el objeto que el ladrón toma con la intención de apropiárselo, constituye el *sujeto pasivo del delito consumado*, pues con esa aprehensión se consuma el robo[1].

§ 81. Decía, pues, que la teoría del *obstáculo legal*, verdadera cuando ésta se da en el *sujeto pasivo*, ora se trate de tentativa, ora de delito consumado, no me parece justa cuando el obstáculo, que se encontró en el sujeto pasivo del delito consumado, no se presenta en el sujeto pasivo de la tentativa. Volviendo al ejemplo del robo con fractura, supóngase, que el ladrón ha penetrado en la casa ajena derribando la puerta; en verdad aquella efracción con el fin de robar, constituye ante los principios de la ciencia, y según la práctica italiana, tentativa de robo y si el ladrón fuese sorprendido en ese momento, no vacilaríamos en imputarle la tentativa. Pero acontece, que el ladrón, después de la fractura y de haber penetrado en la mansión extraña, engañado por la obscuridad o por el silencio, en lugar de apoderarse de la cosa ajena coge la propia, que se hallaba allí accidentalmente. Nadie dirá que se haya consumado un robo, pero ¿semejante accidente destruye, por

1 El objeto del delito no es el hombre o la cosa. El delito, concepto esencialmente jurídico, no tiene otro objeto que la ley violada. Haciendo objeto del delito el hombre o la cosa se pone de lado la ley ofendida, que es la condición primaria del delito, sin la cual no existiría. En los delitos se castiga la ofensa a la ley, no la ofensa al hombre o la cosa. Tan cierto es, que si se supiese la ignorancia invencible de la ley prohibitiva, la ofensa al hombre o a la cosa no sería posible.
Todo aquello que materialmente constituye tal infracción, es sujeto del delito. Es *sujeto activo*, el agente y los instrumentos que emplea: *activo primario* el agente; activo *secundario* los instrumentos (véase *Programa,* § 40); y es *sujeto pasivo* el hombre o la cosa sobre el cual recae la acción. Con la acción de aquéllos y con el daño de éstos se ataca a la ley, último y único objetivo de la materialidad criminosa. Empleando otro lenguaje, o es indispensable desnaturalizar la acción jurídica del delito, que consiste en la *infracción de una ley*, o es preciso atribuirle dos objetos, lo cual produce confusión. El hombre o la cosa son *objeto* material de la *acción*; el *sujeto pasivo*, bajo la relación material, será *objeto* en cuanto al sujeto activo. Pero el uno y el otro asumen el carácter de *sujeto* ante la *ley* violada, cuando no se consideran los actos aislados en su mera condición de *hechos*, sino que viniendo a constituir un *delito* todo el conjunto de los elementos que concurrieron a violar la ley, se unía en su relación jurídica con el precepto infringido. Esta alternativa da condición de sujeto y objeto en la cosa misma, a medida que se adelanta la acción, es por otra parte constante; y debe serlo, porque se trata de una acción que no es *absoluta*, sino puramente relativa. Por ejemplo, si se considera mientras preparo el veneno, en esta acción soy yo el sujeto, el veneno es el objeto; si después se examina cuando me dirijo a envenenar la comida echando en ella aquella substancia, el sujeto aquí lo constituimos yo y el veneno, el objeto, la comida: si luego consideramos el acto de ofrecer la comida al adversario, aquí ya la comida es también sujeto, mientras que el objeto es la persona a quien pretendo envenenar.
Finalmente, si se estudia este conjunto de actos, no en su mutua relación material, sino en la relación del todo de ellos con la ley, también el hombre pierde bajo este aspecto su carácter de objeto y se convierte (como se convirtieron la comida y el veneno), en sujeto de la violación de la ley, o sea del ente, no material sino abstracto, que se llama delito.
El *objeto* del pecado, ¿cuál es? Dios ofendido en su ley, no es la cosa robada, ni la mujer violada, sino Dios; porque la acción teológica del pecado es la de ofensa a Dios, no al hombre. Así también la acción jurídica del delito es la ofensa a la ley social, no al individuo. Luego el objeto del delito no es el hombre sino la ley, y de esa suerte, el objeto de cada delito se especializa en el fin criminoso en cuanto viola la ley.

ventura, la *tentativa* anterior, que era un hecho realizado, y que no dirigiéndose precisamente a robar aquella cosa, tenía, bajo el aspecto de la intención y de la posibilidad material, todos los caracteres de la tentativa punible?

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

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

§ 83. La *inexistencia* del sujeto pasivo del delito en el lugar en que el reo creía hallarlo, puede representar el caso *fortuito* impediente de la consumación del delito. Pero si, prescindiendo de ese accidente, los actos anteriores muestran *idoneidad* bastante a producir temor racional, ¿por qué el peligro anejo a tales actos no ha de tomarse en cuenta* Figurémonos que mi enemigo ha preparado una mina bajo mi lecho para incendiarlo cuando duerma y causarme la muerte; a la hora en que acostumbro a acostarme, y creyéndome acostado, pone fuego a la mina; pero afortunadamente aquella noche me acosté en otra habitación o en aquel instante me levanté del lecho, quedando salvo. Si aplicamos ilimitadamente la regla antedicha, se dirá: aquí no existe *tentativa* punible por falta del sujeto pasivo.

En que no haya *delito frustrado* estoy plenamente pero no puedo persuadirme de la inexistencia de la tentativa. Hasta el momento de la consumación veo una serie de actos perversamente dirigidos a fin criminal y rebosando grave peligro, y en cuanto a ellos descubro una imputación real en que se ha incurrido: no puedo creer que esta imputación desaparezca por la precipitación del malhechor, siempre tenaz en su mal propósito al dar cima al acto consumativo. Este último acto fue inútil, no idóneo, y por ello es censurable que la justicia no lo tenga en cuenta respecto al criminal: pero de aquí no se deduce, en mi opinión, que el acto con el cual llevó al extremo su mal propósito, deba purgarlo de la imputación ya producida. ¿Y quién no del imputado por la sola razón de haber dado un paso más en la carrera del delito? Puede admitirse que un reo purgue la responsabilidad incurrida perseverando en el mal propósito y avanzando un más para violar la ley?

§ 84. Creo, por lo tanto, que la regla sobre la falta del *sujeto pasivo de la consumación* requiere todavía largas meditaciones por parte de otras inteligencias superiores a la mía[1].

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

§ 85. Yo distinguiría siempre el caso en que el *sujeto pasivo* no había existido en el lugar adonde se dirige la acción, del caso en que ha existido y debía verosímilmente existir a la hora de la consumación del delito, pero a causa de un accidente, o no fue hallado o no se había colocado en aquél. Así, sí la habitación invadida por el ladrón habitualmente estaba inhabitada, vacía, el ladrón se lanzó a la ventura, y en sus actos irreflexivos podrá faltar el criterio de la *tentativa*. Pero si existieron anteriormente los objetos que se proponía robar y por precaución del dueño se cambiaron de sitio poco antes, esta casualidad o previsión constituye el obstáculo fortuito de la consumación, mas no puede quitar al hecho el carácter de la tentativa.

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

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

§ 88. En presencia del primer resultado, ocurre fijar como regla, que en los delitos de *daño inmediato universal* cuando la tentativa causó una lesión del derecho *general*, se convierte siempre en delito perfecto, aunque el agente no hubiese logrado su propósito. Así, en los delitos contra la *moral* o la *religión* no hay más que delito perfecto o acto inocente. No pudiendo existir la tentativa sin acto externo de ejecución, acontece que los primeros actos externos encaminados a ultrajar la moral o la religión, si objetivamente aparecen interrumpidos, por-que el malhechor no alcanzó el fin querido (por ejemplo, no llegó a destruir, como pretendía, la imagen sagrada a la cual dirigió sus golpes), presentan ya *subjetivamente* completa la ofensa a la religión o a la moral, y se tienen, por lo tanto, como delitos *consumados*.

Igualmente consistiendo la violación de la ley en ciertos delitos *políticos*, en el *ataque* contra la autoridad pública del Estado, o los actos realizados son nada, o si han comenzado la ejecución empiezan también el ataque contra el Gobierno, y muestran una violación de la ley completa en sí misma, un delito *perfecto*. Del propio modo, en los delitos de la palabra, no pudiendo el principio único de ejecución coexistir sino en la expresión de ciertas frases, injuriosas o blasfemas, por ejemplo, si tales palabras no se profieren, faltará principio de ejecución, y si son preferidas, habrán de encontrarse en ellas la completa violación de la ley, y, por consecuencia, no el *peligro*, sino el *daño* efectivo. Acontece otro tanto en los delitos, que *perficiuntur único actu*, en los cuales el principio de ejecución representa siempre el *daño* y la lesión efectiva del derecho, y, por lo tanto, no admiten *tentativa*. Por ello en todos los delitos en los cuales la ley pena sólo el *peligro* (como la ocultación de armas, donde ésta se mantenga entre el número de los verdaderos delitos), el principio de ejecución representa el peligro, y viene a constituir lo que basta a la ley para encontrar un delito *perfecto*. Nada importa, que el reo tuviese el ánimo de revelarlo antes y no haya podido: desde aquel primer momento existe ya la *consumada* infracción.

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

§ 90. A causa del segundo resultado, el exceso hace desaparecer la tentativa en todos aquellos hechos más graves en la relación subjetiva, o por lo menos de igual gravedad que en la relación objetiva.

§ 91. Todas las acciones de los hombres forman continuada cadena de *medios* y de *fines*. Si se aceptase a un reo el pretexto de no haber conseguido su último *fin* para reducirle la imputación calculando la imperfección del delito, no quedarían términos hábiles y fuera rarísima la aplicación de la pena por razón de *delito perfecto*. Pocas veces aparte los casos de venganza, el delito es fin en sí mismo. Un hombre roba a una mujer por saciar su concupiscencia; otro jura en falso para alcanzar la absolución de un reo; otro

amenaza para que se desista de un hecho; otro mata a fin de obtener la herencia; otro conspira por derribar al Gobierno; otro difama a un enemigo para hacerle perder el empleo; otro predica dogmas impíos para que se reniegue de la fe: otro falsifica para lucrarse, y no concluiría tan pronto siguiendo los ejemplos. Luego la primera violación de la ley, según el propósito del reo, no es más que un medio para alcanzar un bien, en lo cual puede con frecuencia hallarse una segunda violación de aquélla. El acusado dirá: yo robé la mujer, pero no sacié mi apetito deshonesto; juré en falso y no fui creído; atemoricé, más no se desistió del hecho; maté pero no alcancé lucro; conspiré, pero en vano; difamé y no conseguí el descrédito de mi adversario; prediqué y no hice prosélitos; si lo dejáis explicarse en esta línea, no hallaréis más que tentativas. La ciencia moderna combate ese procedimiento. Si el Juez estuviese obligado a considerar en todo caso el *fin último* del reo para decidir sobre la existencia del *delito perfecto*, se produciría una confusión sin límites; ni siquiera fuera posible encontrar una fórmula para el conato. La ciencia, empero, distingue entre la *realización* del *propósito* del reo y la *efectiva violaci*ón de la ley. Y, dada ésta, encuentra, según sus condiciones, el *delito perfecto*, aunque el culpable no haya comenzado la ejecución de los actos ulteriores, que debían conducir a aquél. En cuanto del reo, la *operación* es *incompleta* o ilusoria a los ojos de la ciencia, el delito está *consumado*. Si las operaciones ulteriores que se proponía el reo, hubiesen violado un *derecho más importante*, el delito perfecto, que fue *medio*, se juzga como tentativa del *delito fin*, puesto que el fin *excede* en gravedad política al medio. Pero si sucede lo contrario, el delito destinado a ser *medio*, se juzga como *delito perfecto*, ora la *imputación* del medio sobre el *fin* resulte de la *naturaleza* del derecho atacado con aquél porque es *derecho universal*, ora si atacándose tanto por el medio como por el fin un derecho particular, la *importancia* del medio nace de la *entidad* del derecho atacado. En uno y otro caso el haber perseguido aquel fin puede agravar el delito, pero el no haberlo realizado no puede modificar el título.

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

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

§ 94. Tampoco por razón de exceso cabe establecer tentativa de exención por medio de la *resistencia*[1]. La *exención* admite tentativa cuando se procura aquélla por otros medios. Pero el de resistir a la fuerza pública preséntase ya como delito *consumado* y perfecto, pues se consuma la lesión al *derecho universal*, deducida del hecho de resistir a la fuerza pública para impedir un acto de justicia, de cuyo acto el diverso fin constituye un elemento esencial de la resistencia marcando la dirección de la lucha a impedir el acto de justicia. Pero no puede hacerlo degenerar en tentativa. De aquí que la resistencia con propósito de eximirse, aun cuando la exención no se logró, debe imputarse como resistencia a eximirse, esto es, como delito perfecto, mas no como tentativa de *exención*, Esta es la opinión que siempre he tenido por verdadera, cuyo concepto me parece conforme a la disposición combinada de los arts. 143 y 157 del C. t.

§ 95. En los delitos de falsificación de moneda de documentos varía la noción de la tentativa, según el diverso principio, que se adopta como constitutivo de su importancia. El *fin* del falsificador de una moneda o de un documento es el de engañar a otro y enriquecerse en perjuicio suyo. No puede, por lo tanto, estimarse conseguido el fin mientras la *ganancia* del reo no se verifica por el uso afortunado de la moneda o del documento. Esto hizo pensar a algunos, que el delito de falsificación no se *perfecciona* hasta que con la moneda o el documento falso se realiza el despojo de otro. Pero este concepto, que hacía muy rara la perfección del delito en tales casos, no era aceptable en la práctica. La *ofensa* en estos delitos no debe reputarse en cuanto al patrimonio privado, sino respecto a la *fe pública*, violada mediante la *adulteración de la verdad*, que recae sobre cosa de público interés. Cuando los hombres, para facilitar el comercio y la contratación, inventaron la moneda y el documento auténtico, nació un *derecho universal* de todos los ciudadanos: el derecho de inalterabilidad del documento o de la moneda, porque en el círculo de los negocios todos podían ser perjudicados mediante la falsificación. Este *daño posible* es enteramente diverso del *daño inmedia-*

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

to. Existe éste en el temor por la *repetición* del delito, y radica del todo en la imaginación: aquél resulta del delito ya cometido y radica completamente en la *realidad*. El daño que causa el falsificador poniendo en curso la moneda falsa, perjudica a todos inmediatamente en su patrimonio, no en la opinión tan solo. Será un daño meramente posible, pero inmediato. Es de interés común respetar la *fe* debida a ciertos signos y a ciertos documentos: por eso se considera *perfecto* el delito de falsificación, si además de la adulteración hay un comienzo de uso del documento o moneda alterados, aunque por imprevisto descubrimiento no se conseguía el lucro del reo y el detrimento de un tercero. Pero la fuerza lógica de la anterior consideración no para en esto. Una vez admitido el principio, era indispensable seguirlo en todas sus consecuencias. Visto, que, en esta clase de delitos, la ofensa causada a la pública seguridad con la falsificación era más grave que el daño producido al patrimonio privado con la extorsión del dinero, debía apreciarse en la *falsificación materialmente consumada* una ofensa perfecta a la ley aunque, impedido el uso, pudiera desvanecerse la última esperanza del reo. Y es de notar, que hasta esta doctrina se funda en el exceso, en cuanto con el medio se viola un derecho superior al que resultaría atacado consiguiéndose el fin. Debe, sin embargo, repetirse aquí la advertencia hecha al tratar de la calumnia: una cosa es decir que la falsificación consumada de una moneda o de un documento *no sea* una tentativa, y otra, que en los delitos de falsificación no se admite la *tentativa*. Si la fabricación de la moneda falsa queda interrumpida cuando los actos ejecutados ofrecen el carácter de un conato políticamente imputable, tenemos sin duda una tentativa de falsificación de moneda. Pero si la fabricación es completa, el delito de falsificación resulta *perfecto*, aunque el culpable no se haya todavía enriquecido, aunque ningún tercero haya sufrido daño en su patrimonio. Otro tanto puede decirse en el caso de falsificación de documento.

§ 96. Finalmente, por razón de *exceso*, no se considera *tentativa*, sino *robo consumado* la muerte de un hombre cometida con el fin de robarle, aunque el robo se impida por cualquier causa después de producida la muerte. Objetivamente considerado, el hecho se frustró; lo que el reo procuraba, su ganancia, no la alcanzó; pero considerado subjetivamente, presenta en los actos realizados como medio la consumada violación de un derecho más importante del que se pretendía violar como fin: el derecho a la vida enfrente del derecho a los bienes. Por lo tanto, aquel acto no es un *conato*, sino un *delito perfecto*.

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

§ 98. Otros, por el contrario, refutando esa opinión, sostienen en sentido opuesto, y a mi juicio con superior fundamento, que es indispensable apreciar el propósito por *modum unius*, toda vez que debía realizarse en una *sola acción*. El ánimo era de robar todo el importe de aquel dinero; apoderándose de la primera suma, el ladrón comenzó la ejecución de su proyecto criminal; fue interrumpido en la mitad del camino, luego se determina el título de tentativa de robo en cuanto a la *total* suma. Esta segunda opinión adquiere mayor fuerza, al considerar si se admitiera que un acto encaminado a un fin criminal cuando constituye de por sí un *delito especial*, desempeñaba la *doble función* de acto consumativo del delito en sí mismo, y de acto ejecutivo del delito no realizado; por donde se llegaría a la consecuencia de castigar toda herida causada con el fin de matar doblemente: como *lesión consumada* y como *tentativa* de *homicidio*; que los actos preparatorios del estupro debían penarse como delitos de liviandad y como tentativas de estupro, y de la propia suerte la fractura como fractura, allanamiento de morada como allanamiento de morada y además como tentativas de robo, lo cual es absurdo.

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

1 Véase PUCCIONI, *Código penal toscano ilustrado*, vol. II, pág. 261, art. 80.

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

§ 100. Pero la doctrina que pretende hallar en una sola acción los elementos de dos títulos de reato (robo consumado y tentativa de robo; adulterio consumado y tentativa de adulterio), recientemente sostenida por GLASER, no es sostenible por contraria a la justicia. De hecho, cuando el ladrón se le imputa como robo consumado la aprehensión que hizo de los primeros cien francos, se le constituye responsable de aquel acto de aprehensión y de todos los anteriores, que lo han preparado. Cuando estos mismos actos y la consiguiente aprehensión quieren aplicarse a la imputación de tentativa de robo de los otros cien francos, que no logró tomar, es evidente que este segundo título tiene su *elemento material* en aquellos mismos actos ya imputados y de los cuales en consecuencia se le exigió responsabilidad. La cuenta respecto a los últimos quedó saldada; es injusto pues, considerarle nuevamente en deuda por aquel mismo *elemento material*, y no pudiendo hacerle cargo de éste porque ya se le imputó, la nueva imputación de tentativa resulta sin *esencia de hecho*; se castiga la mera intención.

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

tológica y salva la justicia del peligro a que parecería expuesta siguiendo el dictado de la razón ontológica.

§ 102. Por tal manera, recorriendo analíticamente las deducciones lógicas y jurídicas derivadas de los elementos constitutivos del *conato*, se determinan sus notas características; podemos, ahora, reconcentrando ya nuestras ideas, definir el conato[1] en estos términos: Cualquier acto externo, que por su naturaleza y en unidad conduce a un hecho criminoso y se dirige al mismo con expresa voluntad, no seguido del hecho mismo ni de la violación de un derecho igual o superior. Esta definición no se adapta al delito frustrado, como después veremos.

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

CONSIDERACION SEGUNDA

REGLAS PARA MEDIR LA IMPUTACION DEL CONATO

§ 103. La tentativa es un delito *imperfecto*. Natural es, por lo tanto, la primera regla sobre la medida de su imputabilidad, a saber: el cálculo de ella debe, ante todo, buscar sus proporciones en la medida de la imputación del delito especial que se quería realizar, si hubiese llegado a *perfeccionarse*. Esta afirmación es intuitiva. El conato representa un *grado* en cada uno de los delitos a que se dirigía. En el cálculo de la *fracción* no puede prescindirse de considerar la cantidad del *entero*. Al determinar, pues, la representación del conato, al legislador no le es lícito sin riesgo de caer en error, establecer reglas absolutas, sino relaciones *proporcionales* con la represión de cada delito *censurado*. No cabe decir, por ejemplo, con fórmula absoluta; el conato se castiga con tanto de prisión, sin que ha de escoger una fórmula *relativa*. Y aquí se presentan dos modos expresar dicha relación. O se establece como fórmula única el castigo de la tentativa con pena inferior en un cuarto, un tercio, etc., a aquella que se impone al delito perfecto, o se prescribe tanto de condena, si el delito consumado merece la pena perpetua; tanto de prisión, si mereciese la cadena temporal; tanto de multa, si merece la prisión, y así de esta suerte. En cualquiera de los dos temperamentos adoptados por el legislador, resulta evidente, que obedece a la regla del relativo y busca la proporción ordenada.

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

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

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

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

§ 108. *Voluntaria* se dice, por antonomasia, la causa impediente de la ejecución, que tiene su razón en un cambio enteramente espontáneo de la voluntad del agente. Para que la causa que obsta al delito pueda llamarse *voluntaria*, ha de proceder de un *arrepentimiento* del agente, cuyo arrepentimiento requiere la condición de recaer sobre el *fin*, no sobre los *medios*. Y por *medios* entendemos todas las condiciones de lugar, de tiempo y de modo, con las cuales el malhechor había preparado la ejecución del delito.

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

§ 110. Si se prueba que el malhechor desiste de la acción porque fue visto, por juzgar inoportuno el momento o por cualquier otra razón, aparte la del desistimiento absoluto de la voluntad criminal, esto es, del abandono del mal fin, resulta que no ha desistido de éste, sino de los medios; ha diferido

simplemente la ejecución del hecho, pero no ha modificado el propósito. La causa, pues, que impide la consumación no es, según el lenguaje de la ciencia, *voluntaria*; a lo sumo puede llamarse mixta, y cae naturalmente bajo la categoría de las causas morales.

§ 111. Casual será siempre la causa derivada de un accidente extraño al agente, no sólo cuando esa causa ejerció *físicamente* su influencia sobre el brazo de aquél, sino cuando obra *moralmente* en su ánimo, determinándole en aquel momento a desistir del delito. Si el ladrón, después de haber penetrado en el domicilio ajeno, donde podía robar con seguridad, modifica saludablemente su juicio y se retira porque la voluntad se niega a cometer el robo, puede decirse verdaderamente arrepentido, y la causa de la *imperfección* del delito resulta *voluntaria*. Pero si aquel ladrón se retiró porque entendió estar despiertos los propietarios, porque el ladrido de un perro le hizo sospechar, no puede llamarse arrepentido: la causa es casual.

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

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

§ 114. Son causas *morales* las que obran sobre la voluntad del agente y lo fuerzan contra su deseo a interrumpir el curso de sus operaciones. Unas y otras son hijas del *accidente*, por la ley considerada como *independiente* del reo. La diferencia entre las causas físicas casuales y las morales también casuales no procede de su primer origen, procede de su diverso modo de obrar. El origen de las unas y de las otras es siempre exterior al culpable. Es exterior, *v. g.*, si mientras un sicario asesta golpes a su víctima, un tercero le sujeta el brazo y le obliga a desistir; es exterior si ese tercero se limita a gritar: ¡prended al asesino!, y con esto le induce, viéndose descubierto, a suspender y huir. Pero en la primera hipótesis la causa exterior obra *físicamente* sobre el culpable, y de su desistimiento fue causa tan sólo la impotencia a que se vio reducido, mientras en la segunda hipótesis la causa exterior no detuvo físicamente su brazo ni lo redujo a la impotencia de proseguir y de matar a pesar de los gritos del otro; la causa exterior obró aquí moralmente sobre el culpable, y no habría bastado a impedir la muerte si aquél hubiese sido más temerario o más feroz; de suerte que en el desistimiento interviene como causa próxima un momento de la voluntad del agente. Momento *for-*

zado, y por lo tanto diverso del espontáneo desistimiento, diverso también caso del *contrariado* por una fuerza exterior que impide sus actos a despecho de la injusta voluntad, perseverante hasta el último extremo. Se nos ofrece aquí la noción diferencial entre los actos del *forzado* (*agito,* pero no *agente*) y los actos del *cohibido* (*qui etiamsi coactus tamen voluit*), y resulta clarísima la distinción entre las causas físicas casuales y las causas morales casuales, lo cual nos da pie para comprender la razón de una diversidad de grado en la imputación respecto a los dos casos.

§ 115. Luego la diversa *cualidad del conato*, o sea la variedad de *causas* que lo producen, influye por virtud de un principio racional en la medida de su imputabilidad. Pide la justicia que a quien se exija cuenta del mal causado se le impute también el bien producido. De aquí el principio de la menor imputabilidad del *conato* cuando la imperfección del delito depende de la voluntad del agente.

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

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

§ 118. Convengo con el insigne maestro en que, considerada la cuestión con rigor ontológico, si una *tentativa*, acompañada de caracteres que la hacían imputable, fue comenzada, el arrepentimiento posterior no la destruye pues *factum infectum fieri nequit*. Aquella tentativa era un hecho imputable; una vez comenzado, nace la deuda exigible ante la ley penal. Y así como la restitución de lo sustraído, aunque entera y útil, no cancela el hurto con-

sumado, la existencia de una tentativa punible no desaparece a causa del arrepentimiento espontáneo y sucesivo, aunque sea también útil y sincero.

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

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

en mayor desosiego y así decrece la opinión de la propia seguridad en lugar de aumentarse.

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

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

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

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

§ 124. Volviendo a la regla segunda, no es dudosa la influencia de la voluntad del atentante, aun acompañada de espontaneidad o de previsión, para producir efectos sensibles sobre la imputabilidad del *conato.* Tomándose el *peligro* en éste, como fundamento de la razón de castigar, será tanto menor cuanto menor fue la tenacidad de la voluntad, la temeridad o malicia del reo en preparar o ejecutar el delito; así sobreviene la imperfección del delito aun a despecho del reo, por la vacilación de éste, por su inexperiencia o por la precipitación de su ánimo al disponer los medios de ejecución. NICCOLINI lo enseña, comprobándolo con una sentencia de Augusto referida por Suetonio, en donde cuenta que dejó en libertad a un hijo reo de tentativa de parricidio, *eo quod timide gessisset.* La causa será siempre *casual,* porque si bien la falta de éxito haya de referirse a un acto *voluntario* del reo, este acto, o fue origen del fracaso contra sus *previsiones*, o no fue en él enteramente *espontáneo*. Pero ello no obstante, o la precipitación en un caso o el desistimiento en otro, fueron actos voluntarios; y no cabe duda, que si el delincuente hubiese sido más *precavido* o *malicioso* en el primer caso, o más *audaz* y obstinado en el segundo, el triste hecho se habría realizado. La imputabilidad, por lo tanto, subsistirá, quedando reducida a grado menor de aquella que debió producir la *tentativa,* si un *puro* accidente hubiese impedido la consumación de un delito pertinazmente perseguido y preparado con toda previsión, que hacían inexplicable e impensada la fortuna de su fracaso. Véase como la *cualidad* de la *tentativa* influye en su imputabilidad.

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

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

§ 127. Tal es el sentido de la distinción generalmente admitida[1] entre conato *próximo* y *remoto,* distinción fácilmente comprensible en *abstracto,* muy difícil empero de concretar. A medida que la serie de actos ejecutado se acerque al acto consumativo, tanto más *próxima,* se reputará la tentativa; se dirá *remota* cuanto mayor sea el alejamiento. La *proximidad* por su naturaleza es un término relativo, pero relativo al *fin,* no al *punto de partida*.

§ 128. Consideremos toda la línea que debe recorrer el delincuente. Partimos del *acto interno;* la determinación de delinquir, que por sí sola no presenta elementos de imputabilidad política. Siguiendo adelante encontramos los primeros movimientos que imprime al cuerpo aquella voluntad, los cuales, faltos de *unívoca* dirección hacia el delito, no son imputables; tenemos, pues, los actos *preparatorios.* Miremos luego los actos que expresan una dirección *cierta* hacia el delito, pero que aún están muy lejos de su consumación; este es el conato *remoto.* Marchando un poco más, hallamos que un breve intervalo los separa del delito consumado; tal es el conato *próximo.*

1 BOEHMER (*Medit. Ad. c. c. c. art. 178*) imaginó un término medio que llamó *conatus propior.* Pero en general, los antiguos criminalistas tienen muy confusa idea sobre la noción del conato: ora confunden el conato *remoto* con los actos *preparatorios,* ora el *próximo* con el delito frustrado. Entre los modernos con frecuencia influye el respeto a las legislaciones positivistas. Es, pues, necesario, tener mucha cautela en la apreciación de las doctrinas y no aceptar como principio científico la mera deducción de una ley *positiva viciosa.* Y el *vicio* de la ley *positiva* puede influir doblemente sobre los errores de la doctrina que de ella se deriva. Ya porque la ley sea *viciosa* en la noción del *conato,* lo cual lleva *directamente* a errores en la jurisprudencia ante las doctrinas científicas, para no serlo ante la ley, que debe interpretar y aplicar. O porque la ley sea *viciosa* en la *penalidad* por demasiado cruel, lo cual influye *indirectamente* en la jurisprudencia, llevando la humanidad de los jueces a modificar la noción real de la tentativa para evitar la aplicación de una pena que consideran exorbitante. En verdad, es muy frecuente en el foro esta alucinación de tomar como doctrina científica lo que dijeron un Tribunal o un escritor quizá con repugnancia y contra sus íntimas convicciones, tan sólo por prestar obediencia a un derecho constituido, que no es ley entre nosotros. Quien se presentase ante un juez criminal diciéndose: debéis imponer al acusado tal o cual pena porque así lo preceptúa un artículo del C. f., excitaría el desprecio de aquél, el cual le contestaría que no era esa la ley según la cual deben gobernarse sus administrados. Pero cuando en lugar de poner ante el juez el precepto del C. extranjero como texto directivo de su decisión, se procura ofuscar su ánimo con la acumulación de autoridades doctrinales o de juicios extranjeros inspirados todos en la ley especial y positiva del lugar, se comete precisamente el mismo error, aunque se disfrace con un artificio notorio.

Viene, finalmente, el acto de la consumación y aquí, si el hecho se realiza, aparece el *delito consumado,* y si no realiza, ha lugar al *delito frustrado,* si en la serie de actos realizados se registran *todos* aquellos que eran *necesarios* para producir el hecho o tenemos el grado máximo de la *tentativa próxima* si el hecho no sucede por insuficiencia de alguno de los actos necesarios para producirlo.

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

§ 130. He notado, sin embargo, que la proximidad del conato debía derivarse del *n*úmero y de la *influencia* de los actos constitutivos del mismo, porque el criterio del *número tan solo* es falaz. Un delito puede necesitar para su ejecución quince actos: otro puede consumarse con cinco. El que realizó diez hacia el primero, recorre doc tercios de su camino; el que solo ejecutó cuatro del segundo delito, recorrió cuatro quintos. Si se apreciase la *cantidad* simplemente por el *número* de los actos realizados, tendríamos mayor número en el primero que en el segundo caso; pero ¿quién se atrevería a sostener que el primero estuviese más próximo a su fin que el segundo? La *proximidad* es un término *relativo* al *fin*, no al punto de *partida*. En sustancia, para medir la *cantidad* del conato los actos deben ser pesados mejor que contados, o hay que derivarla de un cálculo más bien negativo, apreciando el número de los actos que faltaban para la realización, con preferencia al de los realizados. Véase por qué he dicho que la *cantidad* depende no sólo del número, sino de la *influencia* de los momentos recorridos.

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

S 132. Pocas dificultades ofrece la primera parte siguiendo los preceptos de la Escuela italiana. La univocación[1] es la fórmula determinante del

1 No usa el autor la palabra *univocitá* análoga en su significación a la de *univocazione,* y por nosotros

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

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

§ 134. Quien medite atentamente cuanto ideó ROSSI, a fin de mantener su nueva fórmula llega por necesidad a la consecuencia de que según su modo de ver, el *principio de la ejecución* no se encuentra fuera del *principio de la consumación*, y esto impide absolutamente concebir una tentativa remota, y relega todos los actos verdaderamente *ejecutivos*, pero que aún no son *consumativos*, a la categoría de los *preparatorios*.

§ 135. Cabe muy bien sostener, que no sea imputable políticamente el conato remoto, pero es imposible destruir su noción. De tal suerte, al recorrer esta línea, ROSSI se vio forzado a deducir consecuencias, inadmisibles para la ciencia, aunque hayan de acatarse por respeto a la ley cuando derivan de una disposición especial de ella. Aquél dice: el ladrón, mientras derriba la puerta o apoya la escala para subir al balcón, y el monedero falso cuando está en la fabricación de la moneda, sólo se ocupan en *preparar* el delito: porque todavía, según él, no ha comenzado la ejecución del robo el primero, la expendición de la moneda el segundo. Sostiene que la *ejecución* del robo comienza en el momento de apoderarse el ladrón de la cosa y apropiársela. Consecuencias todas ellas opuestas a las reglas recibidas por la jurisprudencia. ROSSI (*libro II,* cap. 28), ROBERTI (*vol. III, ps. 127 y*

traducida por *univocación,* en el sentido propio y gramatical que tiene, así en la lengua italiana como en la española, a saber, conformidad o conveniencia de cosas distintas debajo de una misma razón, o bien aplicación del mismo nombre a cosas diversas, pero del mismo género. El sentido jurídico que el Profesor CARRARA, da a esta frase, al igual en que nosotros empleamos su equivalente, es el de *dirección cierta manifiesta, de los actos externos hacia un determinado delito.* (N. del T.).

129), TREBUTIEN (*vol. I*, *p. 96*, *n. 13*), establecen como regla abstracta, que no se sale de los actos *preparatorios* mientras no comienza la violación del derecho a cuya ofensa se dirigen aquéllos, Esto, que según mi criterio representa el paso del conato *próximo* al *remoto*, sostienen ellos, que, a las veces, constituye el paso de los *actos preparatorios* a los de *ejecución*. El último, el más exacto de todos los citados criminalistas, apoya su juicio en el principio de la *univocación*. Y el principio es verdadero, incontrastable, pero el error consiste en sostener que el principio de la *no univocación*, firmísimo criterio de los actos *preparatorios* como regla *abstracta*, puede convertirse en *fórmula concreta* y traducirse en un determinado modo de obrar; de tal suerte, que la regla, de abstracta, se convierta en material y se mantenga tal absolutamente, aun cuando las combinaciones del caso práctico hicieren cesar la primera. Una cosa es decir: la fractura y el escalamiento no pueden en cierto modo apreciarse como actos de *ejecución* del robo, porque no existe *univocación* por no concurrir circunstancias tales demostrativas del fin de robar y no de otro cualquiera en la fractura y el escalamiento, y otra muy distinta sostener, que siempre debe ser así, aunque se presenten en la más *clara correspondencia (univocación)*. Entre uno y otro modo de expresión y de razonamiento existe diferencia esencial. Una regla puede ser *absolutamente* verdadera: aplicarse con justicia en ciertas condiciones a un caso *concreto*, mas no por ello llegará a transformarse en regla la *aplicación*, porque si se ofrecen casos concretos semejantes a aquel al cual fue aplicada con justicia la regla, pero en los que falte la *razón* de la misma, ésta deberá callar. Así TREBUTIEN sostiene que el sorprendido durante la fractura o el escalamiento, podía tener el propósito do robar una mujer, y de aquí deduce que a tales actos falta constantemente el carácter de *tentativa de robo*. No advierte, sin embargo, que muy bien puede excluirse, según las circunstancias, la posibilidad de cualquiera otro acto, aparte el de robar, o que donde esto acontece, la regla concreta resulta destruida por la abstracta. Supongamos cuatro malhechores sorprendidos con carruajes cargados de barriles vacíos en el acto de derribar la puerta de una cantina, ¿podrá sostenerse que aquellos malvados querían seducir a una mujer en aquella cantina deshabitada? ¿Podrá invocarse como regla absoluta que la efracción no guarda *correspondencia* (*univocación*) con el robo, y no puede constituir tentativa? Y tampoco es cierto que la jurisprudencia francesa autorice a tener como *regla* científica, según pretende ROSSI, la proposición de que la *fractura* no constituye *tentativa*. No es así por dos razones: 1.ª Porque los Ts. de Francia no decidieron la cuestión según los dictados de la ciencia, sino en relación con al art. 2.° del C., donde se notan dos especialidades. Una la de unificar en la pena el conato con el delito perfecto, de donde la moralidad laudable

de aquellos. Magistrados les conduce a restringir notablemente la noción del conato, haciendo buena parte a la humanidad. Otra, que el art. 2.° no estima la *tentativa* según la *ciencia*, sino una tentativa *sui generis*, esto es, la *tentativa seguida de un principio de ejecución*. Ahora bien, si en ciencia toda tentativa ha menester de un *principio de ejecución*, es claro que según el concepto del C. f., el *principio de ejecución*, requerido como condición ulterior además de la *tentativa*, no es aquella ejecución suficiente de ordinario para constituir tentativa, sino alguna, cosa más, esto es, el actual principio de violación del derecho. La regla de ROSSI puede ser exacta como regla de derecho *constituido* en Francia, pero es inexacta científicamente. Esta verdad se demuestra con la misma decisión del T. de Montpellier de 19 II 1852 (*Journal du Palais, 53, 2, 170*), invocada como prueba de dicha jurisprudencia. No dice el Tribunal: la *fractura no es tentativa*, sino que razonando acerca del art. 2.°, y notando que la tentativa en él prevista era castigada como delito consumado, consideró un *peligro social manifiesto la asimilación de semejante tentativa al delito consumado*. Luego el mismo T. de Montpellier concuerda en que la fractura es una tentativa, mas no la previste en el artículo citado. 2.ª La otra razón que muestra no ser cierta por parte de la jurisprudencia francesa, la aceptación de la regla antedicha como absoluta, consiste en que las decisiones invocadas razonan siempre desde el punto de vista de la *apreciación del hecho*. Véanse las del T. de C. de 27 VIII de 1812, 11 VI 1818, 23 IX 1825, 4 X 1827. Así la sent. de 1818 critica al T. de Nancy por haber apreciado mal el hecho sosteniendo que la *fractura*, objeto del debate, no constituía *tentativa*, pero se limita a esta censura por considerarse incompetente para inspeccionar la apreciación del hecho. Vese, por lo tanto, cómo la Cas. de Francia también admite, que la *fractura puede* constituir tentativa. Consúltese la excelente censura de VATISMENIL, (*Journal du Palais*, 1825, p. 892, *n.*)[1].

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

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

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

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

§ 138. Pero ¿cuál será el criterio determinante de la diferencia entre *tentativa próxima* y *remota*? Es, a mi juicio, una dificultad grave. Mientras ante la vista se nos muestren actos muy lejanos o muy próximos a la consumación, fácil será distinguir en ellos la tentativa *remota* o la *próxima*. Pero ha de existir un punto de transición y de contacto entre el conato *próximo* y el *remoto;* debe ser el último acto con el cual termina la serie de los *remotos*, y el primero con que comienza la de los *próximos*. Es el primero con que comienza la de los próximos. Es indispensable determinar uno y otro, ora el derecho, positivo admita la imputabilidad con diverso grado en la tentativa remota y en la próxima, ora siguiendo la opinión de muchos doctores, exima a la *remota* de toda imputabilidad. La fijación de este punto de tránsito ¿deberá dejarse al arbitrio de los jueces, sin que la ciencia les ofrezca un criterio más positivo que el de la vaga indicación de proximidad o alejamiento? Necesidad práctica sería en verdad, en el Derecho penal, que la ciencia resolviese este punto, para tranquilizar las conciencias y evitar la oscilación en la determinación de las penas.

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

§ 140. El criterio para distinguir cuándo el conato deja de ser remoto y se convierte en próximo no puede deducirse del número de los actos eje-

cutados. Esto es intuitivo. Ni tampoco del *número* de los actos que faltaba ejecutar, porque este número es variable según las circunstancias. Diciendo que se determina por la *influencia* del último acto realizado, se sustituye a una fórmula indecisa otra no menos vaga y mudable, según el modo de sentir de quien deba aplicarla, y de nuevo se sustrae la justicia práctica al imperio de la *razón* para someterla a la soberanía del sentimiento.

§ 141. Se puede, sin temor, avanzar una idea; parece que la tentativa pasa del grado *remoto* al *próximo* cuando el culpable, trasladado al lugar de la acción, obra sobre el hombre o la cosa en los cuales debe consumar el delito. Así, el ladrón, mientras prepara ganzúas o la escala; cuando se dirige hacia la casa donde ha de robar, entre tanto que espía la ocasión de penetrar en ella, no ha ejecutado más que actos meramente preparatorios. Entra, según mi juicio, en el camino de la tentativa cuando apoya la escala en el balcón o introduce la ganzúa en la cerradura, pero su tentativa es aún *remota* porque sus actos recaen sobre el *sujeto pasivo* de la *tentativa* y no todavía sobre el *sujeto pasivo* de la *consumación*. Lo considero responsable de conato *próximo* cuando dentro de la casa se abalanza a la cosa que ha de robar y comienza a obrar inmediatamente sobre el objeto en que ha de recaer el acto de *consumación*, objeto que se encuentra a su presencia; la acción sobre el sujeto pasivo de la consumación ha comenzado, o por lo menos es *inminente*. Así, el cocinero que adquiere y macera la sustancia venenosa hará un acto meramente *preparatorio* del envenenamiento; cuando la pone en la vasija de mi comida entra en vías de ejecución y también de la tentativa, pero de la remota; cuando viene a presentarme en la mesa la comida, entonces es responsable de tentativa próxima[1]

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

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

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

§ 144. La última indagación relativa a distinguir la *tentativa* del *delito frustrado* me parece facilísima teniendo en cuenta la importancia de estas dos ideas correlativas, a saber: que el delito *frustrado* se produce solamente: 1.° Cuando se han ejecutado *todos los actos necesarios* para procurar el *hecho* criminoso. 2.° Si éste no se realiza por un *accidente* de todo punto

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

extraño al *modo de obrar* del culpable. La noción más exacta del delito frustrado se contiene en el C. t., art. 46, pero bien comprendido.

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

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

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

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

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

§ 149. El principio *jurídico* es el siguiente. Aun justiciable se le imputan las consecuencias del hecho propio, aunque no las haya previsto o querido, por la regla de índole política de que quien quiere los medios (en términos adecuados), es responsable de las consecuencias. Deber correlativo, en la justicia es tomar en cuenta aquellos resultados menos graves del *modo de obrar*, aunque el agente no los hubiese previsto, ni querido. De otra parte; la sociedad castiga las malas acciones en razón del *acto externo*, y la gravedad de éste obra sobre el criterio del daño en el *delito consumado*, o del peligro que se presenta en la *tentativa*. Cuando el acto externo lleva *en sí mismo* la causa de ser frustráneo, evidentemente el *peligro* disminuye. Y aun cuando deba apreciarse la mala intención, preciso es convenir también, en que el malvado, inexperto o incauto, muestra menos propósitos de delinquir y excita menos alarma en los ciudadanos.

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

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

arma de fuego[1] con carga *insuficiente*, y a causa de esta *insuficiencia* no se produce homicidio, seria irracional insistir sobre la existencia del *homicidio frustrado*. La distinción entre la no idoneidad relativa y absoluta, que puede ser justa en la simple tentativa, no es admisible en el *delito frustrado*. En la tentativa son siempre inciertas las condiciones concurrentes a la consumación: de aquí deriva el *peligro*. El arma con escasa carga pudo dispararse a corta distancia y matar su potencia es toda ella de previsión conjetural, no demostrada por un resultado de hecho: podía ser. Pero no podía ser. Mas, ejecutado el acto de consumación, tenemos el resultado *positivo* de hecho: estamos ciertos de las condiciones *materiales* en que el agente quería emplear el arma, y lo estamos igualmente de que con estas condiciones de hecho, el arma era *impotente*. Habrá una tentativa en ambos casos, no *delito frustrado*, porque el acto consumativo hace eficaces los caracteres de impotencia del arma, así como demuestra la eficacia de sus condiciones eventuales de potencia. El enemigo se detiene a cincuenta pasos de distancia al disparar aquella arma, que a los diez habría producido la muerte; todo peligro cesó en el momento mismo del disparo, y por virtud propia de este último acto, aun antes de que el proyectil caído a gran distancia de la víctima le mostrase que nada debía temer. Pero si el reo se aproxima más a la víctima, la explosión hubiera sido mortal; luego en los medios no había impotencia absoluta: el reo dispara sin aproximarse, y he aquí la impotencia *relativa*. Y porque el ataque no fue mortal por causa del *modo de obrar* del reo, no resulta *delito frustrado*, puesto que no se hizo de su parte *cuanta era necesario* para producir el efecto: sostener lo contrario sería un verdadero contrasentido. El último acto (explosión a larga distancia), fue la causa por cuya virtud cesó el peligro: es absurdo, que una imputación, cuya razón y medida residen en el peligro, se aumente en un grado por causa del mismo acto a consecuencia del cual cesó aquél. Por esto sostenía yo, que no había lugar a distinguir ni a dudar.

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

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

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

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

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

§ 156. Ticio dispara un arma cargada con proyectiles pequeños a tal distancia, que no podían producir la muerte; esta causa de *no realización*, es inherente al *sujeto activo* del delito. El *delito frustrado* no existe lo mismo en el caso de saber el reo que en el arma había proyectiles menudos, como si no lo sabía, creyéndola, por el contrario, cargada con bala. La causa del fracaso será siempre inherente a los *medios* usados por el reo, y sirve para excluir el título de delito frustrado.

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

§ 158. Mas, si por el contrario, el agente *observó* este obstáculo (por ejemplo, la puerta cerrada detrás de la cual se hallaba la víctima, puerta que el reo pensó taladrar con la bala, cuando por ley ordinaria no tenía fuerza para ello) no hay *delito frustrado*, porque dimanando el fracaso de una causa cuya existencia conocía el agente, semejante obstáculo no presenta el carácter de *fortuito* o de *imprevisto*. El reo quiso tirar contra el hombre colocado detrás de la puerta; quiso ejecutar *una acción*, cuyas condiciones, de él conocidas, hacían imposible la muerte; luego residiendo la causa del insuceso en dichas condiciones, que el agente *voluntariamente* aceptó, no puede decirse *independientes* de él, porque en fin de cuantas descansan sobre un error de sus cálculos. Él no ha hecho *cuanto era necesario* a la realización del delito querido: para hacerlo todo, era preciso esperar la salida de la víctima fuera del muro.

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

§ 160. Tal es la *esencia del hecho* del delito frustrado, que debe ser siempre distinta del *elemento intencional.* Aquella ha de existir *de por sí;* ha de tener sus propias condiciones ontológicas, completas en sí mismas según la ley de su naturaleza, y no según las visiones o las previsiones del agente. Si un hombre imaginó que la escopeta cargada con sólo pólvora diese la muerte, o que una bala de carabina perforase una pared de fábrica, y disparó la primera contra el enemigo en campo abierto, o la segunda contra la pared tras de la cual se amparaba el contrario, el delito resulta completo en su *elemento moral*; el delincuente ha ejecutado todos los actos que se proponía hacer, según su idea, para matar, pero no ha hecho todo lo *necesario* a fin de efectuar su propósito. Según el elemento moral habría *delito frustrado*, pero no según el *elemento material*… Y así como aquél sin éste no es suficiente a dar consistencia al título de delito frustrado, de la propia suerte el hecho de aquél, o no será nada o a lo sumo será simple tentativa.

§ 161. En este orden de ideas encuentro diferencia entre lo llamado por las escuelas antiguas, ora conato *praetergreso*, ya conato perfecto, y lo que las modernas califican de *delito frustrado*. Aquel se da en la realización no

interrumpida de los actos pensados por el reo; éste requiere la de los actos exigidos naturalmente por la *naturaleza del hecho.*

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

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

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

§ 165. Véase cómo desde el principio hasta el término de la teoría de la tentativa, la idea del *peligro*, considerado como elemento constituyente de la fuerza física del conato, sirve de base y es segura guía de criterio para resolver bien cualquier caso. Además, la fuerza lógica de su aplicación se comprende claramente. Cuando el *modo de obrar* adoptado por el reo, debía, por ley *ordinaria* de su naturaleza, producir el efecto deseado, a no ocurrir el obstáculo *fortuito* que frustró aquel modo de obrar, el *peligro* ha existido desde el primer acto de ejecución hasta el último representativo de la consumación del reato. El delito es *frustrado*. Pero cuando el obstáculo procede de uno de los actos de ejecución, porque según la ley ordinaria de su naturaleza, no tiene el poder que el culpable suponía, el *peligro* ha dejado de existir después de aquel acto frustratorio. Luego si el *peligro* (elemento que aquí hace las veces del suceso no acaecido para dar base a la imputabilidad) no fue concomitante con *toda* la serie de los actos de ejecución, el delito frustrado desaparece; porque le queda sólo el elemento de la mala

voluntad, constitutivo de su índole moral, sin la correspondiente *cualidad* de peligrosos de toda la serie de actos externos, constitutivos de la índole política. Falta la fuerza física *objetiva* del delito *perfecto* (representada por el daño), donde no hay *resultado perjudicial*. Falta la fuerza física *objetiva* del delito frustrado (representada por el *peligro* corrido[1]), si el acto consumativo no originó por su naturaleza riesgo. Queda una *tentativa* imputable, hasta el punto en que los actos cuya posibilidad de dañar el derecho atacado, muestren un peligro real.

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

§ 167. Muchas de las observaciones del ilustre magistrado, ora en elogio, ora censurando el C. s., merecen completa aprobación. No siempre, sin embargo, estamos de acuerdo con su pensamiento ni creemos tampoco que sus argumentos puedan eludir racionales objeciones. En la importante materia de la tentativa y del delito frustrado nos adherimos, por ejemplo, a la crítica del jurisconsulto francés dirigida contra el art. 99 del C. s., porque su última disposición hace responsable al mandante de tentativa, aunque el mandatario, por obstáculos o por desistimiento, no haya comenzado ningún acto de ejecución. La regla de que el mandato en sí mismo no constituye tentativa, aunque pueda ser considerado como delito *sui generis* cuando la infracción a que se dirige presente cierta gravedad política merecedora de represión, era tan universalmente reconocida por todas las escuelas de derecho penal, que la desviación de ella en el art. 99 del Código antedicho

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

(desviación derogada en algunas provincias de Italia), excitó general sorpresa y produjo el temor de verla reproducida en el nuevo Código penal italiano.

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

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

§ 170. Es inexacto históricamente, porque no es cierto, que la doctrina de la disparidad en la pena proceda de la escuela germánica[1]. Al publicar

1 Verdad es, que la Némesis Carolina, que juntamente con varios estatutos penales (de Hesse, Bamberg, Brandeburgo, etc.), sucedió a principios del siglo XVI a las tradiciones romanas, que, entremezcladas con las de las leyes bárbaras, regían la materia penal, produjo entre los sabios de Germania cierta veleidad de dulzura. Y como la Carolina en el artículo 178 abandonó al *arbitrio* judicial la pena del conato, nació la idea de que la tentativa (aunque próxima y encaminada a crímenes atroces) debía imputarse menos, cuando, por el contrario, en Francia dominaba aún el severo principio de la parificación. Pero no puede sostenerse que la vieja escuela germánica aceptase la *no parificación* como principio absoluto científico. Había, por el contrario, Jefes de escuela como BOEHMER, que enseñaban todo lo opuesto; tan sólo el artículo 178 inducía en la práctica a cierta benignidad, pero ésta en Bélgica recorría diversa escala, según los *diferentes títulos de delito*. Contra los *asesinos* (*bravios quaestaurios*) comprados, se limitó a cambiar la muerte de rueda por la de *horca* (VAN LEUWEN, *Censura foren.*, lib., 5.°, cap. 13, n. 3.— DAMHOUDER, *Praxis criminalis*, cap. 74, v. 3), lo cual revela más bien una disminución de *pena* que una minoración en la *imputabilidad*. En los otros homicidios prevaleció por costumbre la atenuación de la imputabilidad; VOET, *In Pand*, 48, 8, 4.— PEREZ, *In C. tit. de Sicariis*, v. 5.— GUDELIN, *De jure novissimo*, 5, 17.— SANDE, 5, 9, *def.* II. Esto muestra, que la cuestión se resolvía desde el punto de vista de la humanidad y de la conveniencia, no bajo el aspecto de la justicia.

CARMIGNANI en 1808 sus nunca bastante alabadas *Instituciones de Derecho criminal*, proclamó dicha regla con solemnes palabras: *Conatus quantumvis praetergressus, qualiscumque titulus criminis sit ad quod intendit, perinde ac perfectum crimen imputari minime potest.*, y en la nota que puso a esta página, refutó extensamente a ROMAGNOSI, el cual en su *Génesis del Derecho criminal*, publicada en 1791, había enseñado, que el delito frustrado debía considerarse perfecto en cuanto a la imputabilidad, aunque admitía alguna disminución en la pena. La doctrina de la disparidad no es, pues, invención de la escuela germánica, sino que más bien es un precepto proclamado anteriormente por la escuela italiana a partir de GANDINO y de CLARO. No es esta la vez primera que hallamos, en algunos escritores franceses, indicado como precepto de la escuela germánica lo que en realidad era la reproducción de enseñanzas de algún jurisconsulto italiano. Esto acontece, porque en Alemania gozan de crédito nuestros libros más que en parte alguna, lo cual viene de antigua fecha; así vemos a STRUVIO y MÜLLER citando como autoridad en apoyo de una doctrina, opúsculos y escritos publicados en Italia que ni entre nosotros eran universalmente conocidos. En Francia, hasta los últimos tiempos en que muchos ilustres escritores han comenzado a hacer justicia a los nuestros, uniéndose con ellos en fraternidad científica, prevaleció el sistema contrario, y se tuvo como a menos repetir aserciones que viniesen de la *tierra de los muertos*. Un escritor moderno de Francia, célebre por sus comentarios al C. de com., confirma nuestra observación demostrando cómo el C. de com. adoptado en Francia, no es más que el resumen de las doctrinas de CASAREGI, y sin embargo, en todas las discusiones empeñadas con tal motivo, ninguno de los oradores pronunció el nombre del italiano cuyas doctrinas se aceptaban. Buena o mala, como sea, la regla de la disparidad de la pena nació en Italia; los alemanes no hicieron otra cosa que aceptarla con entusiasmo y sostenerla con tenacidad.

§ 171. El génesis de la doctrina opuesta deriva de una fuente doblemente viciosa, bien sea que en los tiempos pasados se generalizase entre los criminalistas la idea de castigar la tentativa con igual pena que el delito consumado por una mala inteligencia de las ideas romanas, bien a causa de tener inexacta noción de la tentativa.

§ 172. En verdad, si se estudian los escritores de los pasados siglos, vese que muchos de ellos se fundan en la autoridad de los jurisconsultos romanos, suponiendo que para éstos la tentativa y el delito consumado se equiparaban siempre en el castigo. Pues este es un error, que enseñado ya por CUJAS, se repitió constantemente por respetos hacia su nombre en

todos los escritores sucesivos, convirtiendo de tal suerte en regla general algunas especialísimas y excepcionales disposiciones. Que hay en ello error no tengo para qué demostrarlo, bastándome hacer referencia a la eruditísima disertación de NICOLINI (citado antes), después de la cual. nadie que yo sepa, ha dudado de tal verdad, posteriormente ratificada con toda extensión por GEIB[1].

§ 173. Otros muchos, entre los mantenedores de la parificación, llegaron a tal consecuencia por formarse inexacta noción de la tentativa, noción que se ha depurado y rectificado en Italia sólo en los tiempos modernos, y principalmente por los trabajos esmerados de CARMIGNANI. Si se consultan aquellos autores, verase muy luego, que para demostrar la necesidad politica de la pacificación recurren a ejemplos de conatos, que según la enseñanza unánime de las escuelas modernas, no son tales. Unos, por ejemplo, tomando el caso de *le lesa majestad* y repitiendo la sentencia de CATÓN: *Quis tam vesanus expectabit eventum cujus frustra implorabitur vindex* —piensan que si la tentativa no castigase igualmente que el delito consumado, el reo tendría grandes probabilidades de no experimentar el rigor de la ley. Pero este y otros ejemplos análogos, así como los argumentos de ellos deducidos no tienen fuerza alguna, desde que ciencia excluyó la noción del *conato* en todos los delitos que se dicen *formales*. El reo de lesa majestad lo es de delito *perfecto,* desde que acude a las armas contra la patria; lo es el conjurado, cuando urde la conspiración; lo es el calumniador, apenas presentó la falsa denuncia o suministro el falso testimonio; lo es el monedero falso, apenas fabrica la moneda; lo es el incendiario, desde que aplicó la mecha en el edificio, porque en estos y otros casos desaparece el conato por razón de *exceso,* dándose en los actos ejecutados una lesión ya consumada de un derecho *universal* o de un derecho, sea *universal* o *particular*, superior o igual al derecho que el agresor se proponía finalmente conculcar. Es, por lo tanto, sofisma evidente en el que se incurre al decir, que si al reo de lesa majestad, al conspirador, al calumniador, al falsario, al incendiario se aplica la imputabilidad de un delito perfecto, se acepta con ello la regla de imputar igualmente la tentativa, que el delito consumado. Reducida a sus términos más estrechos la argumentación, es la siguiente: estos reatos *perfectas* se

1 Pretenden muchos, que debe considerarse como regla general la sentencia de la *ley* 14, *ff. ad. leg.*, *corn. de sicar: in maleficiis voluntas spectatur non exitus*, pero los más ilustres juristas rechazan esta inteligencia. BINKERSHOECK, *Op. jur.* lib. 3, *obs.* 10) quería restringir el precepto al sólo caso del *maleficio* o *envenenamiento*. GLUCH (*Ad tit. de justitia et jure*, § 6, *p. 67, nota 91*) y RUCKER, en las notas a dicha ley, entendieron la palabra *exitus* en sentido totalmente opuesto; esto es, *non solus exitus non tantum exitus*. Véase también a CANNEGIETER (JUAN), *In collationem legum Mosaicarum, tit. I, § 7, p.* 184.— CANNEGIETER (HERMÁN), *Ad fragmenta veteris jurisprudetiae* (in Col. L. M. et R.), pág. 44 y siguientes.

imputan como tales (aunque el orden del estado no se haya trastornado, no se haya logrado la condena del inocente o no sé haya causado todo el mal que se quería causar a la propiedad privada), luego es regla general que el delito *imperfecto* se impute igualmente que el perfecto.

§ 174. Remontándonos, pues, al origen, claramente se muestra por uno y otro camino, que la doctrina de la parificación alcanzó en algún tiempo boga a causa de errores en el conocimiento de las leyes romanas, o en el del ente jurídico de que se trataba. Otra razón no menos verdadera, pero tampoco menos errónea, de esta doctrina, nace modernamente (TISSOT, vol. 1, cap. VI, *in fine*) de la peligrosísima confusión entre la moral y el derecho[1].

1 Mirada la cosa en su interioridad, aquí radica el motivo sustancial de divergencia de las escuelas, sobre este y otros puntos. La escuela *moralista,* puramente subjetiva, encuentra el delito en la *perversidad del agente,* y castiga esa perversidad. La escuela *ontológica* ve en el delito un *hecho que lesiona el derecho,* y castiga esta lesión. He aquí el principio de la disparidad, mantenido el cual, las dos escuelas podrán eternamente estar disputando sobre esta y otras cuestiones, sin llegar jamás a establecer una inteligencia. Es imposible entenderse cuando el razonamiento procede de dos ideas radicalmente opuestas tocante a la sustancia de la cosa sobre que versa la contienda. Considerando el delito como punible por la perversidad que revela, la escuela moralista no halla en el hecho exterior más que un *criterio* revelador, una manifestación de la voluntad culpable; ella castigaría hasta la voluntad culpable no seguida de efecto exterior, si le fuese posible sin él adquirir la certidumbre de tal perversidad: es la doctrina de BURLAMAQUI con todas sus consecuencias lógicas, el cual enseñaba, que los actos internos (deseos, propósitos) no debían ser castigados por sólo la razón de no poderse reputar ciertos, sin la presunción de un acto exterior, que manifieste su existencia o su realidad. Por lo tanto, cuando esta escuela encuentra un hecho exterior que le manifieste suficientemente la voluntad injusta, castiga sin cuidarse de cuales hayan sido los efectos de aquel hecho, y castiga igualmente a los autores de hechos diversísimos en sus condiciones, en sus relaciones con la ofensa al derecho, porque bastando de por sí a producir la certidumbre de la seria voluntad de delinquir, todos ellos han servido igualmente a la función para la cual se requería su concurso y no entran en el cálculo de la imputabilidad y de la pena, que se dirige únicamente contra el querer injusto. Una *tentativa*, aun cuando exenta de todo resultado perjudicial, se relaciona con el derecho atacado, y aunque de mucho menor perjuicio en la relación política del daño mediato, es, según esa escuela, igualmente grave que un *delito perfecto*, porque manifiesta con toda certeza a los ojos de la justicia la seria y perseverante voluntad de producir aquel mal. No importa que el mal se haya o no de deplorar, porque esta escuela no mira el delito como un *ente jurídico*, sino como un *ente moral*, de tal suerte, que la voluntad de violar el derecho expresa la figura del delito perfecto, sin necesidad de esperar a la violación efectiva del derecho. Es muy natural, por consecuencia, partiendo del prejuicio de que la tentativa constituye *delito perfecto* (porque manifiesta la voluntad injusta constituyente del delito), acudir a un argumento, en mi opinión, sofístico: que para castigar menos la tentativa es indispensable hallar una atenuante en lo fortuito obtatorio al hecho siniestro. Considerado por esta escuela un delito perfecto en la mera intención, no le es dable concebir minoración de la imputabilidad sin recurrir a las atenuantes. Igualmente el hecho del *cómplice*, aunque comparado con el del autor presenta menos gravedad, sea porque la lesión del derecho no procede directamente de aquél, sea porque revela un hombre menos peligroso, causa de menor alarma del público, es para la escuela moralista un *ente moral*, totalmente igual al reato del *autor principal* (merecedor por lo tanto de la misma pena), porque manifiesta igualmente también la *voluntad injusta* encaminada a la violación de la ley. Diametralmente opuesta a ella es la escuela ontológica, a la cual me glorío de pertenecer. Considerando el delito como un *ente jurídico*, y castigando el *hecho exterior*, porque *violó la ley jurídica*, y no tan solo porque es una *manifestación* indudable de malos propósitos, es llevada por necesidad lógica a apreciar en la lesión del derecho la cuantidad política del hecho que quiere castigar. Por lo mismo no piensa, por modo alguno, en atenuar la *pena* al reo de tentativa o al de complicidad; impónese al uno y al otro la pena adecuada al hecho y a la gravedad que éste presenta en relación con la ley jurídica, de la cual es sanción y tutela el derecho penal. Castigando menos al auxiliador y al reo de delito imperfecto, no

§ 175. Hay, pues, un equívoco al anudar, como lo hace el insigne magistrado francés, que la regla de la disparidad en la pena se apoya tan sólo en el principio utilitario. El equívoco procede de confundir la razón, que aconseja la disparidad en la *tentativa* con la que aconseja la disparidad en el *delito frustrado*. Uno de los motivos determinantes de ella en la tentativa es, en verdad, aparte la menor gravedad del acto jurídico, el principio utilitario, el cual exige que se deje en los males comenzados mayor posibilidad

---

aspira a ser benigna o a usar medios de dulzura, sino que se preocupa de administrar justicia rigurosa. Combátase nuestra escuela en su principio, defiéndase la opuesta si se quiere, pero no se la acuse falsamente de buscar sus dictados respecto al conato y complicidad en el corazón más que en la inteligencia, en la piedad más que en la justicia, en la elástica teoría de las atenuantes más que en los exactos y positivos criterios de la naturaleza y de la cuantía del delito. El sistema de las atenuantes es una panacea, a la cual han debido recurrir los C., fundados en la doctrina moralista, que en la aplicación práctica verán claramente eludidas sus sanciones, porque al criterio de los juzgadores repugna dar vida real a las reglas draconianas, inseparables del criterio radical de la escuela moralista. El C. t. puede envanecerse de ser suficiente para las exigencias de la justicia, y de haber conservado después de diez y seis años una vida práctica bastante para las necesidades de más de dos millones de habitantes, sin recurrir a aquella panacea, que desautoriza a la ley y traslada su cetro a las manos del juez. El C.t. no admite atenuantes, y sin embargo sirve perfectamente, y aun mejor que otro cualquiera, a la justicia distributiva, porque derivados sus preceptos de la escuela ontológica, castiga *menos* todas las veces que halla un *menos* en el hecho, ya en relación a la fuerza moral ya a la fuerza física del delito. Las *atenuantes* en el sistema francés, nada tienen de común con nuestra teoría del *grado* en el delito. Cuando nosotros rebajamos la imputabilidad al impúbere, al ebrio, al que obra con violenta pasione al atentante, al cómplice y así de otros casos, no buscamos misericordia o benignidad, sino que obedecemos rígidamente a la justicia; imputamos *menos* a éstos porque son *menos* culpables, y son menos culpables porque el hecho exterior que castigamos, representa un delito menor en sus fuerzas constituyentes, y porque no siendo lo mismo dos que cuatro, sería *injusto* proceder de otra suerte. Las atenuantes, por el contrario, se aceptan en la escuela por necesidad empírica, pero revelan siempre una herida a la justicia, porque aceptándolas, se dice, que en justicia, la pena debía ser de diez, pero place al juez (por consideraciones no definidas en la ley) reducirla a ocho. Es inútil, por lo tanto, toda disputa en las dos escuelas en punto a las cuestiones secundarias del conato, de la complicidad y de otras. Trátase de dos sistemas radicalmente opuestos y absolutamente irreconciliables. Combatiendo la doctrina de la equiparación en el conato y en la complicidad, no se impugna una solución especial de un problema dado; se ataca todo un sistema, así de la una como de la otra parte. Nosotros creemos más verdadera jurídicamente la escuela ontológica; la consideramos más enlazada con el sentido moral de los pueblos, la estimamos como más apropiada a las necesidades de la justicia práctica; la miramos como la más apta para librar las penas en cuanto es posible del peligroso arbitrio del juez y de los legisladores. Para nosotros sólo los hechos externos caen bajo la mano de la autoridad social, y las condiciones internas de quien las ejecutó sólo se han de tomar en cuenta con el doble objeto de descubrir en ellas el fundamento de la imputabilidad del agente, y un criterio regulador de la cuantía del delito cuando por efecto de las mismas se haga más grave ofensa al derecho; al *individual* en cuanto ciertas condiciones interiores del agente aumentan el peligro de la víctima: al *social* si otras condiciones interiores del agente acrecen el espanto y el temor de los coasociados. Fuera de esto, la autoridad social, en el ejercicio del magisterio punitivo, no puede tener en cuenta la moralidad interna del agente; y mucho menos atribuirse la facultad de castigar las fases internas del ánimo mediante un criterio que depende totalmente del estado interior, sin sufrir la influencia de aquella variedad, nacida de la variedad misma de los hechos exteriores en relación con las fuerzas objetivas del delito. La escuela moralista acaricia lo bello de una idea abstracta, pero cuando pretende dar a su idealismo forma práctica en el foro, se encuentra necesariamente con las dificultades que surgen de la opinión pública, regulada siempre por el criterio de la exterioridad, y entonces, antes que mudar de sistema y pararse a juzgar los delitos como hechos exteriores, arroja el cetro legislativo y dice al juez: mide a tu arbitrio. Así la penalidad de la escuela moralista se pone a merced del caso y del número, mientras la escuela ontológica la quiere siempre subordinada a criterios de rigurosa justicia. Abandonad las utopías draconianas y medid el delito y su imputabilidad con la norma de la ofensa al derecho, y dejad a Dios el juicio de la perversidad interna del hombre. El dominio de las almas sólo a él corresponde.

al desistimiento. Pero esta, razón sería *contingente* si se pretendiera aplicar al *delito frustrado*, puesto que él mismo por su naturaleza suponga la ejecución de tales actos, que de modo alguno no dejan al agente utilidad posible en el desistimiento: ni siempre cabe pensar en la posibilidad de renovar los actos ejecutados. No es, ni puede ser cierto, que los mantenedores de la disparidad partan únicamente de un principio utilitario, imposible en su aplicación muchas veces. El error se hubiera descubierto con perfecta claridad al insigne magistrado, si hubiese consultado la obra notabilísima de su compatriota. ORTOLAN, que con la habitual perspicacia y exactitud en él distintivas (núms. 994 y 995 del *Curso de Derecho penal*), muestra, que para la disparidad en la tentativa concurren dos razones, a saber: la fuerza física subjetiva del delito es menor y es nula la fuerza física objetiva, mientras que en el delito frustrado sólo concurre la segunda, pues en lo tocante a la fuerza física subjetiva ella es enteramente igual a la del delito consumado. Por donde se ve que la única diferencia se- contrae a la falta del resultado. Pero aun esta razón por sí sola funda una desemejanza en la gravedad política del delito, considerada por el sabio profesor como bastante para disminuir la imputabilidad.

§ 176. Finalmente, es vicioso el argumento derivado del supuesto absurdo en que (así se dice) se incurriría admitiendo a favor del culpable una disminución de pena por efecto del caso fortuito impediente de la consumación del delito, y es vicioso porque envuelve una petición de principio. Cuando se habla de *disminución*, de hecho se supone un delito en sus condiciones normales y completas, de modo que reducida la cuestión a indagar si debe acordarse una *disminución* al autor de delito frustrado, se da ya como resuelta en sentido contrario la primera cuestión, la verdadera, la única que puede plantearse: si el *delito frustrado* revela una *cuantidad* política igual a la del delito consumado.

§ 177. Preguntando si puede admitirse *atenuación* en el caso fortuito, es fácil persuadir a muchos de que no debe admitirse. Digo a muchos, no a todos, porque otros responderán, que como el caso de un resultado más grave, aunque no previsto, se estima a cargo del delincuente, así la ley de reciprocidad exige que a su favor se calcule el caso de un resultado menor, aunque tampoco lo hubiese previsto.

§ 178. Pero la cuestión no se plantea en estos términos, de los cuales nace la petición de principio. Ante todo, ha de resolverse si el *delito frustrado* visto políticamente, no tan sólo por su aspecto moral, presenta una

cuantidad igual a la del delito consumado, extremo insoluble, si antes no se determina cuál es el recto criterio según el cual se aprecia la cuantidad política del delito.

§ 179. La intuición revela el artificio sofístico de los adversarios, al presentar el punto de la atenuación como si se tratase de términos reconocidos *iguales,* mientras por nuestra parte sostenemos, la *desigualdad* en las fuerzas constituyentes del delito, y por lo tanto diferencia en éste. ¿Es o no verdadero nuestro modo de ver? Si lo es, abandonemos al Procurador de Cháteu-Thierry las controversias sobre *atenuantes*, y afirmemos que lo menor se ha de *imputar* como menor, sin necesidad de atenuar lo más tenue de suyo.

§ 180. Si la cuantidad política de los maleficios, siguiendo ciegamente el principio ascético, se quiere hallar en la malicia del culpable, el delito frustrado no pertenecería a la clase de los *imperfectos*, y será lícito entonces plantear la cuestión sobre si conviene o no admitir una *atenuante*. Pero si fieles al principio político, hoy ya reconocido por todas las buenas Escuelas modernas, en la medida de la *cuantidad* del delito se calcula (además del dolo que aumenta el daño mediato), principalmente la importancia del derecho ofendido con el delito, no es posible afirmar seriamente, que un hecho en el cual falta el resultado de la efectiva violación del derecho, sea de cuantidad política igual a otro hecho, que produjo análogamente la lesión. Y si es desigual el valor político, no hay necesidad alguna de *atenuantes* para penar menos. Se castiga menos por la razón sencillísima de que el delito es menor, porque es menor en la fuerza objetiva, uno de sus elementos constituyentes. Los adversarios son los que a su vez sienten la necesidad de hallar una *agravante* en el caso fortuito, pues parece de evidencia que para *imputar* un delito *menor*, *igualmente* que otro mayor, se necesita demostrar en el primero la concurrencia de alguna circunstancia agravante, la cual eleva su cuantía en la balanza política hasta equipararlo con el delito mayor.

§ 181. Reduciendo esta disputa a su más sencilla fórmula, se pregunta: si en el delito frustrado se ha de mirar un delito *diverso* del consumado o sólo una *fracción* del mismo. Nosotros nos adherimos al pensamiento admitido hoy por las Escuelas modernas (JONGE, *De delictis*, *vol. II, p. 144*, *nota 1.ª*), recientemente sostenido por el sabio profesor TOLOMEI, que examinando la cuestión (*Elementos y estudios sobre el Derecho penal*, Padua 1863, p. 186), sostiene la diferencia entre delito intentado y delito consumado como diferencia de grado, no de *sustancia*. Opínese técnicamente como se quiera

sobre este punto, en nada se modifica la solución del problema respecto a la mayor o menor imputabilidad proporcional del delito frustrado. Porque si se considera *delito diverso* en la *sustancia*, esta diversidad *sustancial* sólo puede consistir en que en un caso resulta un hombre muerto y en el otro no, lo cual basta para considerar menor el delito. Y sí, como nosotros creemos más cierto, en el delito frustrado ha de reconocerse siempre un grado, o sea una *fracción* del delito que se quería ejecutar, no son menester largas disertaciones para demostrar que la *fracción* no puede ser igual al todo.

II

Complicidad.

§ 182. La *voluntad* y el *brazo* de un *sólo* hombre bastan para la comisión de un delito; desde que la voluntad *determinó* y el brazo *consumó* el hecho transgresor de la ley, nada falta a la existencia de aquél.

§ 183. Pero en el desenvolvimiento de los sucesos criminales no siempre aparece como única y aislada aquella figura; con frecuenta se agrupan a su alrededor otras personas, que contribuyen más o menos al suceso criminoso. De aquí la teoría de la *complicidad* derivada inevitablemente de la naturaleza de los hechos; esto es, de su susceptibilidad de recibir impulso de más de una inteligencia o de más de una mano; de donde procede, que los momentos constitutivos de la criminalidad de un hecho se dividan entre varios sujetos.

§ 184. Uso de las palabras *cómplice, complicidad,* según su origen etimológico, y en sentido general comprensivo de todos los *delincuentes, accesorios*. *Complex* es frase de la baja latinidad, ideada para dar nombre especial al complicado o *implicado* en un delito, que otro consumó. Esta palabra fue desconocida entre los romanos.

§ 185. Posteriormente, la emplearon los prácticos con sentido más especial para denotar un concurso *físico* en los actos precedentes a la consumación, pero esto ocasiona confusiones y nosotros debemos ser claros en las nomenclaturas. Por lo tanto, usaremos de las palabras *cómplice* y *complicidad* en su sentido general comprensivo de todos los delincuentes *accesorios*; esto es, de todos aquellos, *contribuyen* a un delito *consumado* por otro, participando en él de cualquier suerte, pero en grado suficiente a constituirlos más o menos responsables del hecho criminoso.

§ 186. Cuando varias personas concurren a la comisión de un delito, ¿cuál de ellas será el *autor principal* y cuáles los delincuentes *accesorios*? Importante, ante todo, fijar bien la terminología, que ha de servirnos de vehículo para la comunicación de las ideas. *Autor principal* es el que ejecuta el acto físico. en el cual consiste la consumación del delito. Si muchos lo ejecutan, muchos serán los autores principales; todos los demás aparecen como delincuentes accesorios.

§ 187. La ciencia no puede hallar otro criterio para definir al *autor principal* de un delito si no limita la noción al *autor físico* del *acto*, que *consuma* la violación de la ley. Para el Juez constituido, podrá bastar una locución compleja que abarque todos los casos unificables en la ley bajo el aspecto de penalidad. La ciencia, sin embargo, requiere términos exactos correspondientes a la diversidad de momentos ontológicos para denotar con distintos vocablos la variedad en el modo de ser de estos momentos y aplicar a ellos rectamente las consecuencias jurídicas. Los jurisconsultos romanos, grandes y exactos maestros en el uso del lenguaje, equipararon a las veces cosas esencialmente distintas entre sí; pero al hacerlo conservaron siempre en el lenguaje las notas características de estas cosas diversas por naturaleza, ora variando las frases, ora agregándoles algunas partículas, que distinguían el uso propio del impropio. Los romanos jamás hubieran llamado *autor* del delito al *instigador* que nada *ejecutó* en el acto de la consumación.

§ 188. Puede un legislador considerar justo que alguno de los *cómplices* se iguale con el *autor principal* en la imputabilidad y en la pena, y así resuelta la cuestión expresará su voluntad de equiparar, dando a todos ellos el nombre de *autores*, cuya nomenclatura responderá suficientemente a las necesidades del derecho constituido. Pero la ciencia no puede suponer *a priori* resuelta cuestión alguna; ante todo ha de definir los entes, que son objeto de su estudio, y cuando en estos objetos de su indagación halla condiciones naturalmente diversas, es indispensable señalar a cada uno con nombre distinto. Si después los estudios llevan a identificar para ciertos efectos estos entes ya segregados, quedará la segregación de los vocablos, porque es coetánea a la primitiva naturaleza de aquellos objetos, cuyo diverso nombre no será jamás obstáculo a la pacificación.

§ 189. Así un legislador puede decir culpable de *parricidio* al matador de su padre *adoptivo*, pero la ciencia no podrá expresar esta paternidad civil con el mismo nombre de la natural, porque son dos cosas intrínsecamente diversas. Para ser *autor principal* de un delito es preciso haber participado

directa y *materialmente* en las circunstancias constitutivas del momento de la infracción, según su definición legal. La *responsabilidad* o el grado de ella no es lo que distingue al autor del *cómplice*; son las condiciones *físicas* de la acción. Cabe ser autor de un *hecho* y no ser *responsable*, o serlo *menos* que el cómplice.

§ 190. Llamaremos, pues, *autor principal* a aquel, que consciente y libremente ejecuta el acto material del delito, o participa en él materialmente. Si ese acto se ejecuta por más de uno habrá varios *autores principales*, porque en varios se da la nota característica; todos los demás son delincuentes accesorios.

§ 191. También se quiso dar la denominación de *autor* al que imaginara el delito sin tomar parte en su *ejecución* y se le llamó autor *psicológico*, para distinguirlo del autor *físico*. Pero el autor *psicológico* lo es de una *idea*, no de un *hecho*; por lo tanto, ante el derecho penal, que no aprecia la violación de la ley sino por virtud del *acto externo*, mal puede decirse autor del *delito* al autor del *pensamiento* criminoso. El será la causa del delito, pero hablando con propiedad no puede llamársele *autor*, fuera de un sólo caso, es a saber: Que el autor físico no haya obrado con libre y consciente voluntad. Entonces el *autor físico* del hecho, que es un mero *instrumento* de quien le impulsó a obrar, se equipara a la materia bruta; y quien de su cuerpo se valió es el autor del delito, lo mismo que si se hubiese valido de un palo, de una piedra o de otra *materia* cualquiera. En estos casos no existe *acción* criminosa en el autor aparente, porque si fue *obligado*, de su parte no concurre ni el *hombre interno*, ni el *externo*. Es *ejecutor*, no *agente*[1]. Si procedió con ignorancia, si fue violentado, o por otra cualquiera manera irresponsable, no concurre el hombre interior: será autor del hecho, no del delito, porque respecto a él ese hecho no constituye delito. El *agente* del delito es solamente aquel que emplea su propio brazo como instrumento. Pero el participe en un hecho, que otro *voluntariamente ejecuta*, sólo puede ser *accesorio* de aquella figura principal, porque la *acción* criminosa procede de éste, no del otro. Se ve, pues, con cuanta exactitud distinguieron siempre los criminalistas entre

1 La locución italiana es la siguiente: é agito non agente, hasta cierto punto intraducible. *Agito* es participio del verbo *agire*, obrar. La idea que el autor quiere expresar se comprende perfectamente; su versión a nuestro idioma parece difícil, y literalmente usada para mostrar el pensamiento del autor, sería impropia. Nosotros no decimos ni admitimos que respecto a un hombre, y tratándose de la acción de obrar, pueda emplearse el participio pasado, diciendo *hombre obrado*. Hubiéramos empleado la frase de *operario*, pero tampoco ésta expresa el concepto del autor, que pretende determinar la condición de un hombre ejecutando un acto por fuerza y sin voluntad de ejecutarlo. En la imposibilidad, pues, de traducir con frase castiza y propia el giro italiano, hemos preferido usar la frase *ejecutar*, explicando el motivo que a ello nos lleva. (N. del T.).

autores y *motores*. Sólo entre los modernos ha prevalecido la vaguedad de unificar los unos con los otros y comprender a los motores bajo la denominación de autores[1]. La ciencia no ganó, por cierto, en exactitud.

§ 192. Pero en cuanto a los modos de concurrir estos *accesorios*, son muy diversos. Recordemos que el delito se compone de dos *fuerzas* indispensables para constituirlo. *Fuerza moral* resultante de la intención —*voluntad inteligente* (*nisus voluntatis ad delictum*): *fuerza física* resultante del acto externo —acción (*motus corporis ad delictum*). Es, por lo tanto evidente, que los *accesorios* podrán eventualmente hallarse o en el elemento de la fuerza *moral*, o en el de la *física*, o en ambos. Luego debemos distinguir tres casos de semejante accesión. Primer caso: Concurso de *acción* sin concurso de *voluntad*. Aquí el accesorio se nos presenta como *causa física* del delito sin ser *causa moral* del mismo. Segundo caso: Concurso de *voluntad* sin concurso de *acción*. El accesorio reviste la condición de *causa moral* sin ser *causa física*. Tercer caso: Concurso de *voluntad* y de *acción*. El accesorio es *causa física* y *moral* a un tiempo.

§ 193. Al decir causa del delito, no entendemos por ella *impulso* criminoso, según los secuaces de ROMANOGSI. El impulso es la *causa* de la *causa,* y está con el delito en relación puramente *mediata*. Cuando digo *causa*, quiero significar lo que ha dado vida al *ente jurídico* llamado *delito.* Todo

1 WOLTHERS (*De auctoribus*, *sociis et fautoribus in princip. et cap.* 2, *sec. I*) distingue entre *autor indirecto* y *autor directo*, locución que conserva la vieja distinción científica; porque *autor indirecto* presupone un *autor directo*, del cual viene a ser naturalmente distinto. SCHROTER y MITTERMAIER distinguieron entre *autor* (*actore, thater, facitore*; según otros *autor físico*) y *motor* (*motor, urheber*; según otros *autor intelectual*). Pero como el delito se compone de la *idea* y del *hecho*, el autor de la primera no lo es más que de una parte del delito; quien hizo suya la idea y ejecutó el hecho reúne en sí las dos fuerzas constitutivas del maleficio. Los italianos no vacilaron, hasta MORI, en limitar el nombre de *autor* al mero *ejecutor* del reato. Y si bien pensaron, que en tales casos la *causa moral* debía equipararse en la pena al ejecutor, no se nota por ello, que aplicasen el nombre de *autor* a la *causa* puramente moral del delito. Véanse RENAZZI, *Elem., jur. crim.*, lib. I, p. i, c. 2, §§ 17-22. Para persuadirse que abandonando la estricta significación ontológica de la palabra *autor*, y aplicándola a otra cosa que a la figura del que voluntariamente consuma el delito, fácilmente se llega a establecer una noción arbitraria, basta observar que WOLTHERS extiende la denominación de *autores* a aquellos *qui consulto impedimenta tollunt*, y que STUREL los llamó también a los *qui remedia procurant, quo rum ope ad illud parveniatur*. Por cuyo medio poco a poco todos los partícipes se convierten en autores del delito. Pero no ha de usarse la palabra *autor* en ese lato sentido cuando viene contrapuesta a la de *cómplice*. MEISTER, KLEINSHROOD y TITMAN se fijaron para definir al *autor* en aquel que era la *causa* primera del delito. HENKE, después de aceptada esta fórmula, propuso comprender entre los *autores* a cuantos habían participado en el delito por un *medio propio*, y llamar *socios* a los concurrentes en el delito que no esperan ninguna ventaja particular. Semejantes fluctuaciones demuestran la necesidad de atenerse a los datos positivos de hecho, reconociendo al autor, en quien ha ejecutado los actos determinantes de la violación del derecho. Últimamente, si la *causa moral* del delito se imputa a las veces igualmente y aun más que la *física*, toda esta empeñada disputa sobre la expresión autor, quedará reducida a una verdadera contienda de palabras. En lo que a mi toca, conservo el lenguaje antiguo por su claridad.

delito tiene una *causa moral*, que reside en la mente de quien lo ideó y quiso, y otra, *física*, que está en el brazo ejecutor. Lo que induce a la una a *querer* y al otro a *ejecutar* el reato, constituye la *impulsión*, el *motivo*. Cuando la causa física y la moral residen en *diversas* personas, la impulsión criminosa, o sea el motivo determinante de obrar, puede ser idéntica o diversa en las dos *causas* del hecho criminal; pero siempre es una cosa distinta. La *causa* es la *fuerza*, que moral y físicamente da el ser al delito; la impulsión es lo que imprime el movimiento a dicha *fuerza*. La *causa* obra sobre el *delito*; la *impulsión* sobre la *causa*.

§ 194. Es evidente, que el caso de la violencia *física* no encuentra puesto en la teoría de la complicidad, porque en el *obligado*, como después demostraremos, *ejecutor* y no *agente*, no concurren ni la *voluntad* ni la *acción*. Es un instrumento pasivo y mecánico en manos del malvado que lo mueve. Este, lo he dicho antes, es el *autor único* del delito. Otro tanto acontece si el autor material del hecho es irresponsable por su edad infantil, a causa de demencia, ignorancia o cualquiera circunstancia, que eximiéndole de responsabilidad ante la ley penal, lo pone fuera del círculo de los *partícipes* en el delito.

§ 195. Obsérvase después de lo dicho, que me aparto mucho de la vieja división de esta materia, en accesorios *ante delictum, delicti tempore y post delictum*, distinción que multitud de nuestros criminalistas establecen como base de la teoría. Y precisamente lo hago, porque tomada como división general de la doctrina, no es verdadera; por el contrario, a mi juicio, ha involucrado el asunto en que me ocupo.

PRIMER CASO

CONCURSO DE ACCIÓN SIN CONCURSO DE VOLUNTAD

§ 196. Me anticipo a consignar, que en este caso no pueden resultar los términos de la *complicidad*. Ante la ley penal no cabe responsabilidad de un hecho en el cual no concurre la responsabilidad *moral*. Y esta no existe donde no se determina *intención* encaminada al fin criminal. La complicidad no puede resultar de una convergencia eventual de hechos sin positiva convergencia de voluntades.

§ 197. Tan obvios son estos principios, que parece superfluo plantear este primer caso de que se trata. Pero cuando tocamos al desenvolvimiento práctico, se revela muy luego la importancia de dedicarle especial atención.

§ 198. Este primer caso se descompone en *cuatro aspectos* diversos: 1.° *Intención inocentemente distinta,* 2.° *Intención criminal distinta,* 3.° *Intención negativamente indirecta,* 4.° *Intención imperfecta.*

§ 199. PRIMER ASPECTO, *Intención inocentemente distinta.* Es el caso, en que el auxiliar material ni lo prevé, ni lo quiere, sino que desea *otra cosa de hecho inocente*. Es el amigo que presta la escopeta al amigo creyendo la usará para cazar. Es el cerrajero, que seducido por la honrada apariencia del comprador, hace una llave conforme a modelo, suponiendo extraviada la propia. Si con la escopeta se cometió homicidio y por medio de la llave un robo, los que eficazmente coadyuvaron a los delitos, no por eso son cómplices, porque si concurrieron en la *acción* faltó el concurso de la *voluntad*. Análogo caso es el de la criada que introduce en casa del amo a un hombre, el cual se aprovecha de la ocasión para robar o matar al propietario. Podrá en algunos especialísimos casos de este concurso material surgir la cuestión de *culpa* o de *transgresión*, pero siempre aparecerá como acto aislado subsistente de por sí, no como *complicidad*, pues falta la convergencia de voluntades, y con ella el nexo jurídico necesario para constituirla[1].

§ 200. SEGUNDO ASPECTO. *Intención criminal distinta*.— Es el caso de quien ayuda a su compañero a consumar un delito creyendo que se cometía otro. Pedro ha asegurado la escala, mediante la cual Luis se introduce en la morada ajena. P. creía que L. robaría partiendo después el botín; pero L. lo ha engañado; nunca pensó en robar; su objeto era saciar una venganza. Penetra en la casa y mata a su enemigo dormido. P. es burlado respecto del robo, y aparece contra su voluntad complicado en un homicidio con premeditación. Si os consulta, ¿qué responderéis? Le diréis que confiese de plano, porque negando se expone a pasar injustamente por cómplice del homicidio; confesando y comprobando como mejor sepa su posición jurídica, no podrá imputársele de complicidad. Volvamos a los principios. P. tenía *intención* de robar y ha *ejecutado* actos de hurto, idóneos para lograrlo, encaminados rectamente a él. Podrá ser reo de *tentativa de robo*, pues éste no se verificó por causa independiente de la voluntad de aquél. Surge de aquí el tema

1 STUBEL en su *Sistema de derecho penal*, § 384, fantasea asegurando que la denominación de *cómplices accidentaliter*, se aplica a quienes *inconscientemente* concurren al hecho criminal de otro. SCHROTER y WOLTHERS le contestaron a maravilla. Esto es hacer *calembours* en la ciencia.

(en el cual me ocuparé después) de la *tentativa de complicidad*. P. intentó hacerse cómplice de un robo cuyo principio de ejecución no se verificó, porque L. nunca tuvo intención de cometerlo. Pero si es inculpado por el delito de complicidad en el *homicidio* no podrá ser condenado, pues complicidad por la sola cooperación material sin concurso de voluntad *específica*, es un absurdo legal. En vano se objetará que P. quiso *un delito*; la voluntad enderezada *a un delito* no puede transformarse en *intención* encaminada hacia *otro delito* no querido, sin desconocer la noción elemental del *dolo*.

§ 201. Esta doctrina, de otra parte, es incontrastable en delitos de *diverso género*. Donde sea cuestión de *mero exceso* en el *género querido* puede determinarse la responsabilidad a causa de la simple voluntad ejercitada sobre los *medios*. Pero es de notar que, ante la ley, semejante *diferencia* entre los *partícipes* en un delito y sus autores puede presentarse bajo aspectos distintos.

§ 202. En primer lugar, dependerá de la varia *posición* jurídica de la mayoría de los partícipes; de ello hablaremos después al tratar de las *modificaciones accidentales* en las reglas ordinarias sobre imputación de la complicidad. Puede presentarse, además, en relación con la *persistencia en el querer*, de lo cual trataremos en último término.

§ 203. Finalmente resultará de la *intención originaria* de uno, no conforme a la intención de otro. De esta diferencia hablaremos desde luego; porque nos lleva derechamente a un *concurso* de *acción* sin *concurrencia de voluntad*, o por lo menos acompañada de *voluntad disconforme*.

§ 204. Esta última razón de diferencia reviste todavía *tres* distintas formas: 1.ª La *divergencia* se contrae a los *resultados*; el uno, por ejemplo, quería *matar* y el otro *herir*. 2.ª Recae la diferencia sobre los *medios*; el uno quería servirse de un *palo*, el otro de un *puñal*. Hablaremos de estas dos primeras formas de divergencia, aunque en verdad conduzcan a establecer una distinción *originaria* en la *intención*, cuando nos ocupemos en la materia de las *modificaciones*. 3.ª Finalmente, la divergencia se da en el *grado del dolo* respectivo; porque el uno obraba impelido de *justo resentimiento*, mientras el otro tenía su ánimo perfectamente *tranquilo*; o el uno había *premeditado* largo tiempo el delito, cuando el otro concurrente al acto de la consumación por *súbito movimiento* de simpatía hacía el agresor, de antipatía contra el ofendido, ayudó eficazmente al delito.

§ 205. En esta doble hipótesis surge el caso de *intención criminal distinta*; pero bajo el segundo punto de vista la *intención criminal distinta* no es causa de *exclusión*, sino motivo de *limitación* de la complicidad y sus efectos, puesto que en realidad no se trata de diversidad de *sustancia*, sino de *grado* en la intención.

§ 206. Preséntasemos aquí una cuestión en la cual discrepan esencialmente los escritores y los prácticos. De no admitir como absoluto el principio de la *intención criminal distinta*, cabe unas veces favorecer otras perjudicar al justiciable. Si se acepta que al cómplice no provocado aprovecha la excusa del ímpetu, justificada en el *autor*, que fue objeto de la provocación, la *comunicación* de la intención *imperfecta* del autor a su cómplice, que la tuvo *perfecta*, aprovecha al acusado de complicidad[1]. Si se pretende que al *cómplice procesado* deje de aprovechar la excusa porque el autor *no fue objeto de provocaci*ón, o se sostiene que al *cómplice*, que obró *sin premeditación*, daña la agravante de *premeditación* aplicable al autor, acontece que la *intención perfecta* y el *dolo de primer grado* en el autor, comunicados al cómplice cuya intención fue *imperfecta*, cuyo dolo resulta de *tercer grado*, dañan grandemente al acusado de complicidad.

§ 207. Tengo por principio absoluto aplicable a las hipótesis indicadas la *incomunicabilidad* del *grado* de dolo en que respectivamente se hallan los partícipes. El principio, sin embargo, no es reconocido en general, tenemos, empero, pruebas de las terribles consecuencias que se producen aceptando ciegamente la comunicabilidad de la intención y el grado del dolo de hombre a hombre. La ley francesa equipara en la pena al cómplice con el autor principal, y la jurisprudencia ha aplicado tan fiero principio con la más inexorable severidad. Por ejemplo, si alguno fue implicado en robo por otro ejecutado, suponiendo que aquél debiese cometerse o fuese cometido sin alguna de las circunstancias que aumentan la cuantidad política, en tales ocasiones los tribunales reales de Francia decidieron alguna vez la irresponsabilidad del partícipe en las circunstancias agravantes, en las cuales ni *física* ni *intencionalmente* tuvo parte. Pero a su vez el T. de C. decidió el castigo igual del cómplice y del autor principal, mediasen o no conciencia

1 Los antiguos examinaron esta hipótesis ideando el caso de un marido, que, sorprendiendo a su mujer en flagrante adulterio y sin resolución para matarla por sí mismo, ordenase a su esclavo que lo hiciera y éste lo ejecutara en efecto. ¿Aprovechaba al esclavo la excusa del adulterio? Véase trata da esta cuestión difícil en la disertación de HARPPRECHT, *Diss*, *I, n.* 341.

y voluntad[1]. Necesidad tristísima impuesta a la jurisprudencia francesa por la severidad del precepto penal a cuya obediencia viene obligada. Pero es aún más exorbitante extender al cómplice las agravantes derivadas del dolo. Recuerda CHAMPY, en su docta disertación *De la complicité*, París 186I, que años atrás fue decapitado un hombre por haber prestado su bastón a un amigo, del cual éste se sirvió para matar a su adversario. Declaró la sentencia demostrado, que el bastón se prestó a condición expresa y con promesa explícita de hacer uso módico sin causar grave daño a la víctima. A pesar de estas declaraciones de hecho, quedó establecida la *complicidad* en el homicidio, lo cual es aceptable a causa de teoría del *exceso*, que después examinaremos. Pero se declaró también la complicidad en la *premeditación*, cayendo en error. Por ello fue condenado como partícipe en el homicidio premeditado, quien no lo *previó* ni *quiso*. Contradicción palmaria, pues *premeditación* es *circunstancia*, que en absoluto tiene su asiento en el ánimo. Aun admitiendo la responsabilidad del *autor*, no por lesiones premeditadas y homicidio instantáneo, sino por *muerte con premeditación* porque *sus hechos* posteriores mostrasen la *premeditación de matar,* no la de *herir* solamente, lo cual es mucho conceder, de modo alguno era aplicable el mismo raciocinio al cómplice, sobre el cual se declaraba previamente el *concurso de una voluntad positiva y contraria al homicidio*. Todos saben que no cabe *premeditación*, esto es, querer reflexivamente, en lo que *no se ha querido*. La *firme resolución de querer* lo *no querido*, es una monstruosidad ideológica. No hay interpretación, siquiera sea judaica, capaz de justificar tales aberraciones ante el Tribunal de la lógica y el sentido común.

§ 208. No quiero decir, sin embargo, que si el autor principal estaba personalmente ofendido por el muerto, *v. g.*, un marido al matar a su mujer sorprendida en adulterio, la excusa de la provocación o del justo dolor se comunique al extraño, que en lugar de calmarlo, le presta con ánimo sereno y cruel, eficaz apoyo en la mala acción: porque la *atenuante* reside de todo punto en el ánimo, y se motiva por su perturbación. Entre ánimo y ánimo se da *participación* por modo especial, esto es, a virtud de la *comunicación* de *afectos* perturbadores, de *pensamientos* homicidas, de reciproca *concordia* en las determinaciones; pero aquélla no nace de la mera participación *material* en el hecho, la cual no unifica el *estado subjetivo* de los dos ánimos en toda ocasión. Si una causa justa exalta mi ánimo, no siempre la misma causa llega a exaltar el ánimo de mi cómplice; si un pensamiento de muerte

1 I Véanse BAVOUX, *Lecons sur le Code pénal*, p. 433.— MOLÉNES, *De l'humanité dans la justicie criminelle*, p. 547.

influía fríamente en mi ánimo, quizá de este pensamiento no participa aquel que lo rechaza y contradice, o lo concibió tan rápidamente que se identifica con la acción misma. Bueno es que quien quiso los *medios* sin el *fin* sea responsable del *efecto no querido* si podía preverse. Por ello, el que prestó el palo podía ser declarado partícipe en el *título* de *homicidio*, en el cual se incurre hasta por *dolo indeterminado*. Pero quien prestó el bastón con intención *determinada opuesta* al homicidio, no puede decirse responsable de *premeditación*, o sea *determinación hacia* el homicidio. Aplicándole esta agravante, se agregan a la intención del uno las condiciones propias tan sólo de la intención del otro.

§ 209. No existe paridad entre comunicar el *hecho material* y la *intención* más depravada de otro; el hecho se comunica, porque de él fue *causa*, si no autor, aun cuando sin voluntad determinada; no se puede comunicar la intención porque ella no se dio en el cómplice, ni ésta fue causa de la intención del otro, antes bien, tuvo una intención *totalmente opuesta*. Estos y otros muchos errores parciales se evitarían si los Tribunales, aun en presencia del mandato draconiano de la ley francesa, recordasen la justa noción de la complicidad y el principio supremo de que la *imputabilidad moral* es precedente indispensable de la *política*; y no cabe *responsabilidad moral* por una circunstancia residente en el ánimo de otro, *desconocida* además, *imprevista* y no *querida,* ni tampoco es *concurrencia directa* de lo *previsto y querido.* Cuyo supremo argumento se resuelve a nuestro entender en la fórmula de *intención criminal distinta.*

§ 210. Para que esta verdad prevaleciese en el foro, no parece indispensable una reforma legislativa allí donde subsista el cruel sistema de la equiparación, de lo cual tengo además solemnes testimonios[1]

1 Esta regla de la irresponsabilidad del cómplice sin premeditación en la premeditación del homicida, fue sancionada dos veces por los Tribunales del extinguido ducado de Luca, en donde dominó el C. f. desde 1810 hasta 1848 sin las modificaciones sucesivamente introducidas en aquel reino. La Rota regia criminal y el T. S. de Justicia, repitieron en la causa contra los hermanos Mazzoni, lo ya establecido en la causa de Pietri. En ambos casos se trataba de dos disparos premeditados. Uno de ellos con arma cargada de proyectil menudo, causó simples lesiones; el otro, con arma cargada de proyectil grueso, produjo la muerte. No resultando pruebas de que quien disparó el arma causante de las heridas tuviese *conocimiento* de la carga de la otra, se mostraba con evidente claridad la *premeditación de herir*, no de *matar* como de hecho así aconteció. Resultaba, pues, cómplice sin premeditación del homicidio, que con aquella circunstancia perpetró su compañero. En su consecuencia, decidieron los Tribunales, que la premeditación homicida del uno no era imputable al otro, el cual ni la había tenido de *por sí*, ni la había estimulado en su compañero. Eran los términos claros de complicidad con *intención criminal distinta*, y así se resolvió.

§ 211. A pesar de lo dicho, para mi evidente, los criminalistas franceses y los belgas aceptan sin rebozo la regla contraria de la *comunicabilidad* de la *premeditación* a quien *no premeditó*. HOOREBECKE. *De la complicité*, *p. 211*, se expresa así: *la circunstancia de la premeditación deriva del hecho criminal. No se refiere a la cualidad de la persona; el cómplice responde de ella también y será castigado como asesino* —esto es—decapitado.

§ 212. Así establecido, era de necesidad lógica extender al participe, por justa correspondencia, hasta la provocación bajo la cual obraba el autor principal. Sí vale decir que el cómplice de un homicidio premeditado, aunque obrase por impulso repentino y con la sola intención de herir, es siempre cómplice de *homicidio premeditado*, no puede menos de admitirse que el cómplice del marido que sorprende a su mujer adúltera y la mata, es siempre partícipe de *homicidio excusable*, y que el marido, ordenando a su esclavo la muerte de aquélla (excusable si él mismo la matase), se convierte a su vez cómplice de *homicidio a sangre fría perpetrado*, obra sin razón alguna por ferocidad de ánimo ¿Quién no echa de ver lo inaceptable de la doctrina?

§ 213. Es notable, que la jurisprudencia francesa obra observando estrictamente el principio de *incomunicabilidad*, cuantas veces se halla en el autor principal una circunstancia atenuante de la imputación constitutiva de *intención imperfecta*, o circunstancia *exclusiva* de *imputación*, porque lo es de *intención criminosa*; pero al cómplice en el cual no reconoce intención imperfecta, aplica la pena ordinaria, aunque la minore respecto al autor principal, lo que guarda coherencia con los principios. Así en cas. de 17 VII 1835 decide, que si bien el autor principal de una falsedad acredite buena fe y resulte exento de imputabilidad, debe aplicarse la pena ordinaria de aquel delito a su cómplice, que procedió con dolo. En 21 IV 1815 resuelve, que al cómplice del menor no aprovecha la intención imperfecta del autor principal, y en 20 XII 1832, que las circunstancias atenuantes declaradas en favor del autor principal no aprovechan al participe. Resoluciones justas en virtud del principio superior de que cabe la participación en el hecho de otro sin tomar parte material en él, o sin haber obrado materialmente en todos sus momentos, pero no en el *dolo* y *grado del dolo* resultante en el correo si en sí mismo no se muestran el *dolo o idéntico grado de él*.

§ 214. Se reconoce esta verdad cuando en uno de los partícipes materiales *falta de hecho el dolo*. Mas ¿por qué no reconocerla igualmente cuando en el partícipe se da un grado menor de dolo? El hecho será común, pero el dolo es individual. Si yo, que no premedité el delito ni conocí la pre-

meditación en mi compañero, pero le presté ayuda, soy condenado a muerte, desconócese mi *dolo particular* que no acarreaba la muerte, para imputarme el más odioso y fatal de mi compañero, al cual soy extraño y siempre ignoré. BLANCHE, *Deuxiéme étude sur le Code penal*, París 1864, *núm. 23*, sostiene que el cómplice del homicida *provocado*, aun cuando él no lo haya sido, debe gozar del beneficio de la escusa acordada al autor. En verdad, para quien comunica la *reflexión* y la *premeditación* era lógico comunicar también la *turbación* y el Ímpetu de justo resentimiento. Pero ¿con qué argumento se razona esta doctrina en el caso opuesto? Con el mismo aplicado al otro caso. Oigamos a BLANCHE: *¿por qué la ley dulcifica la pena*? *Evidentemente por causa de las circunstancias de atenuación inherentes* al hecho *criminal, que minoran su gravedad. La incriminación misma se transforma, y por efecto de esta mudanza el castigo se modifica. Es necesario sacar la consecuencia respecto al cómplice y al coautor, que se aprovecharán de la disminución de la pena, pues la gravedad del hecho de complicidad se mide por la del hecho principal*. Muéstrase aquí con clara evidencia la habitual confusión ideas por no distinguir, la *cuantidad* del delito *grado*, confusión a la cual no llega jamás quien observa cuidadosamente esta gran distinción de la escuela italiana. No es cierto que la provocación *transforme* el *hecho*: el derecho violado es siempre el mismo. El provocador por serlo no ha perdido el derecho a la vida. Resulta un hombre muerto, pero la lesión del derecho no se *diversifica* a causa de la provocación. Se aminora, se *degrada* la imputación, porque en ese delito, que siempre es homicidio, aparece una *fuerza moral subjetiva* inferior a la ordinaria, por cuanto la determinación volitiva del matador fue violentamente acometida del ímpetu por justo resentimiento. No se castiga menos porque el *hecho* sea más leve, sino porque el *individuo* revela menor *perversidad subjetiva*. La razón de atenuar no reside en el *hecho*, resulta del *estado del ánimo* del agente, lo mismo ni más ni menos, que si el matador fuese un menor de edad a quien se le otorga escusa o por causa del incompleto desarrollo de su inteligencia, o por virtud de la menor firmeza de voluntad[1]. El *hecho* aquí tampoco se transforma; un hombre ha sido muerto por otro. Ni varía el título del delito. Pero una circunstancia individual convierte en excesiva la *imputación plena de aquel acto* al individuo, que obró con intención menos *plena*, *imperfecta*, lo cual no impide la imputación completa del hecho a cargo de su compañero, que obró con *dolo pleno* e intención *perfecta*. Injusto fuera proceder de otra suerte como lo sería excusar al compañero del demente o del ebrio por la enfermedad o estado

1 BERTAULD dice (Lecon derniére, p. 440) con razón: la escusa no es comunicable al cómplice ni tampoco la inmunidad. (LE SELLYER, *t. II, n.*° 685): se refiere al efecto de una justa indignación.

mental de éstos. ¿Y cómo? Yo abrigo odio mortal contra Ticio; de larga data vengo expiando la ocasión de lavar mis manos en su sangre, pero temo a la enormidad de la pena que me amenaza. Lo encuentro un día en la taberna en disputa con Cayo; observo que aquél dirige un golpe a éste, el cual aterrorizado se retira a un extremo; aprovecho la ocasión y me digo: Cayo ha sido provocado y yo me acogeré a su escusa. Me aproximo a él, le facilito un puñal, le repruebo su cobardía, estimulo su pasión y lo lanzo contra su agresor, ayudándole a matarlo. Y ¿escaparé yo con poca cárcel? ¿Podré decir a mis jueces que deben excusarme porque Cayo fue provocado? Para mí la *atenuación* de la *imputabilidad* es siempre *individual*; ni modifica el *título*, ni transforma el hecho. La *cuantidad* del delito es la misma, sólo que en uno de los justiciables la *subjetividad* criminal presenta una fuerza degradada, precisamente la *fuerza moral*. Pues donde hallo degradación, degrado; donde no la hallo no degrado.

§ 215. En el tema opuesto de la premeditación se refuerza esta palpable verdad con otras consideraciones. Ora disponga la ley genéricamente, que la pena del cómplice débase siempre igualar a la del autor principal, ora establezca una cierta proporción entre una y otra, siempre será erróneo pensar, que semejantes disposiciones impidan a los magistrados tener en cuenta *diversos grados de dolo*, que se revelen en los partícipes. El error procede de confusión en los términos; no se trata de cuestión de *pena* sino de *complicidad.* En el *título más grave* resultante del dolo especial del autor físico, no hay *complicidad* en el partícipe material. El autor principal cometía un *asesinato*, mientras el partícipe pensaba causar una *herida* o a lo sumo un *homicidio*. No se trata de una circunstancia agravante no conocida, cuyo peligro corrió el cómplice, sino de un *título* diverso. No es cómplice de asesinato quien creía participar en un homicidio o en lesiones, como no es cómplice de *estupro violento* el que abrió la puerta de la casa, en la cual el autor del delito le hizo creer que penetraba para verificar un robo en beneficio común. Y no lo es por falta de *intención* de participar en aquel delito, si bien creyese tomar parte en otro.

§ 216. Todos los escritores, que mantienen la regla de la comunicabilidad de la premeditación, se aterran tenazmente al argumento de la *individualidad. del* título. Les parece repugnante aplicar a dos responsables de un mismo hecho dos *títulos diversos de delito*: al uno el de *homicidio*, al otro el de *asesinato*, como los franceses llamaron al homicidio premeditado. Pero la *disparidad del título* se revuelve contra ellos cuando la disputa se transporta sobre el campo de la intención, porque si yo he querido cometer

un *homicidio*, no he querido perpetra) un *asesinato*. Mi tesis se justifica, al considerar la combatida *divisibilidad* entre el delito cometido por el uno y el querido por el otro. De otra parte, la regla de la *individualidad del título* no puede aceptarse como absoluta porque prueba demasiado. Si dos sujetan simultáneamente una doncella y el uno la maltrata con golpes y el otro le roba el bolsillo, estos dos, que recíproca y *materialmente* se han prestado auxilio, deberán ser imputados como autor de lesiones el uno, como reo de hurto el otro. ¿Qué valor tiene la regla de la individualidad cuando existe divergencia en el proceso criminoso?

§ 217. Totalmente diversa es la cuestión planteada por los escritores, que examinaré en otro lugar, referente a dilucidar, si el extraño que conscientemente auxilia al doméstico en el robo o al hijo en el parricidio, debe responder del título especial, que deriva de las calidades personales del ejecutor del delito. No se trata aquí alguna de *cualidades personales,* sino de *intención,* de *dolo,* y sobre la cantidad de éste no se puede transigir en buena justicia; el dolo no admite *comunicación* de persona a persona. Cada cual ha de responder en más o en menos del delito, según la *cuantidad* de dolo que revela.

§ 218. Procediendo según opuestos principios, de aquí el absurdo a que nos vemos conducidos. Supongamos que Ticio acometió con alevosía y premeditación a su adversario para matarlo; confiado en sus fuerzas pretende estrangularlo. Interviene Cayo, que tenía enemistad con aquel infeliz, e inspirado momentáneamente, apercibido de la lucha piensa aprovecharla y se precipita también sobre la víctima. ¿Qué hará Cayo en tal estado de su ánimo? Si ha sujetado el brazo de la víctima y ayudado de esta suerte a Ticio a estrangularla, es cómplice sin premeditación de un homicidio premeditado. Le conmunicais el dolo de propósito de Ticio; le declarais cómplice de asesinato, y le condenais a muerte juntamente con el autor principal. Por el contrario; si Cayo en aquel estado de ánimo ha blandido un puñal y con reiterados golpes ha muerto al adversario, él es entonces *autor principal* de un homicidio simple. Él es el homicida, y en relación a él se define el título del delito. La falta de toda especie de premeditación nos lleva a imponerle la pena de simple homicida. De esta suerte Cayo, según la doctrina francesa, es de mejor condición siendo matador, que prestando ayuda y estimulando a su compañero. Ahora bien; ¿cómo no encontrar absurdas y repugnantes moralmente semejantes consecuencias?

§ 219. A estos resultados conduce el olvido de aquel principio inconcuso: el hombre es responsable de la violación de un derecho por virtud de la intención injusta, y no puede ser responsable sino en la medida y proporción adecuadas a la mayor o menor intensidad de su dolo. Estas verdades son ya indiscutibles en la ciencia; las he defendido en el foro bajo el imperio del Código francés, y por virtud de ellas tuve el consuelo de sustraer dos víctimas al brazo del verdugo.

§ 220. La opinión sostenida es doctrina común entre los prácticos: véanse FEDERICO BOEHEMERO *Ad Carpzovium, par. 1.°, quaest. 25, obs. 2*[1]. Salvo el respeto debido a los criminalistas franceses, tengo como apodíctica la regla de la *intención criminal distinta*, la cual en casos congruentes ha de considerarse, o como circunstancia *eximente*, o como *limitativa* de la complicidad.

§ 221. TERCER ASPECTO. *Intención negativamente indirecta*.— Se lee repetidamente en todos los institutistas de derecho penal, que en los hechos nacidos de *culpa* no se da complicidad. En la práctica claudica el principio

1 Los Tribunales del imperio austríaco proceden tranquilamente apoyados en esta regla, distribuyendo la criminalidad a medida de la *intención* respectiva de los codelincuentes, sin cuidarse del materialismo de la supuesta regla de la *individualidad* del título. Consúltese la resolución del T. S. de Justicia de Viena en 6 VI 1860 que refiere *El Eco de los Tribunales*, núm. 1.418. Una criada había hurtado un billete de Banco de cien florines y lo entregó a su madre suponiendo habérselo encontrado en la calle, y la madre, bajo tal creencia, se lo apropió. Cuestión alguna se produjo en cuanto al título de hurto respecto a la hija, pero sobre la punibilidad del hecho de la madre y título aplicable al mismo se suscitó grave contienda, que recorrió toda la escala de los Tribunales. La doctrina francesa no hubiera vacilado; la madre habría sido declarada cómplice de hurto propio, aun cuando hubiese creído participar tan solo del hurto impropio de cosa hallada. El Procurador del Estado en Viena se obstinó en sostener ante todos los grados jurisdiccionales la irresponsabilidad de la madre. Según los argumentos sutiles, a este propósito aducidos, la madre no era partícipe del hurto propio cometido por su hija, porque no tuvo conocimiento de tal delito, y no podía decirse partícipe del hurto impropio porque este delito no existía, aunque ella creyese lo contrario. La primera conclusión es procedente sin reparo alguno. En cuanto a la segunda fue rechazada unánimemente por todos los Tribunales ante los que se adujo, y la madre castigada como cómplice de hurto impropio. Reputaron que existía un delito, si bien de diverso título y más grave del que la participante había imaginado; apreciaron en ella una intención criminal. De modo, que si el error respecto al título verdadero podía variar su responsabilidad, no bastaba para cancelarla. Paréceme, por consiguiente, que esto constituye una aplicación práctica de la teoría sobre la intención criminalmente distinta. Otro caso del mismo género fue juzgado en Londres con sentido más amplio. Puede consultarse el *Digest. of jurist* de 23, I, 1864 p. 56. Cierta joven embarazada pidió a su amante una dosis de sublimado corrosivo, haciéndole entender que así procuraría el aborto. El amante de la proporcionó, la joven murió de resultas, y él acusado de complicidad en el envenenamiento fue absuelto; porque, aun cuando la joven hubiese tenido intención de matarse él no lo sabía, creyendo, por el contrario, que la sustancia solo servía para procurar el aborto. La divergencia es patente: mientras los Tribunales de Viena apreciaron la intención criminalmente distinta para reducir el título del delito a los límites preconocidos del cómplice, aunque no verdaderos, el Tribunal inglés apreció aquella para eliminar toda imputación; esto es, la del hecho cierto, porque no fue conocido, y la del hecho imaginado y creído por el cómplice, por no cierto. Sea lo que quiera de esta divergencia, no es menos evidente que ambas jurisprudencia convergen en el principio fundamental opuesto a la doctrina francesa, cuyo principio no admite participación en un delito imprevisto y desconocido, por más que lo fuera otro diverso y se hubiera procurado cometerla.

en algunas ocasiones. ¿Se equivoca la práctica? ¿Es falso el principio? Ni lo uno, ni lo otro. El principio es absolutamente verdadero, y mientras se pretenda fundar la acusación bajo el punto de vista de la *complicidad*, es expuesto a dar con el escollo y naufragar, porque no se puede establecer complicidad en un hecho no *previsto ni querido*. Pero esto no quita para que el pretendido cómplice deba ser castigado como *autor principal* de un hecho subsistente de por sí y que *individualmente* considerado haya de penarse como *culpable*.

§ 222. Recordemos la teoría de las causas *mediatas* e *inmediatas* en los hechos *culpables*[1]1. Pedro vuelve de casa, penetra en el café y allí deja su escopeta cargada: este es un hecho imprudente. Luis, que ha entrado en el café, se pone a examinar el arma, la ha montado, y sin más cuidado, la vuelve a colocar donde estaba. He aquí otro hecho de imprudencia. Carlos, que se ha reunido a ellos, toma la escopeta y la coloca en dirección a los circunstantes. Tercera imprudencia. El gatillo baja, la bala sale, y mata a un hombre. Este es el homicidio culpable: nadie abriga dudas sobre la responsabilidad de C.; cometió una culpa, y fue causa *inmediata* del homicidio. ¿Podrán P. y L. ser castigados como cómplices del mismo? Sí la acusación se formulase estos términos, no prosperaría. No es admisible la *complicidad* sin la concurrencia de voluntad criminal, y aquí esta voluntad ni aun en el autor principal se revela. Y variada la hipótesis, aunque el autor principal fuese responsable de dolo, volveríamos a lo mismo respecto a los otros dos, que cayeron en simple culpa. Por este lado nada tenían que temer.

§ 223. Pero ¿P. y L. están exentos de toda inculpación? Esto depende de la cuestión, en otro lugar debatida, sobre la responsabilidad de las *causas mediatas* en los hechos culpables. Admitido que la responsabilidad se extienda a las causas *mediatas*, se podrán imputar a P. y a L. sus respectivos hechos, como actos que *por sí mismos* constituyen un delito derivado de culpa. P., al dejar la escopeta en el sitio, fue causa física (*mediata*) del triste acontecimiento: aquí hay ya materia, que sirve de base a la imputabilidad. Podía haber previsto las consecuencias peligrosas de abandonar el arma y voluntariamente dejó de preverlas. Aquí aparece lo formal de la culpa. Otro tanto puede decirse del hecho de L. Pero si por tales fundamentos son castigados uno y otro con ocasión del hecho de C., no lo serán como cómplices de éste, ni como partícipes en su cuasidelito; quien vulgarmente argumentase de esa suerte, cometería error. Serían castigados porque en sus hechos

1 No debe olvidarse lo que el autor llama hechos *culpables*, en contraposición a los *dolosos*. (N. del T.)

aislados existen todos los elementos de una *culpa*, cuyos autores son políticamente imputables si el acontecimiento siniestro se realiza. Tan cierto es, que en la causa *inmediata* podía darse una culpa leve, y en la *mediata* acaso resulte grave: y aun puede acontecer que la causa *inmediata* no merezca imputabilidad, que ella misma sea la *víctima* del hecho, y la causa *mediata*, sin embargo, sea objeto de imputación, como en su lugar demostraré.

§ 224. Véase el sentido en que los *partícipes* del hecho *culpable* pueden ser responsables sin que por ello se contradiga el principio constante y racional de la inadmisibilidad de los *cómplices* en los Hechos nacidos de culpa. TITTMANS, sutilizando demasiado, ideó que podía encontrarse complicidad *culpable* en aquellos hechos en los cuales se *prevé fácilmente* la realización del delito. Pero llegado el caso de concretar su fórmula, pone el ejemplo de la entrega un arma al hombre que furiosamente que a su adversario. Bien poco se necesita para demostrar lo absurdo de la tesis por medio del mismo. Cabe afirmar que quien facilitó el vía que se emplease para herir, y entonces de estimarse como querido lo mismo previsto, se ejecutó un hecho capaz de producirlo. Podrá originarse cuestión, según la naturaleza del arma suministrada, sobre el *dolo* determinado al *homicidio*, o sólo a las *lesiones*, pero el dolo existe en cualquier caso, porque sería muy aventurado suponer intención inocente en quien facilite el puñal a un hombre que, furioso, corre tras otro. O por las circunstancias del caso, no cabe afirmar previsión del empleo dañoso del arma de parte de quien la facilitó. Tampoco aquí se da la *complicidad*, porque ésta no existe sin voluntad rectamente enderezada al fin, y voluntad *directa* es inconcebible sin previsión *actual*.

§ 225. La jurisprudencia francesa ha resuelto con repetición en el sentido de que no basta la coeficiencia actual si fué explícitamente prevista y querida. Véanse LEGRAVEREND, I. 6., sec. 1.ª , 52. CARNOT, *Cod. pen*. sobre el art. 60, núm. 20. —CHAVEAU y HÉLIE, *Théorie du Cod. pén., t.II, p. 115*. T. de C. de Francia en 12 IX 1812; 4 II 1814; 18 V 1816; 10 X 1816; 26 IX 1817; 17 V 1821; 26 y 27 IX 1822; 16 VI 1827; 2 VI 1832. No se opone a esta teoría la decisión del T. de C. de 8 IX 1831, ni los juicios aparentemente contrarios de MORIN (*Journal Criminel*, vol. XXXVI, p. 66), y de CHAVEAU (*tom. V, p. 488*), porque se refieren a un hecho imprudente, no de mero auxilio para el delito de otro, sino causante en sí mismo de la consecuencia ofensiva del derecho. Por ejemplo, si dejo un mueble en medio de la calle y Ticio, al transitar, tropieza con él, cae y se rompe un brazo, seré, por mi contravención imprudente, castigado a causa de lesiones por culpa, porque yo sea cómplice de T., el cual, lejos de ser autor de delito, resulta el paciente,

siendo *yo solo el autor* en cuanto ejecuté con imprudencia un acto que constituye el impulso o la causa más o menos mediata de la lesión.

§ 226. Se concibe con perfecta claridad, que el autor del delito no es el instrumento del mismo, y que el hombre, respecto de la imputación penal, es instrumento cuando no resulta responsable. Sea en buen hora autor del hecho, causa inmediata de la lesión del derecho, mas no por ello es autor del delito; el cual halla su sujeto activo primario tan solo en quien, mientras ejecuta un acto externo causante de la lesión, concurre con la voluntad que lo constituye responsable, bien por razón de dolo, bien por motivo de negligencia.

§ 227. También el T. de Florencia declaró en un caso particular la comunicabilidad de la culpa. Era caso cierto de *correos*. Tratábase de dos jóvenes que, arrastrando entrambos un cabriolé, hirieron a un transeúnte. No fueron responsables el uno por el hecho del otro, sino cada cual por el suyo propio, cuestión de fórmula; pero la diversidad de fórmula se convierte en esencial por la posible aplicación a las varias *formas* de complicidad. El *concurso moral culpable* es un concepto imposible. Se concibe un hecho *material* y es concebible un *impulso moral imprudente*, que coadyuvan al hecho ajeno doloso, culpable y aun casual y desgraciado, que no sea imputable al autor. Pero cuando estos hechos se penan, no se castiga un cómplice, sino al autor de aquel hecho como tal *autor de él*.

§ 228. Atengámonos a la fórmula magistral de TREBUTIEN: *la complicidad es real, no personal* (1.ª sección 19). Se enlaza con el hecho *material* contrario al derecho, y no con la persona que lo ejecuta. Pero aunque esta conexión *material* sea necesario para constituir la complicidad, no siempre basta a dar vida al concepto jurídica. Para ello es indispensable la *relación ideológica*, en lo cual se funda el concepto jurídico de la *complicidad*. Cuando falta criminalidad principal o la *relación ideológica* entre el hecho del pretendido cómplice y el del autor principal, qué nos resta? Un hecho *aislado* justiciable en su caso como *principal*.

§ 229. El que instiga al suicidio no representa criminalidad en el hecho principal, ni puede decirse cómplice de lo que *no es delito*. Responde de su hecho propio, del cual es un *resultado* el hecho principal. A la complicidad le falta el elemento jurídico de ser *conexa* con un *delito*. El autor de un hecho *imprudente* puede haber ocasionado un *hecho* principal dañoso de diverso género, a saber: 1.º no criminal; 2.º criminal por culpa; 3.º criminal por dolo.

En el primer caso falta el enlace jurídico con un delito; en los otros dos se nota el defecto de la *relación* ideológica indispensable para la *complicidad*. Juzgado aquel hecho según sus condiciones especiales, el hecho del otro no representa más que el *suceso*, el *resultado*, un *efecto* consecuencia del primero.

§ 230. De otra parte, claro es que si se admitiese *complicidad por culpa*, llegaríamos hasta el absurdo; porque debiendo medirse la pena del cómplice por la del autor principal, como el autor responsable de dolo podía merecer hasta los trabajos forzados, el pretendido cómplice sufriría el criterio de esta pena, de donde resultaría, que si el imprudente fuese el mismo autor del hecho ofensivo, sería menos castigado que quien no lo fuese, por haber accidentalmente coadyuvado al hecho ajeno, lo cual manifiestamente repugna.

§ 231. Conviene resumir en breves frases. La teoría sutil relativa a *este tercer aspecto*, no puede des envolverse completamente, siendo inevitable cierta confusión de ideas en muchos casos, si no se relaciona con el *segundo aspecto* antes examinado. De hecho, cuando se propone genéricamente el problema de la *complicidad en la culpa*, afluyen a la mente multitud de consideraciones, que se entrelazan unas con otras fácilmente y engendran confusión. Para concretar la regla es de necesidad meditar distintamente sobre cada una de esas formas a causa de la enorme disparidad que revelan.

§ 232. Presentemos varias hipótesis, de las cuales surge la oportunidad de la indagación: 1.ª *Principal* (autor) *culpable* y *accesorio* (pretendido cómplice) también culpable. Tales son los términos del *caso simple* antes estudiado, sobre el cual sostengo, es un solecismo jurídico hablar de complicidad.

Todo ejecutor singular de un hecho, que en sí mismo *cause* el resultado transgresor del derecho, debe juzgarse también en sí mismo. 2.ª *Principal no imputable* y *accesorio culpable*. Igualmente resulta inaceptable relación jurídica de complicidad. No hay cómplice de un inocente. Si el *imprudente,* que fué causa del hecho, no pudiese ser castigado más que como *accesorio*, sería inevitable la impunidad de aquel descuido. He tomado la sustancia venenosa puesta en mi mano por negligencia de otro, y muero. Si hay delito, yo soy la víctima, no autor de aquél. Y el delito existe: es un delito de culpa por parte de quien dejó de tal suerte la sustancia homicida en manos de otro. En este delito, el *imprudente* ha de ser juzgado como *autor* y su *hecho* juzga-

do en sí mismo. Lo que se hace cuando yo mismo y en mi daño he tomado el veneno, debe hacerse igualmente cuando yo por una segunda imprudencia lo haya facilitado a otro, dando el ser de tal manera al segundo hecho culpable, que asimismo ha de juzgarse independientemente. La justicia quiere que uno y otro hecho se juzguen con separación, porque yo puedo haber incurrido en culpa leve o levísima (o ser irresponsable) al facilitar aquella sustancia a un tercero, y puede el primero que la facilitó caer en culpa latísima. 3.ª *Principal culpable y accesorio con dolo*. Yo dispuse el veneno a la vista, y con tal traza, que la criada lo tomó por sal y envenenó a sus amos. Supongamos que en el hecho de la criada se reconozca una imprudencia: es un hecho justamente punible, pues en él concurren los dos elementos de *culpa* y *hecho dañoso*. Pero nadie, aunque yo aparezca materialmente como *accesorio*, me reputará cómplice de ese delito culpable, sujetan benigna medida. Es indispensable rechazar toda idea de complicidad, porque al absurdo lógico de buscar complicidad donde no existe relación ideológica, responde (y el imperativo lógico así lo quiere) un absurdo jurídico. 4.ª *El principal con dolo, el accesorio culpable*. Yo, por imperdonable negligencia, dejé el veneno a la vista; otro, con intención depravada, usó de él para matar un tercero. Es, pues, sin duda alguna autor de envenenamiento. A éste sirvió de ayuda mi negligencia, sin la cual no se habría cometido el delito. ¿Seré yo *cómplice* de envenenamiento, y a causa de mi imprudencia sufriré la muerte? Nadie osará sostenerlo. ¿Seré autor del envenenamiento? Imposible. Ni lo uno ni lo otro. Seré autor de un hecho imprudente, causa de una ofensa al derecho no prevista por mí, aunque debí preverla. Este hecho imprudente deberá juzgarse ensimismo, según sus propias condiciones y con peculiar medida.

§ 233. Bajo cualquier aspecto en que se considere, la culpa no puede originar la noción de la complicidad con un hecho de otro, sea éste culpable, sea doloso, sea inocente. La culpa puede ser juzgada y castigarse como hecho aislado. No se enlaza los hechos ajenos sino para fijar el resultado dañoso, que es el *elemento material* de la imputabilidad de la culpa: el *elemento moral* ha de hallarse en ella misma, y según él graduarse la responsabilidad. En aquél se estima la *cuantidad* del delito culpable midiéndole por el *daño inmediato*. En ésta se aprecia su *grado* midiéndolo por la gravedad de la *negligencia*.

§ 234. Así, por medio de tal conclusión y de los anteriores ejemplos, llego a un desenvolvimiento más amplio del *segundo aspecto* y completo la demostración de que no puede haber complicidad donde existe *intención criminal distinta*. La intención es criminosamente distinta en los tres casos

posibles de divergencia; es decir, por divergencia de *dirección* en cuanto el uno tienda a determinado delito y el otro a delito diverso; por divergencia en el *grado del dolo* si en uno se da la premeditación y en el otro el movimiento repentino o el justo resentimiento que escusa; por divergencia intrínseca en el elemento moral, si el uno es por dolo y el otro por culpa. Siempre habrá divergencia en la moralidad de la acción y deberá reflejarse en la imputación. La máxima *a cada uno, según sus obras*, no siempre es verdadera en derecho penal, sobre todo cuando han de tomarse en cuenta hechos de otro. Por el contrario, debe ser absoluta esta otra: a *cada uno, según su perversidad*, porque si la gravedad del hecho es el tipo determinante de la *cuantidad* política del delito, la moralidad del agente es el tipo sobre el cual se constituye la responsabilidad individual en primer término, y en segundo se modifica, se mide y se gradúa. Principio eminente de verdad y lógica al propio tiempo, que no puede menos de dominar en la ciencia y triunfar en la práctica; fuera de aquellos países en los cuales un fatal precepto legislativo lleno de ferocidad draconiana, veda a la razón prestar homenaje a los cánones supremos de la justicia.

§ 235. CUARTO ASPECTO. *Intención imperfecta*. — También en este caso se enseña generalmente, que en los delitos llamados de ímpetu no puede existir *complicidad*. La razón de ello consiste en la imposibilidad de concretar en los hechos impetuosos, a causa misma de la exaltación de los afectos, una voluntad *dirigida* precisamente a un fin, pues esto exige la calma del raciocinio. Sustancialmente, las razones por las cuales se excluye la complicidad en los hechos de ímpetu son análogas a las que determinan la exclusión de la tentativa.

§ 236. Pero esta proposición, tratándose de delito perfecto, no es aceptable incondicionalmente. Porque entre la complicidad en un delito llevado a su término por otro y la tentativa, existe esta diferencia: faltando en la tentativa el *suceso*, que revele la *idea* del agente, queda ésta a los ojos del juez en la esfera de los hechos conjeturales; mientras que la complicidad referente a un delito consumado, o se da el suceso éste, puede a las veces suministrar la prueba explícita y positiva del agente, que sea *accesorio*.

§ 237. Tratándose de complicidad conviene no confundir los hechos de verdadero ímpetu con los de instantánea resolución. Es evidente que la regla indicada marchará de acuerdo con la razón en que funda, en las acciones ejecutadas por movimiento instantáneo producido merced al influjo de violenta pasión. Pero no siempre será sostenible, que excluida la *delibe-*

ración en el hecho, se excluye también la *complicidad*; pues fácilmente se comprende, que aun en los casos de súbita resolución puede haber concierto acerca del acto, en virtud del cual varias personas cooperen a él todas con positiva voluntad convergente a obtener un fin determinado.

§ 238. Nótese, además, que tampoco en los verdaderos casos de ímpetu parece la complicidad jurídicamente repugnante, sino que la prueba de ella será tan difícil, que raye casi en lo imposible, una cosa es la *dificultad* de probar una determinada *condición jurídica*, y otra que esa *condición jurídica repugne* a la ciencia. Bajo este aspecto sería erróneo impugnar en absoluto la posible *complicidad* en los actos de riña, y en general en todos los de ímpetu.

Se han recibido como absolutas ciertas proposiciones en nuestra ciencia, porque estudiadas bajo la preocupación de un caso, con el cual exactamente cuadraban, no se advertía la posibilidad de otros análogos en los cuales militase distinta razón, resultando de aquí falaz la regla. Así la máxima de la *ley si in rixa,* 17, *ff*, *ad leg*. *Cor. de sicar*., es indudable aplicada a actos *disgregados*; puede ser falaz aplicada a actos directamente *coeficientes*. Si imaginamos dos, que por instantáneo movimiento se lanzan a maltratar a otro, justo será que cada uno de ellos responda de sus propios actos y no se hable de complicidad, pues ambos tienen el *propósito* de desfogar su *propia ira*, no el de *coadyuvar* al hecho del otro. Por el contrario, si uno de aquellos dos ha sujetado al adversario con férrea mano, gritando al compañero: *da, que yo lo tengo*, si en riña uno ha suministrado a otro el arma homicida; si mientras varios riñen uno excita de palabra a cualquiera de ellos para que hiera, ¿se dirá, por ventura, que a causa del ardor furioso que los cegaba no hay entre ellos complicidad, y que quien sujetó, quien dió el arma, quien excitó, no participa de la responsabilidad del que hirió?[1] Evidente es la inapli-

1 Ponen como ejemplo los prácticos esos tres casos referidos para determinar la complicidad en rifa, en los cuales la limitación de la regla de PAULO sobre la *ley ult. ff. Cor. de sicar*. Pero aun esos casos sólo ofrecen cierta posibilidad, que cesará cuando especiales circunstancias muestren en una voluntad diversa en el pretendido cómplice. El que presentó el arma pudo tener intención contraria: por ejemplo, yo tenía una escopeta; luchando con el adversario, a quien no quería matar, la entrego al compañero para usar sólo de mis medios naturales, y prosigo la lucha valiéndome me de las manos; entre tanto el compañero se sirve de la copeta para matar al adversario común. Pues aquí desaparece la presunción del primer caso, porque yo me desprendí del arma precisamente con el fin de evitar la muerte. El que sujetó al adversario común lo hizo porque armado éste pretendía matarme; mi compañero lo sujetó para desarmarlo e impedir los efectos mortíferos; entre tanto otro lo mató. Convendrá mucho evitar aquí la metamorfosis de una intención benigna en otra depravada, sin lo cual la presunción del segundo caso debe cesar. El que excitaba a los combatientes se limitó a decir: *Dadle firme*, porque veía a todos pelear con las manos. Pero sin él saberlo, uno de aquellos usa el puñal y mata. La excitación se contraía a los golpes, no a las heridas: luego será de justicia que la presunción de complicidad relativa al *homicidio* acontecido, cese también en el tercer caso.

cabilidad de la regla donde desaparece la razón de ella. ¿Acaso no cabe, aun en la mayor exaltación de la pasión, cometerse un mandato que haga al mandante partícipe de la responsabilidad del sicario?

§ 239. Puede decirse con mayor exactitud que el dolo de ímpetu hace *presumir* la concurrencia de *voluntad* acompañando al concurso de *acción*[1] cuya presunción vencerá siempre mientras no se ofrezca una manifestación *explícita* de voluntad que no deje dudas sobre el concurso intencional del uno en el hecho del otro. En una palabra: la regla no está en el *dolo impetuoso,* sino en la falta del *concurso de voluntad.* Si éste se verifica *a pesar de aquél* de un modo cierto, directo y positivo, la regla calla. En tal sentido, parece oportuno que el caso de los delitos de ímpetu se contenga en esta primera categoría como aspecto o figura de concurso de a*cción* sin concurrencia de *voluntad*, porque *presuntivamente* así es.

§ 240. Hasta aquí las explicaciones del primer *caso*.Lo he presentado bajo un solo punto de vista; es, a saber: suponiendo siempre la falta del concurso de la *voluntad* en el *cómplice*. Nada obsta, sin embargo, al cambio de figuras, imaginando que el concurso de la voluntad criminosa desaparezca en quien ejecutó el acto de *consumación* del delito, conservándose en el otro. Siempre tendremos el mismo resultado: la complicidad desaparecerá quedando un *solo delincuente*. En esta segunda hipótesis cesa la imputabilidad del autor físico, asumiendo el supuesto cómplice su representación, como *causa* voluntaria y única del hecho que produjo la violación de la ley, porque la falta de *voluntad* en el autor *físico* lo transforma, como tengo dicho, en mero instrumento del otro, convirtiendo a este en *autor principal* y único del delito.

En cuanto a este último, es indudable que cuando concúrralos los caracteres de la complicidad, ésta se verificará, no por el mero concurso de la *voluntad*, sino por el de la acción, por la circunstancia de la *presencia material* en el acto consumativo, como explicaremos después al tratar de la *presencia* en el delito como acto corporal capaz, en ciertos casos, de producir complicidad, y de la *palabra* como capaz de constituir *concurso de acción*. He querido hacer estas advertencias para mostrar lo peligroso de establecer una regla general absoluta sobre ejemplos, porque las circunstancias todo lo modifican. El principio absoluto de la ciencia es uno solo: no cabe complicidad en el delito de otro si no concurren *eficiencia* y *voluntad explícitamente* manifestada.

1 Los escritores franceses expresan este punto en la doctrina diciendo que deben distinguirse los correos de los autores simultáneos del delito: BEAULIEU. *De la complicité en droit roin et en droit francais*, p. 138 y s. La diferencia de los primeros respecto de los segundos está en el acuerdo, o sea el concurso de voluntad.

SEGUNDO CASO

CONCURSO DE VOLUNTAD SIN CONCURRENCIA DE ACCIÓN

§ 241. Para llegar en este caso a la noción de la complicidad, es indispensable suponer una *voluntad comunicada explícitamente* de persona a persona. Mientras el hombre desea el delito o interiormente se complace porque otro lo ejecute, peca, pero no delinque, pues no comunica *fuerza* alguna *moral* o *física* a aquél, el cual desde el principio hasta el fin se desenvuelve sin recibir su influencia.

§ 242. Se requiere, pues, mostrar que dicha voluntad resulta manifiesta, y en poco o en mucho haya servido para dar *impulso* al delito. Sustancialmente es preciso imaginar la *palabra* de un lado y la *acción* del otro. La mente del uno ha ideado el delito y sus labios han proferido la palabra —*matad*—. y el brazo del otro ha respondido a aquella frase con la muerte. Al parecer, este concepto se ofrece como caso único, mas no es así ciertamente. Contiene cinco fases que, pertenecientes todas a la misma familia, son, sin embargo, muy *diversas*: el *mandante,* el que *obliga*, el que *ordena*, el *consejero* y el socio. Notas características de las más señaladas distinguen estas cinco figuras, pues el *mandato*, la *coacción*, la *orden*, el *consejo* y la *sociedad* son entes jurídicos sustancialmente distintos.

§ 243. —Mantengo esta nomenclatura de la antigua, porque si la palabra *instigadores* puede sostenerse en un Código que, después de haber identificado en sus efectos penales posiciones naturalmente diversas, quiso comprenderlas bajo un solo vocablo, esta unificación no sirve en la ciencia, que ha de conocer con distinción de nombres los objetos sobre los cuales versan sus investigaciones. Se instiga *encargando, aconsejando, ordenando, obligando* y *asociándose*; la palabra instigador expresa materialidad común a diversas condiciones jurídicas, y la ciencia necesita de nombres que señalen ente esas varias condiciones.

§ 244. La nota característica de estas cinco figuras se reconoce con facilidad. Se contrae a la *utilidad* del delito. Si el que va a cometerse redunda en *pro* de quién concurre a él comunicando tan *solo su voluntad* al autor físico del mismo, tendremos la violencia o el mandato. Si la utilidad recae únicamente sobre el autor físico, aparece el cornejo. Si la utilidad resultante

es común, se da la *sociedad*. Este dato jurídico es inalterable. Podrán mezclarse las clases, concurriendo también a la *acción* el mandante, el socio y el consejero. La concurrencia modificará entonces su respectiva condición y agravará su responsabilidad, pero nosotros estudiamos aquí los casos simples.

§ 245. El distintivo de la *orden* y de la *coacción* respecto del *mandato*, radica en una circunstancia. El mandato dado a otro, por éste aceptado, para cometer un delito. La *orden* es un *mandato* originado de persona de *autoridad* y trasmitido a otra que le está supeditada. La *coacción* bajo el punto de vista en que puede figurar en la teoría de la *complicidad*, esto es, en el de *acción obligada*, no reacción forzada, es un *mandato* impuesto con amenaza de mal. Así la orden como la coacción, son mandatos *cualificados*. El abuso de autoridad en el uno, el abuso de fuerza en el otro, constituye al propio tiempo la nota cualificativa y la característica. Por esto la *orden* y la *coacción*, que ocupan extenso lugar en la teoría de las circunstancias atenuantes, se reducen a breves términos en la de la complicidad.

§ 246. De hecho, si la *coacción* y la *orden* alcanzan aquel apogeo jurídico, que acabo de indicar, de tal manera, que la *causa física del delito* eluda toda importancia por falto de *espontaneidad* o por defecto de conocimiento, es evidente, que la *coacción* y la *orden* no ocupan lugar alguno en esta teoría, pues en el hecho aparece sólo *un* delincuente. Si, por el contrario, ni la orden ni la coacción llegaron a hacer inmune de imputación al autor físico del delito, las reglas referentes a ambos casos se confunden con las del *mandato*. Advierto en este lugar, que no me parece exacta la fórmula de CARMIGNANI al decir, más imputable será la acción al que ordena y al que obliga, cuanto menos lo sea al ordenado obligado. Para la exactitud de esta fórmula sería necesaria una proporción constante en razón *inversa* entre la imputabilidad de los unos y de los otros, a la manera de la deuda civil, tanto menos exigible del fiador, cuanto más haya pagado el deudor principal. Pero no acontece así. Sabemos que la imputación de un reato no disminuye por el solo hecho de *dividirse* recayendo sobre muchos; a las veces, su gravedad política aumenta. Y puede suceder que el *violentado* sea objeto de cierta imputación por falta en él de alguno de los extremos de la excusa, sin por ello disminuya la *imputación* del que lo *violentó*.

§ 247. Admitidas la *orden* y la *coacción* como limitaremos nuestras observaciones a las tres principales figuras del concurso voluntad sin concurrencia de acción, esto es, al *mandato*, al *consejo* y la sociedad.

§ 248. Y, ¿cuándo la *complicidad*, se desprende de este concurso de *voluntad* sin la concurrencia de *acción*? Evidentemente cuando una acción se haya ejecutado. El *mandato*, la *sociedad* y el *consejo* no son *conatos.* Sabemos que para la existencia de la *tentativa* se requiere el comienzo de *ejecución* del delito. Pero dos que concuerdan en *querer* un delito, no comienzan la *ejecución* con sólo quererlo. Aun cuando de aquella concordia de voluntades resulte la de la *complicidad*, es indispensable además que el *violentado*, el *mandado*, el *encargado*, el *aconsejado* o el *socio* hayan comenzado algunos actos externos, que sirvan para la ejecución del delito. Por lo menos es preciso que sean autores de *tentativa*. Mientras la *ejecución material* del delito no comience, el acuerdo criminal podrá apreciarse como delito especial y propio, no como elemento de *conato*, ni como dato relativo a la *complicidad* de un delito, que no empezó a existir. Concebir la idea de *causa* moral donde no hay *efecto* es absurdo. Existirá tal vez el delito de instigación, de *asociación ilícita*, de *abuso de autoridad*, de *violencia*, los cuales si le causaron según su respectivo modo de ser, podrán en su caso, imputarse como hechos criminales *sui generis* a cuantos concurrieron a ellos con libre voluntad; mas no les será aplicable el criterio de la *complicidad* ni de la *tentativa*. Esto dicho, estudiemos ya la especialidad del *mandato*, del *consejo* y de la *sociedad* para delinquir.

§ 249. PRIMERA FIGURA. —*Mandato*. — La nota distintiva de aquellas tres *figuras* o casos, resulta, como hemos visto, de la varia distribución de la *utilidad* del delito. No es esta una referencia puramente nominal. Por el contrario, produce importantísimos efectos sobre el grado de responsabilidad de quien solo *moralmente* participó en el delito. Pero, como la *utilidad* es con frecuencia estímulo del alma humana, en los tres distintos casos mencionados la voluntad del ejecutor presenta una variedad en el *impulso propio* proporcional a la utilidad del delito: si redunda enteramente en beneficio del *autor físico* éste, con tal perspectiva ante sus ojos, tendrá una fuerza de impulsión no referible al consejero, y la voluntad del último deberá apreciarse como fuerza que dió menor *impulso* al delito. Si la *utilidad*, reportada es común, tendremos un impulso *coigual* en ambas voluntades. Si, en fin, la utilidad total redunda en pro de quien cometió a otro la ejecución del delito, claro está, que faltando en el ánimo del *autor* fuerza propia que lo moviese, *su impulso* peculiar será referible al comitente, y la *fuerza moral* del delito tendrá su primera generación en la voluntad del último.

§ 250. La *utilidad* que reportan del delito el aconsejado o el socio, autoriza a suponer su determinación de cometerlo aun sin la influencia de la pa-

labra instigadora. La falta de utilidad resultante para el *mandatario* permite creer que sin aquella influencia acaso no hubiese intentado la violación de la ley. Derivase lógicamente de la noción constitutiva de esas tres figuras una consecuencia; por lo tocante al *concurso moral*, resulta menor la imputación dada la hipótesis del *consejo*; acrece en la de *sociedad* y es máxima en el *mandato.* La voluntad del aconsejado recibió impulso de la perspectiva de su exclusiva utilidad; la misma influencia fué menor respecto al *socio* por la menor participación en los resultados del delito; la voluntad del *mandatario* no fué movida por semejante impulso; el impulso hacia la determinación criminal lo recibió del mandante.

§ 251. Procedamos ahora a fijar la norma de esta imputación en su grado máximo; después será fácil la aplicación a los grados inferiores. Nos hallamos frente a frente de una de las más graves cuestiones de la ciencia. ¿Deben equipararse en la imputación el mandante y el mandatario? Sobre este punto discrepan esencialmente los escritores; media entre las escuelas resuelto antagonismo, sosteniéndose por las unas la igualdad de pena respecto del mandante y el mandatario, defendiendo otras la menor pena en cuanto al primero. Los ánimos se sobreexcitaron: CARMIGNANI combate a ROSSI; ROBERTI censura a CARMIGNANI, y en todas las invectivas ocuparon el lugar de los razonamientos.

§ 252. Meditando sobre los escritos de los diferentes campeones empeñados en esta lucha, tengo para mí que la divergencia procede del diverso punto de vista, bajo el cual se viene a establecer la medida de la imputación en los delitos. Fijaron los unos sus miradas en la acción criminal; el hecho físico tiene para los otros una preferencia, de la cual no supieron prescindir. Los otros pusieron su atención en la causa del delito, y la consideración de ésta ejerció grande influencia sobre su juicio. El mandante, dice CARMIGNANI, *quiere* el delito; el mandatario lo *quiere* y lo *ejecuta*, luego si en el uno concurren *voluntad* y *acción*, y en el otro *voluntad sin acción* es injusto castigarlos igualmente. En el delito se castiga un hecho; luego la parte activa tomada en aquel hecho debe siempre predominar en los criterios del cálculo. El mandante, añade BERTAULD, será la *causa moral* del delito pero no es la causa *jurídica*. Revelará una criminalidad subjetiva igual, y acaso mayor, que la del agente físico; mas la ley no persigue la mera criminalidad subjetiva. Los resoluciones, por perversas que ellas sean, no se castigan mientras no aparece la criminalidad objetiva. Luego en el mandante se pena un elemento en sí mismo no punible; existe, pues, desigualdad jurídica entre el instigador y el autor.

§ 253. El *mandante*, por el contrario, dice Rossi y con él CHAVEAU, fué la *(causa primaria)* del delito y dió impulso a la *(voluntad)* del mandatario, que aparece como *(causa secundaria)*. Sería injusto castigar más atenuamente a quien en su voluntad revela el primer origen del hecho punible. En el delito se castiga un *(efecto)*: la falta de acción en el mandante, que llevaría a imputarle menos gravemente, se compensa con el aumento de *(fuerza causante)* en él mostrada. En el uno se da toda la *(acción)* y un mínimum *causa moral*; en el otro toda la *causa moral* y nada de acción. El resultado de este cálculo debe ser la parificación[1].

§ 254. Esta variedad en el modo de considerar la cuestión, paréceme que se remonta a más divergencias las sobre principios fundamentales de nuestra ciencia. Dándose la *necesidad política* por fundamento al derecho de castigar, será lógica deducción la preferencia respecto al *hecho*. Así como la sociedad siente necesidad ineludible de defender el derecho contra quien a su mal querer (que por sí sólo sería perpetuamente inofensivo) agrega la audacia de ejecutar el delito, pues de su acto nace *peligro*, será procedente establecer represión más grave para quien *quiso y ejecutó* el crimen que respecto de quien *sólo lo quiso*. Por el contrario, si el génesis del derecho de castigar se busca en la *violación del deber*, el *impulso moral* comunicado a la violación asume carácter preeminente, y la cronología de las respectivas voluntades influye en el cálculo de la imputación. De tal suerte, los principios en la ciencia se enlazan entre sí con vínculo lógico apenas perceptible y a veces no percibido por el mimo sujeto a su influencia.

§ 255. El docto GIULANI vaciló en esta cuestión, procurando salir de ella con la distinción entre *mandato gratuito* y *remunerada*. Si el mandato es gratuito, dice, puede calcularse que cierto impulso secreto movió el ánimo del *mandatario* hacia el delito, y es entonces será menos imputable el *mandante*. Pero si éste compró por precio la obra criminal, sobre él recae la imputación plena del delito. A pesar de mi respeto hacia tan insigne maestro, no admito semejante distinción. No puedo persuadirme cómo el mandato *remunerado* sea más odioso respecto al *mandante*, que el mandato *gratuito*[1]. En cuanto al *mandatario*, encuentro una mayor gravedad originada en el *salario*. Un hombre que mata a otro por servir al amigo, a la mujer amada,

1 El C. p. e. de 1870, art. 15, resuelve por la doctrina de la parificación en la pena, en consonancia con la establecida para penar a los autores que, instigando directamente, concurren moralmente al delito. (N. del T.).

1 Sin embargo, el hecho de aceptar un sacrificio mayor o menor de los propios intereses, muestra, a mi entender, no sólo mayor tenacidad en el propósito, sino voluntad liberada y resuelta de llegar a la comisión del crimen. (N. del T.)

muestra en medio de su delito algo de heroico, digno de cierta conmiseración; pero quien por *precio* mata a un inocente, al cual no odia, me parece el más vil y bajo, más execrable entre todos los delincuentes. Respecto del mandante no veo la influencia análoga del *salario.* Quien abusa del afecto generoso de un amigo o de un amante y lo sacrifica empujándolo al delito, es más vil y perverso que quien compra el delito con el oro. El alma del sicario debía estar familiarizada con el mal, si *por precio* se hace *asesino*. El alma de quien satisface *sin mediar precio* la venganza de otro, puede ser pura hasta aquel momento corromperse por efecto del cariño o de la gratitud andante. Se me dirá: el mandante por de la *necesidad* del sicario: niego en *necesidad*. En nueve casos de diez, el asesino se vende por avaricia o para alimentar costumbres viciosas. Pero sea en buena hora por necesidad: por ventura, ¿es más grave abusar de las *necesidades* del uno, que de los *afectos* del otro? ¿Es más vil el hombre comprando una doncella ávida de dinero, que el seductor de una joven enamorada cuyo ciego afecto paga con la deshonra? Considero al último más depravado que al primero.

§ 256. El único argumento importante en pro de esta distinción, procede de una consideración política. El hombre acaudalado, se dirá, hallará un asesino con facilidad; difícilmente se encuentra un amigo dispuesto a matar por nuestra cuenta. Luego la circunstancia del *precio* hace más peligrosa para la sociedad la persona del *mandante*. Puede haber verdad en esta observación política. Pero la dificultad mayor de realizar un delito de cierto modo, no es criterio justo para disminuir la imputación. Cuando se castiga un hecho acaecido, desaparecen las dificultades de su ejecución. El arte del instigador venció los obstáculos al encontrar un ejecutor *gratuito*. Aquí sólo se trata de establecer un cálculo de proporción entre *mandante* y *ejecutor*, y semejante indagación no debe reducirse a determinar si el mandante ha de ser *menos* castigado, sino a decidir si el *mandatario* debe ser *más castigado*. Mirando la cuestión bajo este aspecto, se ve con perfecta claridad. Admitida la pena *mayor* del *mandatario gratuito* respecto del *mandante*, resultará por consecuencia que el sicario remunerado estará en cuanto al mandante en mejor condición que el *gratuito*. Comparemos ahora a los mandatarios. El hombre ajeno a la codicia, reconocido a otro de tal suerte que juega por él su cabeza sin fruto alguno, será declarado más criminal en *comparación* con su instigador. El otro, que por sed de oro mató a un inocente, será *comparativamente* tratado con mayor benignidad.

§ 257. Para mí, la distinción de GIULANI no resuelve la cuestión presente. En el mandato *gratuito* como en el *remunerado,* es el mandante la

primaria del delito; lo ideó en ambos casos, lo quiso también y se dió traza a conseguir que el brazo ajeno lo ejecutase. Si se pretende tomar como guía la idea de la falta de acción, en el uno y en el otro caso se deberá tener en cuenta para minorar la imputación. Si se rinde homenaje a la consideración de la causa, como ambos casos son *causa primera* y eficiente del delito, deben soportar la responsabilidad plena, al modo que si el brazo propio lo hubiese consumado. El *impulso* a la mano ejecutora lo dio el mandante: su eficacia resulta la misma, bien el oro prometido sirviese de medio, u otro estimulo de carácter moral.

§ 258. La última opinión ha prevalecido en Toscana, especialmente a partir del C. de 1853, cuyo art. 49 equipara el instigador al autor, si lo había inclinado al delito, bien por efecto de *mandato* (entendiendo éste simple) bien por medio de amenazas, *promesas* o de *otro modo* (fórmula de mucha elasticidad).

§ 259. Aceptando este principio no podría, sin embargo, admitirse sino como *presunción*, aplicable de ordinario en los casos normales, variable en los excepcionales. Me explicaré: la equiparación del mandante al mandatario en la pena, supone dos cosas: 1.º Concurso en ambos de *inclinación igualmente depravada*. 2.º Que el mandante haya sido *causa primera* del delito. Cuando en un caso dado desaparezca cualquiera de estos elementos, cesa también la regla de la equiparación.

§ 260. Desaparece el primer supuesto, por ejemplo, si en el uno hubo *premeditación* y en el otro no. O excusa de provocación para el uno y para el otro no. Difícilmente se separará en el *mandatario* la cualidad de *premeditación* y lo cual es muy fácil respecto al *mandante*. En el acceso de la cólera o bajo el imperio de justa *provocación*, la persona ofendida deja escapar palabras de venganza y hasta ofrece, si se quiere, un precio por verla saciada; un satélite infame especula sobre este sentimiento y se lanza a inmolara la víctima. Sin dificultad alguna se reconoce en el último *dolo de propósito*. No así respecto del mandante, en el cual sólo se descubre *dolo de ímpetu*. Si con sus propias manos hubiese causado el daño, le sería aplicable la atenuante de *provocación*. Pero se vale del brazo ajeno y por ello ¿el ánimo sereno del sicario convertirá de improviso en reflexivo el pensamiento agitado del mandante? Semejante conclusión es inadmisible, y aplicar a este propósito la regla de la equiparación sería tanto como interpretarla judaicamente. No; la equiparación es posible donde se muestra grado igual de *dolo*.

§ 261. De la propia suerte que en la *coacción* y en la *orden*, mandatos cualificados, mientras se aplica a la *causa moral* la imputación *plena* del reato, se disminuye la *causa física* en razón de la autoridad o del temor, que aminoraron o destruyeron el *dolo*; igualmente deben calcularse en la *causa moral* las circunstancias especiales obrantes sobre la voluntad, sin que por ello se contradiga a la regla de la parificación. No hay caso alguno en el derecho penal universal, en el que la variedad del *dolo* deje de producir resultado: ni puede darse tampoco *presunción juris et de jure* sobre uno u otro grado le maldad intencionada. Por mi parte, no admito crimen premeditado por una presunción *juris et de jure* Cualquiera forma criminosa se presta a la hipótesis de súbita resolución, o de una tendencia merecedora de excusa.

§ 262. El segundo supuesto puede desaparecer a causa de una demostración de la *verdad contraria*, o por efecto de *presunción legal*. Cesa el supuesto de considerar al mandante como causa primaria del delito, por el advenimiento de la *prueba* de *verdad opuesta*, si en el proceso se demuestra que la *primera* idea del delito nació del sicario, no del *mandante*. El caso enunciado se encuentra fácilmente, no ya en los romances y dramas, sino en la historia. Un siervo malvado especula con las pasiones de su amo poderoso; sabe que tiene un enemigo, exalta su odio; le ofrece su brazo so pretexto de generoso afecto; habla y hace de manera que el amo no tanto ordena, como consiente en la muerte de aquel enemigo. ¿Castigaremos en tal caso lo mismo al *mandante* que al *sicario*? No; demostradas las anteriores circunstancias debe cesar la regla de la parificación. Cesará, según los dictados de nuestro Código, porque no es *instigador* el que se adhiere a las instigaciones de otro. Cesará en orden a los principios de la ciencia, porque la doctrina de la parificación se funda totalmente sobre el supuesto de la concepción *primera* del delito por el *mandante*, cuya idea ha sujerido al mandatario, cuya causa primaria es aquél, en una palabra. Luego destruida esta premisa, no tiene efecto la consecuencia. Una medida de cálculo establecida sobre la presunción de que yo sea seductor, no se justifica más cuando resulto seducido.

§ 263. Cesa además el segundo supuesto por causa de *presunción legal*, si el *mandatario* tuvo *motivos propios* para cometer el delito. Esta limitación aparece textualmente sancionada en el C. t., art. 50, y es lógica e indeclinable consecuencia de la razón de la regla. Se equiparan en la pena el *ejecutor* del delito y el instigador, porque en éste se presume la *causa primera* del hecho criminal, y la *cuantidad moral* de su participación en el delito es considérate da de valor igual a la *cuantidad física* de la acción ejecutada

por el otro. ¿Por qué? Si el ejecutor no reporta ventaja alguna del delito, puede creerse sin dificultad, que sin la existencia del *mandato* no lo habría cometido. Tal es el caso del mandato propio, en el cual el delito redunda totalmente en beneficio del comitente. Pero si el mandatario tenía *propios motivos*, que lo inducían al crimen, la cuestión varia de aspecto. Cabe dudar si mostrándose propicio al delito lo habría cometido aun sin mediar el mandato, por la influencia de aquellos *motivos propios*. La distinción es de CARPZOVIO (*parte 1.ª, cuest. 4, n .30*), tomada de DECIO, MARSILIO y BOSSIO, por donde se ve que esta oportunísima observación deriva genuinamente de fuente italiana. De todos modos, las fuerzas determinantes de la voluntad han sido *dos*: una el *mandato*, la otra radicaba en el mismo *mandatario*. Pues el mandato resulta verdaderamente *desnaturalizado*; el mandante no aparece ya como *causa única y primaria del delito*; presenta una *cuantidad* menor de influencia *moral* sobre el hecho. Cesando, por consiguiente, la consideración de la preferencia de la causa, o sea la *cuantidad moral* de la complicidad, vuelve a predominar la consideración de la preferencia de la *cuantidad física*, esto es, de la *acción*; el *mandante*, en su virtud, resulta menos punible que el *mandatario*.

§ 264. De conformidad a este juicio, el art. 50 de nuestro C. no admitió esa limitación sino cuando los *motivos propios del mandatario no fueron excitados por el mandante*. En verdad, si esos motivos particulares del ejecutor fueron excitados por el mandante, no demuestran ya una causa peculiar y autónoma, digámoslo así, de delinquir. Ella fué verdaderamente *producida*[1] por el último, el cual vuelve a ser la única *causa primaria* del crimen cometido.

§ 265. Se han originado gravísimas dificultades acerca de la interpretación de la frase *excitar*, la cual, en verdad, no es muy feliz. Pensaron unos, que debía reputarse existente la condición de haber *excitado* apenas el mandante fomentase de palabra en el sicario el *motivo propio*, siquiera éste fuese *preexistente* y *preconocido* del sicario mismo. Otros, por el contrario, pensaron que esto no bastaba para dar cuerpo a la *excitación*, mientras el *mandante* no hubiese *hecho nacer* aquel *motivo* en el ánimo del sicario, ora *creándolo*, ora *poniéndolo de manifiesto*. Estas dificultades proceden del doble sentido de la palabra *excitar*. *Excitare flammam* significa *producir un incendio*. Excitar la llama puede también significar *avivar el fuego ya encendido*. Así los unos entienden la palabra en su sentido más estrecho

1 *Causata* dice el original. La traducción literal debería, ser *causa causada*. (N. del T.)

de *suscitar*; o tíos en el más lato de *concitar*. Ignoro que la jurisprudencia se haya pronunciado hasta ahora e tan delicada cuestión, y debiendo anticiparme a ello con mi pensamiento, he de decir que parece aceptable la opinión más benigna. A ello me induce la letra del artículo, el cual no dice *excitar lo instigado*, sino *excitar el motivo*, y esto hace inadmisible la explicación de *concitar*. Me mueven, además, a esa opinión los principios fundamentales de la doctrina, pues dada la subsistencia de un motivo propio en el ánimo del *mandatario, fué conocido* y *preexistente* el *mandato*; desaparece el caso simple en el cual la figura del *mandante* ocupa el lugar de causa primera del delito, y surge el caso *mixto* de la doble causa moral del delito. Entonces la consideración de la *fuerza física* del delito, atribuible *enteramente* al instigado, vuelve a adquirir su decisiva importancia en cuanto a la falta de concurso del *mandante* en la acción.

§ 266. SEGUNDA FIGURA. —*Consejo*. —Consiste el consejo en la *insinuación hecha a otro para persuadirle a la comisión de un delito en beneficio exclusivo del mismo.* Nótase a primera vista la inmensa diferencia entre esta figura y la precedente bajo el aspecto jurídico, y cuán reducida se presenta en ella *cuantidad moral* de fuerza criminosa. Como el delito no reporta utilidad alguna al *consejero*, fácilmente se concibe que aquél pueda darse por efecto de momentánea irreflexión sin propósito de verlo seguido. El consejo, en la mayor parte de los casos, aparece extraño a toda deliberación. Aparte que el interés de delinquir, concentrado como se halla en el autor físico, induce a pensar en la comisión del delito, aun sin el concurso de la palabra fomentadora y estimulante.

§ 267. De aquí las disputas acerca de la imputabilidad política del consejo, por muchos negada; opinión no limitada a la escuela, sino determinante todavía en algunas legislaciones, como, por ejemplo, la francesa, donde el C., si bien severo, no encuentra en la nuda instigación un elemento de complicidad[1].

§ 268. En la escuela italiana prevaleció un criterio más analítico, admitiéndose la famosa, justa distinción entre *consejo eficaz* y *consejo* llamado *meramente exhortativo*; distinción que trae su origen de la conciliación de

1 La jurisprudencia francesa es constante en no reconocer complicidad en el mero *consejo*: Cas. de 24 XI 1809. — 23 VII 1856. La regla es especial, pues emana de la ley positiva, esto es, de la letra del art. 60 del C., que al indicar taxativamente los modos de instigación constitutivos de complicidad según él, ha rechazado todos aquellos no descritos claramente. Consecuencia frecuente del cuidado, por extremo solicito, de materializar las definiciones. Esa regla no puede sostenerse como absoluta ante los principios de la ciencia, ni mantenerse con sujeción a los preceptos del C. t.

varios fragmentos del derecho romano, pero que al propio tiempo se asienta sobre base muy racional, relativa al principio de la *causa*.

§ 269. En la primera especie se encuentra un acto constitutivo de *complicidad*, y como tal imputable políticamente; en la segunda, la opinión común considera un acto inmoral, sí, pero, extraño a la censura penal. Procede esta diferencia de que en el primer caso se tiene por cierto su *influjo* sobre el acto criminal; en el segundo aparece dudosa, por lo menos, esa influencia. Es, sin embargo, muy difícil determinar *a priori* la línea exacta de separación entre *consejo eficaz* y *consejo exhortativo*. Pudieron fácilmente los escritores diseñar el consejo eficaz en las *instrucciones* dadas al criminal sobre el modo de realizar su intento, porque es siempre obvio señalar, por medio de ejemplos, los dos miembros de una distinción en cuanto a sus puntos extremos de divergencia; pero la dificultad brota en los momentos de contacto entre miembro y miembro, y aquí la ciencia no llega a suministrar una fórmula clara que distinga con criterio infalible el consejo *exhortativo* del *eficaz*. La eficacia sólo puede definirse como *eficacia*.

§ 270. Dependerá, pues, de la prudencia judicial el determinar, según los casos, si el consejo debe escapar a la imputación civil, y para ello habrá de proceder por medio de una razón compuesta, indagando en el ánimo del *consejero* si tuvo el a *propósito de lanzar* al otro al delito, y escudriñando en el ánimo del *aconsejado si su voluntad*, por motivo del consejo, *recibió* un *impulso* hacia el crimen. En la conjunción de ambos requisitos estará la razón constitutiva de la imputabilidad del *consejo*, porque el primero representará el *concurso* cierto de *voluntad* del consejero en el delito, y el segundo la *eficiencia* de tal concurso. En toda la teoría domina siempre el mismo principio fundamental. No hay cómplice políticamente imputable mientras en él no se dé una *causa voluntaria* del delito realizado por otro.

§ 271. Reconocido ya un consejo constitutivo de *complicidad*, resta indagar la relación entre el grado de la imputabilidad del autor principal y el grado de la imputabilidad del consejero. Es doctrina constante que el último, si bien haya concurrido eficazmente al delito con su voluntad, debe ser objeto de pena *menor* que el autor principal. La razón es muy obvia; el autor principal en estos casos imprime al delito toda la *fuerza física* y la mayor parte de la *fuerza moral*, pues la causa de delinquir reside completamente en el aconsejado.

§ 272. El C. t. ha previsto el caso del consejo en el art. 55, declarando *auxiliador* al que *facilitó* a otro o *fortificó* en él la resolución de delinquir, o le *indicó los medios* de cometer el delito. Una vez declarado *auxiliador*, es castigado en los casos ordinarios con pena *menor* que la impuesta por la ley al *autor*.

§ 273. La *indicación* de los medios lleva en si el *consejo* llamado con en términos de escuela. El consejero imprime cierto *impulso* a la voluntad del agente, y a la vez obra sobre la *acción*, de la cual hasta *cierto punto* se convierte en *medio*. Por esto se equiparó con exactitud la *indicación* a la *suministración* de los medios, no obstante que la ciencia enumera la primera entre las figuras de mero concurso *moral* y la segunda entre las de concurso *físico*.

§ 274. Además, el C. t. establece por medio de su fórmula la imputabilidad del *consejo* en todos aquellos casos en los cuales la *eficacia* del consejo resalte nudamente en el impulso dado a la *fuerza moral* del delito, con obrar tan sólo sobre la *voluntad* del delincuente. Cuando la *resolución* de delinquir era vacilante y las palabras de otro la *fortificaron*; cuando esa resolución no había nacido y las frases del consejero *facilitaron* su creación, hay siempre consejo *eficaz*, porque si no coadyuvó a la *acción, ayudó* a la *voluntad* criminal. Entiéndase bien, siquiera la ley guarde silencio, que la palabra *fortificante, instructora o facilitante*, equiparada con excesivo al *auxilio material*, deberá emitirse dolosamente; esto es, con conocimiento y *propósito* de a aquel efecto. De otra suerte llegaríamos a una exorbitancia, elevando sin medida la responsabilidad de una palabra imprudente vertida para elogiar un pensamiento criminal.

§ 275. Pero la *excitación*, la *facilitación*, la *fortificación* del propósito criminal pueden hacerse por medio de la *palabra* o usando de la *escritura*; a pesar de esto no descubrimos razón alguna de distinguir. Ocurrirán dudas, siendo *inmediata*, sino ejercida por el intermedio de un tercero *inocente*, por ejemplo, un falso aviso dirigido maliciosamente a excitar al delito. Por mi parte no considero fundada la duda: dados los dos extremos de la *voluntad depravada* en el excitador y de la *eficacia* de su estimulo, es indiferente la forma especial adoptada, por medio de la cual el instigador consiguió su fin perverso.

§ 276. En último término, es intuitivo que la *fortificación,* la *facilitación* o la *indicación de los medios* representan un *grado superior* de *eficacia*, lo

cual autorizaría para establecer *a priori* un grado mayor de imputabilidad en la ley, pero inadmisible de parte del Juez en el silencio de aquélla.

§ 277. TERCERA FIGURA. —*Sociedad*. — *La sociedad criminal* se produce por el *concierto de dos o más personas* inclinadas a cometer un delito en *interés mutuo*. La comunidad de interés es la nota característica y distintiva de la *sociedad* respecto al *consejo* y al *mandato*. Pueden todos los *socios* concurrir a la *acción*, en cuyo caso la norma para la imputabilidad de cada uno se derivará de la parte que respectivamente hayan tomado en aquélla: pero si alguno de los socios no participa en la acción, será responsable únicamente por el *concurso moral*. En tal hipótesis, la existencia de un *interés propio* hasta en los *autores principales* del delito, impide referir en su origen toda *fuerza moral* del crimen a quien sólo moralmente concurrió a él; por lo mismo, dada la igualdad del elemento moral, la *preferencia* de la *fuerza física* atribuible *por completo* a los que ejecutaron, autoriza respecto de éstos *mayor* imputación.

§ 278. Sobre tales principios evidentísimos se funda el C. t., que preveyendo en su art. 50 el caso de un socio participe de *presencia* en la *acción*, permite la aplicación a éste de una pena inferior a autor principal. No convengo en el reproche de pleonasmo dirigido al C., por repetir en el art. 59 el concepto ya expresado en el 50. A mi juicio, median diferencias muy esenciales entre caso y caso; en el art. 59 se establece la hipótesis de un *interés común* entre el que fué *causa física* y el simple *concurrente moral*, y el art. 50 supone dos *intereses distintos*, el uno propio del *autor físico* del delito, *peculiar el otro*, al que comunicó el impulso moral. Claramente resulta de la diversa locución: en un caso se adopta la frase *interés común*, en el otro se dice *motivo propio*; pues los *motivos propios* de cada delincuente son evidentemente diversos del *interés común*. Los dos casos esenciales se diferencian nominal y racionalmente, y esta diferencia es fecunda en resultados positivos.

§ 279. La *sociedad* criminosa es *especial o general.* Tiene lugar la primera en el acuerdo de varios para cometer *un* delito por interés común. Consiste la segunda en el pacto de varios criminales para darse mutuo apoyo en *todos* los delitos que se proponen cometer siendo la utilidad resultante común a todos y repartible aun entre los socios no concurrentes personalmente al hecho.

§ 280. Esta *sociedad general* se puede considerar bajo doble aspecto: como *delito en sí*, o como elemento de complicidad. Considerada como delito *sui generis* (en cuyo sentido se llama ordinariamente *asociación de malhechores*), constituye un delito perfecto en sí mismo, apenas el *pacto* criminal se establece. Este título especial de reato debería estimarse más bien como delito de *daño universal*, que como crimen de *daño particular*, porque no es necesario para su consumación el daño *efectivo* causado a cualquier individuo, antes bien, la *posibilidad* de este daño es suficiente y revela su objetividad propia en el derecho abstracto de todos los ciudadanos a que no se constituya asociación particular alguna en el Estado, opuesta al orden exterior.

§ 281 Aparte esté delito *sui generis*, si por virtud de la sociedad se produce el resultado de la comisión de un delito cualquiera de los comprendidos en el objeto de la asociación por uno de los coasociados, aquel otro *sui generis,* especial de asociación, reviste la forma y toma el carácter ulterior de hecho constitutivo de *complicidad* en esta particular infracción, del cual son responsables todos los asociados aunque no hayan participado personalmente, y aun antes de llegar a su *conocimiento*, si por ventura el descubrió cuando no había tenido efecto la de la utilidad. *Singularidad* jurídica digna de tenerse en cuenta, porque estatuye un caso de complicidad en delito, del cual no se tuvo *conocimiento* ni hubo *voluntad* directa de cometerlo. Esta anomalía se admite sin injusticia, porque el conocimiento y la *voluntad generales* suplen aquí al conocimiento y voluntad *especiales*. El elemento moral de la complicidad procede del consentimiento general prestado y la participación en el *elemento físico* se suple con el impulso dado a la determinación del autor del delito, que más audaz avalora su decisión con el medio de la alianza convenido.

§ 282. No parece necesario advertir, que el acceso en día dado a una sociedad antes constituida, hace irresponsable al nuevo socio de los delitos cometidos precedentemente por los demás asociados. Semejante electo retroactivo a cargo del mero socio es inadmisible, porque éste no puede, sin caer en exageración pindárica, considerarse como concausa los delitos consumados por la asociación antes de su ingreso en ella, sin cuyo requisito el concepto complicidad es un imposible jurídico. Sí al nuevo asociado se le ha hecho partícipe de los beneficios resultantes de anteriores delitos, entonces aparecerá como encubridor (para mi *continuador*) de buena lógica no es posible calificarle de *auxiliador*, de *socio*, y mucho menos de *coautor*.

TERCER CASO

CONCURSO DE VOLUNTAD Y DE ACCIÓN

§ 283. Constituidos todos los partícipes de un delito en el teatro de la acción, las operaciones materiales de cada uno dan la norma directiva del correspondiente grado de imputación y las diversas figuras de aquéllos vienen principalmente a distinguirse y definirse por dicha norma. La consideración del *tiempo* al cual se refiere la participación *física* y *moral* en el reato, influye grandemente, porque el tiempo se relaciona con la imputación de la acción y en su virtud con la *gravedad* de ella.

§ 284. Debemos aquí distinguir los actos en tres series; *precedentes* al momento de la *consumación* del delito; *concomitantes* con los actos de *consumación*; *subsiguientes* a la *perfección* del maleficio.

§ 285. Si el *concurso de la acción* se da en los momentos *precedentes* de la consumación del reato, tendremos el *auxilio* o según los términos de la antigua escuela, la *complicidad en sentido estricto*. Si acontece momentos *concomitantes* de la consumación, tendremos los correos[1]. Si ocurre en los momentos *subsiguientes*, tendremos el *encubrimiento* el auxilio, según la varia cronología de la voluntad del participe. Tres son, por lo tanto, las figuras que se destacan en este tercer caso: el auxiliador, el correo y el encubridor.

§ 286. Consiste el auxilio en *cualquier acto realizado* o *prometido antes de la consumación del delito por otro, con cuyo acto se concurra efectiva, voluntaria y personalmente a aquel, sin intervenir, no obstante, en su consumación*[1]. Decimos *personalmente* para, distinguir el *auxilio* del *concurso moral*, se añade *efectivamente* porque la *eficiencia* del acto es elemento indispensable de la *complicidad*. La ciencia no admite *tentativa de complicidad*, como después demostremos. Y quien ejecute actos extraños o desprovistos de influencia material sobre el delito que otro esté cometiendo, aun verificándolo con el propósito de facilitar aquel delito, será un malvado imbécil, no el auxiliador. Por ejemplo, el que para ayudar a un envenenamiento tratase de fabricar un veneno y no lo consiguiera, no sería *cómplice* ni res-

1 La palabra italiana es *correitá*. (N. del T.)

1 Nuestro C. p. no admite esta distinción. Bajo el dictad común de encubridores comprende a los que auxilian (auxiletore) y los que encubren (favorreggiatori) según el lenguaje de Carrara. Véase C. p. de 1870, art. 16. (N. del T.).

ponsable de tentativa del homicidio consumado por medio de otro veneno; sus actos no habían logrado *efectividad* alguna sobre aquel delito.

§ 287. Se dice *voluntariamente*, porque una acción, siquiera resulte *eficiente* para el delito, no hace cómplice del mismo a su ejecutor, cuyo ánimo no la *dirigía* a semejante fin. Se agrega, finalmente, *sin participar en la consumación,* porque si el acto cooperativo sucede en ese momento, desaparece el *auxiliador* y se muestra el *correo.*

§288. *Correo* es una palabra tomada del derecho civil, en el cual se llaman *correos* las diferentes personas ligadas con vínculo solidario en una obligación cualquiera. Por analogía con esta primitiva significación se dicen *correos* a los que entre sí tienen conexión y toman parte en el delito en el momento de su consumación, cualquiera que sea la importancia de los actos ejecutados por cada uno. A este propósito se debe distinguir entre el momento de la *perfección* y el de la *consumación* del delito. En muchos delitos, el primero es ontológica y jurídicamente uno sólo; el en que definitivamente fué *violado* el derecho *objeto* del reato especial. Los momentos de la consumación (o actos consumativos) pueden ser muchos. Cuantos intervengan en ellos son *correos*. El verdadero autor será el que dá ser, al momento de la *perfección* del delito. Si la naturaleza de éste es tal que en ciertas especialidades admite más de un momento de *perfección* (como el hurto de un conjunto de cosas, ejecutado por varias personas, el cual queda perfecto con la *aprehensión* total de aquéllas), serán más de uno los autores o los coautores. Pero si admite tan sólo un momento de *perfección* (como el estupro), el autor será uno solo. Habrá *correos* por ejemplo, el que sujeta a la doncella; podrán concurrir *auxiliadores*, por ejemplo, el que introdujo al estuprante en la casa, pero *coautores* no, si hemos de ser exactos, por más que en la práctica la palabra autores se usa con mayor amplitud.

§289. Modernamente se pretende ampliar la denominación de *correo* casos al *autor psicológico,* como antes se quería extender la calificación de *autor principal* diciéndose al mandante *correo*. Pero si el delito ha de consistir en el *acto* externo único capaz de violar la ley, cuantos no participen físicamente y de modo principal en el hecho, no pueden llamarse *correos* el ejecutor físico, sin introducir la confusión en la tecnología científica. Son *accesorios* en el hecho de otro; este sería delito sin su concurrencia: su accesión sin el hecho del otro no lo seria. Considerar al mandante *correo* con el

mandatario, suponiendo al primero *igualmente obligado* que el ejecutor, es incurrir en petición de *postulado absoluto* la mera consecuencia discutible[1].

§290. Se destruye, por lo tanto, la demostración de esa reciente en cierto criminalista entendido. (Diario *La Temi, vol. VI, p. 481*.). Sostiénese la perfecta adopción del nombre de *correo* al mandante, porque son *correos* todos aquellos en los cuáles *existe la misma prioridad de obligación, en cuya virtud cada uno de ellos, si fuese sólo imputado*, sería *plenamente reo*. Fácilmente se percibe la falacia de este argumento recordando que el mandante no es deudor ante la ley penal por su *hecho propio*, sino por el *hecho de otro*. De tal suerte que si aislado el hecho de aquél, no queda obligación alguna, su figura será necesariamente *accesoria* de la del otro; será una figura distinta, por modo alguno idéntica, como lo es la acción *material* de la *psicológica*.

§ 291. Condición indispensable de la *primordialidad* es la de subsistir por sí. Todo aquello para cuyo sostenimiento es necesaria la concurrencia de otra cosa, no deja de ser *accesorio*. Pero el concurso moral del mandante no arguye responsabilidad por él delito instigado al sicario, mientras éste no lo haya ejecutado materialmente. Luego el último es el reo principal; el otro queda en la categoría de delincuente accesorio. Castíguese igualmente si bien parece, pero consérvese nomenclatura congénita naturaleza de los entes, sin adulterar el sentido ordinario del lenguaje para servir a una opinión.

§ 292. Si causa repugnancia no llamar *correos* o *coautores* a dos delincuentes castigados igualmente por la ley positiva ti causa de su participación en el mismo reato, igual o mayor repulsión se produce si son llamados *correos* o *coautores* dos sujetos penados diversamente por la ley. Luego si es cierto que mandante y mandatario son castigados con distinta pena cuando el mandatario procedió por *motivos propios* (C. t, art. 50), la noción del correo seria fluctuante, indefinida, variable *a priori*, si la aplicación del nombre de *correo* o *coautor* debiese servir de criterio para *igualar* la imputación. La ciencia en tal caso sólo podría determinar la noción a posteriori. Luego debe buscarse en el criterio ontológico. Han de estudiarse las cosas, y según las condiciones varias constitutivas de su ser, designarlas con *nombres*, distintos para construir un lenguaje exacto, y después, según los principios reguladores de la respectiva naturaleza, determinar las reglas particulares en

1 La noción de correo en materia penal se deriva a las veces de una indagación *a posteriori*, esto es, de ser *igualmente comprendidos en la responsabilidad* por disposición legal. Esto, no obstante, la noción exacta debe formarse *a priori*.

cuanto a cada una, sin curarse, por otra parte, de que dos cosas ontológicamente vengan a encontrar el resultado de una misma regla que a entrambas domina, y viceversa.

§ 293. La importancia del auxilio deriva de su mayor o menor *proximidad* al acto de la *consumación*, y según aquélla, así se distingue en *próximo* y *remoto*. Naturalmente se comprende que la imputación del *auxilio* deberá graduarse a tenor de su *cantidad física*: mayor en el *auxilio próximo*, consistente en actos poco lejanos de la consumación del delito querido: menor en el *remoto*, cuyos actos distan más de aquélla, pero advirtiendo siempre que para el juicio de esa *proximidad*, los actos han de pesarse más bien que *contarse*. Hay semejanza entre la *cantidad del conato* y la *cualidad* de la *complicidad*. El criterio revelador de la *proximidad* o el *alejamiento* en el simple *auxilio*, puede ser análogo al ideado para diferenciar el conato *próximo* del remoto. Es indispensable apreciar el acto constitutivo de la complicidad. Si este acto se liga con los momentos de la *consumación*, más fácilmente se dirá *próximo*: por ejemplo, el veneno o el puñal que debían matar, fueron a ciencia cierta suministrados. Si se liga con los actos meramente *ejecutivos*, entonces el *auxilio* será remoto; por ejemplo, se proporciona la escala para penetrar en la casa robada. Esto es lógico, por cuanto la influencia de un acto se ejerció sobre la consumación, y la del otro sobre los actos precedentes; el cómplice, hasta cierto punto, se transporta al lugar y al momento de la acción sobre la cual su acto tuvo *eficiencia*. Pero en todo caso el criterio no es infalible y depende, en gran parte, de las circunstancias especiales.

§ 294. Asimismo, parece indiscutible la regla de la igualdad de imputación de todos los partícipes *correos*, en cuanto toca la medida derivada del hecho, sin tener en cuenta lo *ejecutado* por cada cual en la consumación misma, porque esto constituye un accidente que no destruye la individualidad del acto criminal en cuya realización todos pusieron manos conjuntamente.

§ 295. También puede admitirse como regla fundada en justicia, la disminución de la pena aplicable al mero *auxiliador* respecto del *autor*, sea aquel *próximo* o *remoto*. En el delito la obra del auxiliador muestra *fuerza moral* igual a la del autor principal, pero *fuerza física menor*, sería injusto parificarlos en la pena. Tal es la verdadera y única razón de diferencia de imputación entre el *autor y auxiliador*; no ya la consideración de los *motivos* de delinquir, presumibles de mayor cuantía en uno que en otro; porque esta presunta disminución de interés es una conjetura arbitraria y variable, insu-

ficiente además para servir de base a un canon constante de la justicia. La parificación en la pena del *auxiliador con el autor,* si bien mantenida en el C. f. la reprueban generalmente los mejores criminalistas modernos entre ellos algunos franceses. El argumento de CREMANI (*lib. XI. cap. IV, § II*) al suponer que sin el concurso del auxiliador no habría probablemente el autor consumado su delito es de escasa importancia; y es de otra una hipótesis falta de sólida base para fundar una regla general. Tampoco vale el argumento de SCHROTER atribuyendo la *casualidad* el más o el menos de cada uno en la acción criminal. Podrá utilizarse la observación si se trata de participes, que todos intervienen en los momentos de la consumación, pero en el caso del *verdadero auxiliador* (esto es; a quien se achacan actos *ejecutivos* del delito precedentes al comienzo de los actos consumativos), es arbitraria atribuir a la casualidad la ejecución de unos y no de otros. Tenemos el hecho; pues debe presumirse siempre que el hecho y el no hecho proceden de la voluntad de hacer o no hacer. No hay certeza posible respecto a la decisión de sepultar un puñal en el pecho de un hombre por parte de quien suministró el arma con anterioridad sin asistir al asesinato. ¿Cómo afirmar aquí la influencia decisiva de la casualidad: KLEINSCHROD reduce la cuestión a términos más simples, cuya sencillez vale por cien disertaciones. El *auxiliador,* dice, ha de ser castigado con menor pena que el autor, porque éste ejecutó *todo el delito*, mientras el primero sólo ejecutó *parte*.

§ 296. Luego persistiendo en este criterio, si el *auxilio* fué tal que *sin él* no podía *absolutamente* cometerse el delito, puede cesar la regia de la imputación desigual, porque esta preponderante influencia del auxilio en el delito restablece el equilibrio entre aquellas dos fuerzas y hace del auxiliador una *causa determinante* del delito. (Véase el C. t., art. 57). Esta regla, debo advertirlo, justa e incontrastable considerada en abstracto, se convierte en espinosa e indefinible al aplicarla concretamente.

§ 297. Importa ahora, ocupados como estamos en el punto del concurso de *acción*, *definir* los actos exigibles para establecer *complicidad*. Tomamos la palabra acción en su más amplio significado. Así es, que puede haber concurso de *acción* hasta en un hecho *negativo*, en una mera *omisión*; en la *presencia* cuando la *omisión* o la *presencia* estaban voluntariamente *coordinadas* para facilitar el delito y *realmente* lo facilitaron. El que vigile la calle mientras su compañero roba la casa; el presente en la muerte consumada por su colega con el fin de acrecentar su valor; el criado que deja de cerrar la puerta para que sus amigos puedan robar la casa; el doméstico sordo a los gritos de su amo asesinado; por compromiso anterior de crear obstáculos,

todos ellos son *cómplices* respectivamente del homicidio o del robo, y lo son por *concurso* de *acción*. Auxiliando mediante acto corporal á la *acción* de su socio la convierte en propia, y su obra, si bien *negativa*, se torna *positiva* respecto al delito, porque positivamente coadyuvan[1].

§ 298. El *acto negativo* puede servir de concurren la acción si se precisan *tres extremos*: 1. *Eficiencia* del acto negativo sobre la consumación del delito. 2. *Voluntad directa* de producirlo con aquel fin. 3. *Manifestación* tácita o expresa de dicha voluntad al autor principal. Si se da la *eficiencia* la voluntad no hay cómplice: será un concurso de acción sin concurso de voluntad. Patente la *voluntad* sin la *eficiencia*, falta a la voluntad sin objetivo el concurso de la acción. Si, por último, se determinan la mala *intención* y una *eficiencia* eventual sin acuerdo con el autor del delito, faltará el vínculo ideológico entre la intención del culpable y el pretendido auxiliador, desapareciendo también la noción de la complicidad.

§ 299. Escapa, por lo tanto, a la responsabilidad del cómplice, el que se mantiene impasible presenciando como curioso espectador el homicidio, siquiera su inacción facilite eventualmente la muerte, porque el asesino interpretó su presencia como auxilio y la víctima lo creyó socio de su agresor, debilitando de esta suerte su defensa. Elude también el delito de complicidad el que, escondido, *sin saberlo* los combatientes, abriga la intención de correr en auxilio del asesino si tuviera necesidad de ello. El acto del primero tuvo cierta eficacia, pero le faltó el extremo de la voluntad para establecer un vínculo criminal con la acción; el acto del segundo muestra la *voluntad*, pero careció de *eficiencia* porque, desconocida su presencia, ni aumentó el ánimo del agresor ni infundió miedo en el agredido; el uno será inocente de mal augurio, el otro malhechor afortunado; ninguno de los dos cómplices del homicidio. Finalmente, la noción de la complicidad no puede adaptarse al caso de un sirviente, que irritado contra su amo, deja abierta la puerta de cualquiera de sus casas con la esperanza de que cualquier ladrón se introduzca y robe, vengándose así de aquél. Si de hecho los ladrones penetran y roban, mediará de parte del criado un acto *eficiente* del robo ejecutado con *mala intención*; jurídicamente, sin embargo, no es posible determinar una *complicidad* entre dos personas que no se han visto ni conocido acaso. Si el acto intencional de este sirviente se quiere penar, se le aplicará un *título* que *aisladamente* le comprenda.

1 Háse disputado sobre si los romanos admitieron complicidad por acto negativo. Para sostener la afirmativa no parecen concluyentes la ley 109, *ff. de reg. juris*, ni la 45 *ff. ad leg. aquil*. relativa, sin duda alguna, a la mera responsabilidad civil.

§ 300. Seria, por lo tanto, una ilación aventurada deducir *complicidad* de la mera presencia, sin el apoyo de otras circunstancias demostrativas de la *intención* hacia el delito y sin el *acuerdo* de voluntades. El T. de C. de Francia (cons. DALLOZ, *palabra Complicité*, pág. 263, *ed. belga*) decidió que un hermano, pasible espectador del homicidio cometido por su mano, no podia reputarse cómplice del mismo. Admitida la nuda *presencia* como *hecho* constitutivo de participación en el delito, se aprecia la duda bajo el mero aspecto de la acción, presuponiendo comprobado el elemento intencional. Pero éste exige demostración patente, la cual debe ser más completa, especialmente cuando se trata el difícil asunto de sostener la complicidad en una *tentativa* de delito.

Surgen entonces dos problemas gigantescos: el juez ha de conjeturar de los actos del uno su intención especial dirigida al efecto más grave no conseguido; y de la inercia del otro ha de conjeturar también que presumiese el ánimo de su compañero y quisiera prestarle ayuda. Cuando la justicia camina sobre estás telas de araña puede evitarse un movimiento de pavor.

§ 301. La teoría de la complicidad por actos *negativos* requiere importantísimas distinciones, porque el delito de otro se puede facilitar con meras *omisiones* de dos maneras sustancialmente diversas. Interrumpiendo determinada acción posible de nuestra parte, cuya inejecución ha *facilitado* el delito, como si el sirviente con no cerrar cuidadosamente las puertas ha hecho accesible la entrada al ladrón, o interrumpiendo un acto, que ejecutado habría impedido el delito.

§ 302. Sobre la primera categoría de omisiones no cabe seria disputa: la acción omitida asume el carácter de *medio* de ejecución, aunque en sí no constituya el hecho criminal. Luego la cuestión recae enteramente sobre conocimiento o la falta de éste. Si quien dejó la puerta abierta no conocía la posibilidad de que por allí se introdujesen los ladrones, mal puede ser considerado sospechoso de complicidad: nadie quiere lo desconocido, v sin voluntad no existen cómplices. Será una negligencia imputable como hecho subsistente de por sí, cuando se determine como falta en el ejercicio del cargo. Por el contrario, si la omisión se encaminó mente a facilitar el delito, resulta clarísima la noción de la complicidad por concurso en la *acción*, siempre que exista el acuerdo, como antes dije.

§ 303. La disputa se origina sobre la segunda categoría de *omisiones*, es decir, aquellas que no han creado una *materialidad facilitadora* del delito,

pero hicieron que la criminal ejecución no se interrumpiese como podría haberse conseguido. Esta segunda forma de omisión se resuelve en tres casos: 1. Falta de *amonestación* al culpable. 2.º Falta de *oposición física*. 3. Falta de denuncia preventiva del delito, cuya voluntad de cometerlo era conocida.

§ 304. En todos estos casos surge la duda de no obstante ser *conocido* el delito, que se intentaba cometer y la posibilidad de impedirlo por cualquiera de los tres medios enunciados, somos responsables de complicidad por no haber procurado evitarlo. Procede la duda de la imposibilidad de unificar aquel conocimiento, y la falta de oposición con la *voluntad* o por lo menos con el *deseo* de ver realizado el delito[1].

§ 305. En la solución del problema tocante a si el no *amonestar*, *detener* o *denunciar* (pudiendo hacerlo) el delito de otro, constituye o no elemento de complicidad, las opiniones de los jurisconsultos y legisladores andan muy discordes. Unos prescindieron del no *amonestar* ni *detener*, admitiendo como excusa la aprehensión del propio peligro, pero consideraron imputable la omisión de *denuncia*. Otros, valiéndose de una distinción empírica, enseñan, que no es imputable la omisión de *denuncia* en los delitos menores, pero debe serlo en los *mayores*, y muy especialmente en los dirigidos contra la seguridad del Estado, doctrina aplaudida por los Gobiernos absolutos.

§ 306. Todos los criminalistas afectos a mantener la exacta noción de las cosas, observan con justicia, que quien prescindió de *denunciar* o *impedir*, no es cómplice del delito por la incontestable razón de la falta de *voluntad* determinada hacia aquél, pudiendo acaso haber dejado de impedirlo por causa de temor u omitido denunciarlo por piedad o por decoro. La complicidad en un delito *no querido* sería un absurdo lógico y jurídico. Se podrá disputar sobre la conveniencia de imputar la omisión como delito *sui generis,* no acerca de la complicidad resultante de la misma. Bajo cuyo punto ha adquirido modernamente cierto crédito la doctrina llamada de *solidaridad defensiva de todos los ciudadanos*, por la cual se impone deber para la prevención de los delitos, suponiendo el derecho en los coasociados a que

1 La cas. de Francia, que en muchas ocasiones había admitido el principio de la no complicidad en la *simple inacción* quien se abstuvo de *impedir* un delito cometido vista por otro, o de cuyo intento tenía conocimiento (30 XI 1810, 13 III 1812, 27 III 1846, 15 XI 1847), ha dado notable sanción a este principio, aplicándolo recientemente (16 XII 1852) a un militar condenado a muerte; porque no había impedido la grave insubordinación de un compañero, consumada a su vista: será, dice el Tribunal, una falta en el desempeño del cargo, *complicidad* no.

cada uno los prevenga (pudiéndolo hacer) por medio de sus fuerzas propias, cuya omisión viola aquel deber y constituye la lesión de ese derecho.

§ 307. El principio de la *solidaridad civil* en su aparición histórica, se manifestó al proclamar la obligación de los Municipios de responder por los daños derivados de los delitos que se cometiesen dentro de su término; principio significado con la fórmula de *fidejussione universali*, o como sostiene MITTERMAIER, *De fidejussione mutua*. FUERRBACH y KRUSEMAN en sus disertaciones *De universali fidejussione* y *De fidejussione universali civium* lo discutieron con gran riqueza de erudición. Un desenvolvimiento, o mejor dicho, una mitigación de ese principio fué la idea de constituir responsables, no ya a todos los vecinos del término, sino a aquellos, sólo, que pudiendo impedir el delito, no lo hicieron. Las Cortes españolas aceptaron la idea en el P. de. C.p de 1821, art. 494, opinión censurada por la Cámara de Castilla en sus observaciones al P., pág. 59. Nuevamente se ha reproducido en el P. portugués de 1862. La conveniencia de semejante principio, discutible siempre en un pueblo regido por libres instituciones y avanzado en civilización insostenible en un Gobierno, absoluto.

Piensa KRUG, que la impopularidad de las leyes referentes al castigo de la omisión de denuncia, procede de haber los legisladores impuesto la obligación de denunciar tan sólo en los delitos políticos; generalizadla, dice, y se hará popular. Abrigo dudas sobre el cumplimiento de ese vaticinio. De otra parte, la cuestión es de *principios* no de *favor*, y admitida ha de generalizarse. Como es positivo también, que si se pretende hacer de ella un *delito especial*, no por eso podrán atribuírsele los caracteres de la *complicidad*. La aceptación del principio de la solidaridad civil la extensión tolerable que pueda dársele, para determinar en el *silencio* y en la *inercia* un hecho criminal, es materia pertinente al asunto actual. Nos basta recordar para el caso, que la utilidad y aun la racionalidad de imputar como delito ciertas omisiones, no son bastantes a contrariar la naturaleza de las cosas y a hacer proclamar como verdad una *repugnancia*. Y existe absoluta entre la noción de la *complicidad* en un delito y la deficiencia de *voluntad* directa hacia el mismo. Podrá decirse: quien no denuncia ciertos delitos, de los cuales tiene conocimiento, viola un deber cívico y merece represión penal: mas no es sostenible, que la omisión de denunciar lo constituya *cómplice*, a menos de admitir la presunción exagerada de que quien *no denuncia* el delito *desea* y *quiere* su realización. Fué, por lo tanto, equivocada la opinión de los

antiguos al admitirla complicidad por *reticencia*[1]. Más errónea es todavía la opinión de STUBEL. (*De corpore delicti*), el cual no vaciló en enseñar, que la omisión de denuncia por parte de quien tuviese conocimiento de un delito próximo a cometerse, lo constituye en *coautor* del mismo. Equivocado anduvo SCHROTEK calificándolo de *cómplice culpable* por lo menos. También, se invoca fuera de lugar la autoridad de CICERÓN (*De officiis 1, 7*) *injustitiam etiamesse eorum qui injuriam ab iis quibus infestur, si possint non propilsant*. Pudo muy bien CICERÓN como moralista, una injusticia en el acto de no socorrer a nuestro semejante en peligro, pero no dijo que la inercia nos haga responsables del delito por otro cometido, ni hubiera podido decir, que callando se quiera, o que sin querer se conviene en la *sociedad* criminal. Menos apartado de la verdad anduvo TITTMANN, determinando en el no impediente ni denunciante, no ya los caracteres del *autor* o del socio, sino los del *fautor*. Se puede ser *fautor* de un delito aun sin haber querido ni querer el delito mismo, cuando conociéndolo se favorece su ocultación en daño de la justicia. En este sentido no sería repugnante hallar cierta conexión de responsabilidad entre el culpable y el reticente; la cuestión, entonces, quedaría reducida a examinar la conveniencia de admitir un *encubrimiento negativo*.

§ 308. He de notar en último término la insania de cierta solución dada por algunos a la presente controversia, sosteniendo, que la complicidad no nace de la *presunta aprobación* (¡) del delito, sino del precepto de la ley, la cual al mandar la denuncia ha convertido en participe del delito a quien no cumpla con sus disposiciones Con semejante procedimiento es fácil la solución de todos los problemas, pero al usar de él se destruye la ciencia, cayendo en el absurdo de buscar el principio de la justicia en el derecho positivo. No se indaga en la ciencia cuáles sean las disposiciones[1] del legislador terreno; se estudia, por el contrario, lo que el legislador deberá decidir sin menosprecio de la razón y sin agravio de la justicia.

§ 309. Llegados a este punto, debemos volver nuestra vista por un momento a las nociones referentes al segundo caso, para evitar así cierta

1 Véanse a este propósito GLUNDING Singularia ad legem majestatis, cap. 4, de jure puniendi silentium; TESCHEMAKER *De jure silentii*. cap. 4 § 5; VINCKLER *De crimine omissionis*. lipsia, 1792. §§ 5 y 6; RANDIWCK *De reticentia*, *Trajecti* , *1899*; BOHEMER, *Medit, in Const. ad. artic. 177, § 7*. Entre los antiguos sostuvo el delito llamado de reticencia BARTOLO, combatido duramente por BALDO, que con superior ingenio dialéctico demostró la imposibilidad de definir como delito el callar: la doctrina de BALDO fué seguida por ALCIATO, CONNANO, HUNIO, WISSEMBACH, TULDEN. MYNSINGER y otros. Todos, empero, trataron la cuestión desde el punto de vista especial de *lesa majestad*, y ninguno la generalizó como se ha hecho modernamente.

1 Verdaderamente este sentido podía atribuirse al título especial de delito que nuestro C. de 1850 definió en el art. 163 afortunadamente omitido en la reforma de 1870. (N. del T.)

dificultad, que podría confundir la inteligencia. Expuse, que la *palabra* (*hablada o escrita*) representaba la orden, la coacción, el mandato, el consejo, la sociedad, cosas todas de mero *concurso moral*. Mas no ha de creerse para ella, que la *palabra* produce siempre el *concurso moral* tan sólo. Es indispensable distinguir entre la *palabra*, cuya acción se ejerce simplemente sobre la *voluntad* del autor físico y la palabra en la cual se exterioriza un principio de *ejecución*.

En esta segunda hipótesis constituye en aquélla verdadero concurso de *acción*, no ya en los delitos consistentes en palabras o escritos, sino en todos los demás posibles. Cuando se dice a otro: envenena, roba, mata y cosas semejantes comunicado a la *voluntad* de quien *obrar*; luego no es principio de ejecución. Pero al decir al farmacéutico cuando preparad el veneno; cuando insidiosamente se induce a la doncella a trasladarse donde el raptor la espera: cuando con palabras traidoras encamina a la víctima al lugar donde el enemigo aguarda para matarla, no se da *impulso* a la *voluntad* del agente; se comunica directamente a la *acción*. Distinción sutil, pero exacta, por cuyo medio se deslinda el caso en que la palabra expresa el mero concurso *moral*, del en que constituye el concurso físico. En estas y parecidas hipótesis la *palabra* no se reduce *medio* empleado para determinar la voluntad del *agente*: es un *medio* dirigido a determinar *físicamente* la *acción*, un acto *externo* necesario a la *ejecución* del delito y a virtud de esas palabras, quien la profiere se convierte en auxiliador tal vez en *correos*. Otro tanto acontece en los crímenes consumados por medio de la palabra, como la blasfemia, la injuria, la conspiración y demás análogos. Conviene, en suma, distinguir entre la palabra *excitadora* del ánimo del ejecutor, cuyos términos representan el mero concurso en la fuerza moral del delito, de la palabra *ejecutiva*, que constituye los términos del concurso en cuanto a la fuerza física.

§ 310. Si de otra manera aconteciese, tendríamos casos de *coeficiencia* dolosa de imputación. El que sabiendo el peligro inminente de la víctima señalada la instigase a ejecutar actos, cuyo efecto fuese precipitar la consumación del delito, no sería mandante ni consejero, pues ni el consejo ni el mandato se contraen a la víctima del crimen, y aún podría no ser tampoco socio en el delito. En tales casos es necesario considerarlo como partícipe de la acción, y lo es en verdad, porque el hecho ejecutivo de su *palabra* entró en la serie de los actos *ejecutivos* del crimen al igual de la mano, que lanzó al infeliz en el precipicio. La palabra no fué *excitadora* del delito, fué *ejecutora* del mismo.

§ 311. Hemos dicho que los actos subsiguientes a la consumación del delito podían desenvolver la noción del *auxilio* o la del *encubrimiento*, según la cronología de la voluntad de quien las puso en juego. Aun siendo posteriores al cumplimiento de la obra criminal, si fueron *prometidos* o *concertados antes de la consumación del delito*, se retrotraen a causa del *conocimiento anterior*, y constituyen propio y verdadero *auxilio*. *Materialmente* adquieren realidad estos hechos después del delito, pero *intelectualmente* existían *antes*, porque el delincuente calculaba sobre ellos como cosa cierta por el pacto inicuo con el otro celebrado. El que convino en comprar la capa antes de ser robada; el que ofreció al homicida los medios de salvarse después de perpetrada la muerte será cómplice del hurto o del homicidio, siquiera i recaigan sobre hecho ejecutado. Si *materialmente* existieron esos actos después del delito, *intelectualmente* existían antes, a causa de la *promesa* y del *conocimiento interior,* que de ellos tuviera el delincuente. Su *realidad intelectual* anterior al delito *sobre la ejecución* de éste, porque el autor principal decidió más fácilmente a cometerlo, o como estiba de hallar un sitio donde esconder objetos; o un medio seguro *de salvarse a si propio.* Por tal manera, la *ocultación* de las *personas* de los *instrumentos* o de los *objetos,* con ser posteriores al delito si *anteriormente* había sido *concertada* se convierte en *causa* del *delito* mismo.

§ 312. Pero si los actos *posteriores* al delito no son consecuencia de *acuerdo anterior,* es generalmente absurdo aplicarles la idea de la *complicidad* no existe *causa* posterior al *efecto*, lo mismo en su existencia *material* que en su realidad *intelectual*. En semejantes casos se produce un delito de por sí subsistente, llamado *encubrimiento*[1].

§ 313. El *encubrimiento*, por consecuencia, ocupa un Jugar en la teoría de la *complicidad* por razón de analogía, no por causa de pertinencia. Es una ligera adherida, mejor que *conjunta*, al delito consumado. Puede definirse, según la idea del C. t. derivada de las modernas elaboraciones de la ciencia, *un acto externo idóneo, mediante el cual, con conocimiento y después de la consumación, del delito, pero sin acuerdo anterior y sin llevar el delito mismo*

1 Aunque los términos de nuestro C., arts. 15 y 16, no son tan explícitos como fuera de desear, sin embargo, la interpretación más propia de ellos páretenos que debe estar conforme con las doctrinas de CARRARA sobre este punto. La complicidad, dentro de nuestra Ley penal, exige dos elementos principales: 1. Cooperar a la ejecución del delito por medio de actos. 2. Estos actos han de ser anteriores o simultáneos a aquél. El encubrimiento, por el contrario, exige tres elementos expresamente previstos: 1. Conocimiento del delito. 2. Falta de participación en el bajo de concepto de autor o cómplice. 3. Intervención posterior a la ejecución del mismo por medio de actos referentes a las personas culpables, a las cosas o a los instrumentos del delito. (N. del T.)

a consecuencias ulteriores, se ayuda a sus autores para asegurar el provecho criminal resultante o eludir las investigaciones de la justicia.

§ 314. Decimos, con *conocimiento*, porque no es suficiente la idoneidad accidental de un acto para favorecer a un culpable, si se ejecutó *sabiendo* el delito y con el propósito de ayudar al delincuente. El conocimiento debe ser anterior al acto constitutivo del *encubrimiento*, sin que pueda sustituirse por la mera *sospecha*.

§ 315. Se añade, después de la *consumación, pero sin previo concierto*, porque si el favor se prestó antes de aquélla, o si procedió el acuerdo, nace entonces, como va se ha visto, el *auxilio*.

§ 316. *Agrégase, sin llevar el delito a ulteriores consecuencias*, pues de otra suerte tendríamos la continuación del primer delito, esto es, una *participación* verdadera en el mismo. Por este motivo los criminalistas autorizados persisten todavía en sostener, que el receptador o adquirente doloso de cosas hurtadas, no es simple *encubridor*, sino *participe* real del delito de hurto, porque con sus actos consuma una *violación ulterior* del derecho de propiedad[1].

§ 317. Dícese, *para asegurar el provecho criminal*, a fin de incluir en el encubrimiento cualquier modo con que se ayude al culpable, una vez acabado el delito, a obtener la ventaja de él esperada. Añádese, finalmente o *para eludir las investigaciones de la justicia*, con el objeto de comprender en la noción del encubrimiento cuanto se ejecute coadyuvando al *interés* o la *seguridad* del delincuente respecto de las investigaciones de la justicia, impidiendo a ésta la prueba del crimen, la recuperación del cuerpo del delito, o la detención del criminal consumado aquél[2].

1 Véase mi escrito sobré la *receptación de cosas hurtadas*. *Opúsc*. vol. 3

2 Esta idea, que expresa el fin de *salvar al delincuente* de las persecuciones de la justicia, prevalece en la denominación usada por los españoles para indicar los fautores: *encubridores* (Véase ZÚÑIGA, *Práctica judicial*, vol II, p. 433. Más amplio concepto expresan los portugueses con la palabra adherentes (a).

(a) El concepto de los receptadores o encubridores en nuestra antigua legislación, y según los prácticos, era limitado, no sólo por razón de la materia, sino respecto a los entes objeto del encubrimiento. Las leyes 7 y 8, título 18 de la N. R., hablan tan sólo de la receptación de bandidos y salteadores; la ley 18, tít. 14, Partida 7.ª, parece referirse a los encubridores de ladrones, y la 3.ª, título 27 de la misma partida. castiga con pena de muerte al encubridor o receptador de asesinos de cierta especie. La ley penal moderna, C. de 1850, reformado en 1870, contiene un precepto más comprensivo y exacto. Véase la nota al párrafo 312. (N. de T.)

§ 318. En la antigua escuela se distinguía la *receptación* criminal, en receptación de frutos del delito, por ejemplo, comprando o escondiendo las ropas hurtadas; receptación de objetos pertinentes al delito, por ejemplo, armas, troqueles falsos de la moneda y otros, y receptación de personas delincuentes. Y a la par que los criminalistas todos, enseñaban la inimputabilidad política del simple *elogio* o aprobación del delito ya cometido, admitieron, por el contrario, la responsabilidad penal de las tres clases de *receptación* mencionadas. El principio es justo, porque siendo esas receptaciones *intrínsecamente inmorales*, son además, políticamente imputables a causa del *daño* que producen a la justicia pública, y por el *influjo* directo, que la esperanza de hallar encubridores, aumentado por la impunidad de los mismos, puede ejercer sobre la determinación criminal. Justo era imputarlas, pero erróneo aplicarles la regla de la *complicidad*.

§ 319. La palabra *receptación* no expresaba suficientemente todos los casos de criminal *favor*, pues aun sin esconder *cosas* u *hombres,* cabe *favorecer* al delincuente con actas subsiguientes al delito, por ejemplo, embriagando o eludiendo a los esbirros que persiguen al reo: engañando a los centinelas y otros casos análogos. Esta es la noción admitida por el C. t. (art. 60 §.1), el cual en conformidad a los principios proclamados por la ciencia, respecto a los *simples encubridores*, impuso penas levísimas, cuya medida no guarda relación alguna con la pena infligida a los *autores* del delito. La razón es obvia; este acto se enlaza con el delito ya consumado como mera accidentalidad, en la cual no se descubre fuerza alguna *directora* o causante del delito. Acaso por este motivo, muchas legislaciones pudieron sin peligro, prescindir de los *hechos* de favor no *habituales*, extraños a la *continuación* de la violación del derecho, considerando más bien como consecuencia de un laudable y generoso espíritu de humanidad, que como efecto de tendencia criminal.

§ 320. El C. t. no lo entendió así. Castiga indistintamente cualquier acto no habitual y sin previo concierto, con el cual se ayude por el estímulo de la remuneración, por sentimiento de afección o piedad a la fuga del reo o a la ocultación del delito: acaso se tiende a convertir a los ciudadanos en delatores en provecho de la justicia. El C. unificó los casos de mero *favor* a la *persona* del reo y de ayuda prestada para *asegurar el beneficio criminal*, aunque en ambos sean totalmente distintos el *afecto* y el *efecto*. Mostrose excesivamente severo contra todo acto de piedad, y fué benigno con la codicia y el interés. De hecho, prevé después el caso especial del que *recibe a sabiendas en custodia cosas robadas*, y lo castiga en el artículo 428 *menos*

que al *encubridor*. Por manera, que el comprador a sabiendas de cosas robadas no puede ser castigado a más de un año de cárcel mientras el que ayuda al ladrón a esconder o depositar en poder de otra persona las cosas robadas, llega a merecer hasta dos años de cárcel (art. 60). De cuya singular diferencia, francamente, no encuentro el secreto motivo.

§ 321. Notaré un solo hecho: mientras las leyes romanas llamaron a los receptadores *pessimum genus* (*Ley I. ff. de reccptatoribus*) y muchas legislaciones han hecho de la receptación de *cosas furtivas* un caso especial para castigarlo *más duramente*, hasta la exageración a veces C. f. art. 62, el nuestro, además de calificar este hecho como un simple *favor*, no obstante sus caracteres distintos, se muestra benigno con los compradores dolosos de aquellos objetos, y ha hecho de ello un caso especial para castigarlo con pena *menor*. Largamente tengo expuesto mi modo de pensar a este propósito, en el discurso sobre *receptación* de cosas furtivas; mi idea es la siguiente: es un error capital construir un delito contrario a la *verdad*; la verdad del *título* ha de buscarse en la *inclinación* del delincuente cuando el excede al afecto. Por lo cual, no puedo me a buscar el título del *encubrimiento*, cuyo especial concepto es el ánimo de proteger a los culpables de un delito ya consumado, o eludir investigaciones de la justicia que los persigue; en el hecho de quien sin acuerdo alguno con el malhechor, sin afección hacia él u hostilidad contra la justicia, pero movido de propio interés concurre con acto doloso a la *continuación*, o *continúa él mismo en propio provecho* la violación del derecho atacado ya por la consumación del primer reato. Todos aquellos en quien se dan tales condiciones, no pueden llamarse meros *encubridores*, ni ser imputados únicamente a tenor del perjuicio efectivo o potencial causado por ellos a la justicia punitiva. Debe establecerse una clase especial conforme a la índole de su propósito criminoso y a la necesidad de represión más enérgica. Dicha clase es la de los *continuadores* del delito.

§ 322. Pero, ¿constituye límite del *encubrimiento* la *comunicación de voluntad* con el delincuente? El mismo acto de favor puede ejecutarse a *solicitud del culpable* o por *espontáneo* impulso de piedad *sin saberlo aquél*. ¿Deberá igualarse este segundo caso con el primero? En el terreno del derecho constituido engendran dudas las frases *ayuda prestada al delincuente*. En el terreno constituyente repugnaría que una voluntad criminal se considerase *accesoria* de otra, cuando entre las dos inteligencias no medió comunicación alguna. Ciertamente, el criado que, por mala voluntad hacia él amó dejó abierta la puerta de la casa con la esperanza de que un ladrón penetrase en ella, no puede, a pesar de su perversidad, decirse *auxiliador*

del ladrón, al cual no vió, ni con el cual tuvo relación alguna, siquiera mediata, porque el *auxilio* ha de considerarse como accesión del delito principal. La repugnancia notada se disipa en el *encubrimiento*, que se reputa delito subsistente de por sí. Bajo este punto de vista, parece admisible la responsabilidad penal del que borró los vestigios del delito por otro cometido con el propósito de eludir la justicia, aun cuando lo haya ejecutado espontáneamente *sin saberlo* el delincuente y sin acuerdo con él. No me parece aceptable la opinión de WOLTHERS (*p. 146* § 5), que reputa necesaria para el *encubrimiento* de un delito la intervención de un acuerdo posterior a la consumación entre el autor o auxiliador del maleficio y el encubridor: *in fautore delicti adesse debet aliqua cum auctore intelligencia, post delictum peractum exorta*. Reconocido el objeto del encubrimiento en el daño a la justicia, cuyas operaciones se dificultan, la eficiencia del hecho no se modifica por la anuencia o la ignorancia del autor favorecido: el dolo especial del encubrimiento se mantiene íntegro si contiene la intención de sustraer un delincuente a la acción de la justicia. La conexión se presenta con el hecho, no con la persona.

§ 323. Pretenden otros hallar un encubridor en el propagandista del libelo famoso ya publicado, verdaderamente autor de libelo famoso, según la noción más exacta de este reato, cuya consumación consiste no en formular el escrito infamante.

§ 324. No atino cómo se abrigue duda sobre la limitación que la ciencia penal y la moral misma establecen, en cuanto al *encubrimiento* en el caso de ejecutarlo *parientes* cercanos del culpable. Cuanto pariente próximo del reo haga para salvar a éste de la pena, bien *ocultándolo*, bien destruyendo los *vestigios* del delito, si no se dan los caracteres especiales de otro delito puede castigarse por el delito de encubrimiento sin poner la ley civil en sacrilegio antagonismo con la ley natural[1].

§ 325. La circunstancia de prestar el auxilio a un cómplice del delito o al autor principal del mismo, es indiferente en la noción del *encubrimiento*; el cómplice no deja de ser delincuente y no debe ser objeto de favor algu-

1 Nuestro C. vig., art. 17, exime de las penas impuestas a los encubridores, a quienes lo sean de sus cónyuges, ascendentes, descendientes, hermanos naturales y adoptivos o afines en los mismos grados, con excepción de los que se aprovechen por si mismos o auxilien a los delincuentes para que se aprovechen de los efectos del delito, que es el caso previsto en el art. 16, § 1. Por donde se ve que la excepción a que el autor alude resulta admitida, mas no en todas sus partes, pues aún resta un título de encubrimiento no obstante tratarse de próximos parientes del culpable, en lugar de definirse un título especial de delito como CARRARA sostiene. (N. del T.)

no con agravio de la justicia. Más grave cuestión se suscita en el caso de auxilio a un imputado, favoreciendo, por ejemplo, su fuga, aunque luego obtenga veredicto de inocencia. Tenemos de una parte la letra de la ley y la observación de que no se ha favorecido a un *culpable*. Está de la otra el interés público de dejar libre el curso de la justicia, que el particular no debe dificultar anticipando los juicios.

§ 326. Recapitulando la descripción de los diferentes casos de participación en el delito de otro, vengo al resultado siguiente: los codelincuentes han de distinguirse en varias categorías para llegar a la noción exacta de cada uno.

1. ª *Motares* del delito: los que lo excitaron con himple impulso moral sobre el ánimo del ejecutor. Refiérense a éstos los *socios*, esto es, aquellos que habiendo formado con otros delincuentes un pacto de alianza para el lucro, sin intervenir o cooperar materialmente en el delito, influyen sobre éste a causa del impulso comunicado a la voluntad de los autores.

2. ª *Auxiliadores* o concurrentes material y conocidamente a los actos *propios* o *ejecutivos* del delito, con voluntad dilecta, pero sin intervenir en los actos *consumativos*.

3.ª *Autores* que intervienen personalmente *en los momentos* de la *consumación* del reato, los cuales, si son muchos, han de distinguirse con rigurosa exactitud en *coautores* y *correos*, según que coadyuvaron o no al acto constitutivo de la *perfección* del delito.

4.ª *Continuadores*, los que tomando pretexto de un delito *ya consumado* por otro, continúan de cualquier manera repitiendo la *vinculación del derecho* mismo ofendido es por el delito consumado.

5. ª *Receptadores,* en puro sentido del vocablo romano, o sean los que *habitualmente* prestan asilo delincuente u ocultan los objetos procedentes del crimen.

6. ª *Encubridores*, los que sin repetir la ofensa del derecho violado con el delito, y sin previo acuerdo con los delincuentes, les prestan asistencia de para impedir el descubrimiento del uno y el castigo de los otros.

§ 327. La fórmula a la cual, y según mi modo de ver, conduce esta clasificación a la justicia distributiva, se desenvuelve en los siguientes cánones:

1.º Son igualmente imputables el *autor,* el *motor* y el *auxiliador*, cuando aparezca que sin su *concurrencia* no se habría consumado el delito.

2.º Fuera de este caso debe establecerse una escala descendente de imputación, cuyo primer grado lo ocupen los *autores*. El segundo, proporción guardada con su influencia, los *motores* y *auxiliadores* en los cuales no se dé el antedicho término de conexión *necesaria*. El tercero, los *continuadores*. El cuarto, los *receptadores*, y el último, los *encubridores*. Abrigo tan firme convicción acerca de la justicia y exactitud de esta distribución de nociones y grados, que tengo confianza absoluta de verla realizada en alguna legislación penal, no porque yo crea suficiente a conseguirlo mi pobre voz, sino porque la fuerza poderosísima de la verdad, tarde o temprano, se abre camino por su propia virtud.

§328. Lugar oportuno es este de examinar tres importantes cuestiones, que planteo en los términos siguientes: 1. ª Es admisible la *tentativa* de *complicidad*. 2. ª ¿Es admisible la *complicidad en la tentativa*? 3. ª ¿Pueda admitirse *complicidad de complicidad*? Las tres cuestiones son de importancia suma en la práctica; pero si la solución de las dos primeras es fácil o clara, no es tan hacedero reducir a precepto absoluto la solución de la última.

§329. PRIMERA CUESTIÓN. — ¿Es admisible la tentativa de complicidad: Respondemos con la mayoría de los doctores negativamente, sin que parezca posible otra respuesta. Las razones para ello son todas de orden mitológico, y, por lo tanto, las más positivas y concluyentes que pudieran desearse. Es esencial a la *complicidad* que el hecho constitutivo de la misma haya tenido *eficiencia* sobre el delito principal, en cuya responsabilidad se quiere comprender al autor de aquélla. Es esencial a la tentativa que el hecho al cual se aplique la noción de ella *no haya tenido eficiencia* bastante a producir el fin deseado. Ambas proposiciones apodícticas combinadas muestran la repugnancia ontológica de una *tentativa de complicidad*. Para concebir esta idea es preciso asentar la hipótesis de un cómplice que prendiendo ejercer influencia moral o física sobre un delito realizable por otro, haya sido defraudado en su porque no pudo ejercitar aquélla; es además intuitivo que la complicidad debe ser *consumado* no meramente *intentada*. Pues como cualquiera intención o hecho depravado no puede constituir complicidad punible si no concurre eficazmente con las fuerzas propias del

delito principal, es manifiesta que a la intención o al hecho extraños a esa influencia, les falta la condición primaria indispensable para ser complicidad punible. Háyase intentado auxiliar o instigar al delito que otro pretendía cometer; haya éste consumado realmente aquel delito, si lo ejecutó sin que el auxilio y la instigación intentados adquiriesen los caracteres de fuerza concurrente al delito, toda esta última obra se mantiene en la esfera de las malas intenciones pero resulta carente del elemento político. Un amigo me escribe participando su pena por la infidelidad descubierta de su esposa; le contesto instigándole al parricidio y dándole instrucciones sobre el modo de verificarlo; pero mi carta va al correo cuando ya mi amigo había matado a su mujer. ¿Dónde está mi complicidad? Otro me descubrió el propósito de matar a su adversario con veneno y me rogó se lo procurase; encontré el veneno y lo remití, pero aquel mató a puñaladas a su enemigo. ¿Soy, por ventura, cómplice? Ni el veneno coopera a la herida ni la carta escrita después del parricidio coopera a éste. Otro para ayudar a un amigo en el robo, le provee de instrumentos idóneos para forzar la caja donde el dinero se contiene: el ladrón, en efecto, se introduce en el lugar designado y roba; pero encuentra accidentalmente abierta la caja y consuma el delito sin el auxilio de aquellos instrumentos. ¿Qué complicidad es imputable a quien los suministró? Dirase: hubo perversa intención; se ejecutaron actos exteriores; había en ellos la suficiente potencialidad para alcanzar el fin criminal. Es verdad; mas ante la realidad de lo ocurrido, la intención depravada queda reducida a un mero deseo; el acto exterior resulta sin vínculo alguno con el robo efectuado; su potencialidad no ha pasado al estado de eficiencia actual. Hubo tentativa de convertirse en cómplice pero no hecho punible, pues de modo alguno fue causa de la lesión del derecho. Su solución contraria sería, además, absurda; de hecho el proveedor de los instrumentos que no quería coadyuvar al robo en el momento consumativo de la *sustracción*; quería ayudar a la *fractura*, pero, ésta no tuvo lugar, y de tal circunstancia, por lo tanto, no puede formarse un cargo contra el autor principal. Luego el pretendido cómplice debería serlo de un robo con fractura cuando el autor principal sólo era responsable de un robo simple, lo cual sometería al primero a un título y a una pena más graves que la aplicada al autor principal, cuyo absurdo no requiere negativa demostrada suficientemente *a priori* tiene también su prueba argumentando *a posteriori*. La tentativa complicidad es un monstruo jurídico; su cómplice será redargüible ascéticamente, políticamente no.

§330. CUESTIÓN SEGUNDA. — ¿ES admisible la complicidad en la tentativa? No es dudosa para mí la solución afirmativa[1], como no lo era la negativa en cuestión resuelta anteriormente. La tentativa es un delito, pues que la ley lo castiga como tal, amenazando, no ya al violador efectivo del derecho, sino al que, en ciertas condiciones, lo pone en actual peligro. Si al hecho constitutivo de la tentativa concurre alguno como cómplice, lo hace eficazmente en un acto constituyente de delito, y asume la responsabilidad proporcionada. El veneno fué suministrado con cabal conocimiento; fué además propinado, pero la víctima, por ventura, sobrevive. Si hubiese muerto por causa de aquel veneno, su fabricador seria cómplice del envenenamiento consumado ¿cómo dejar de serlo del intentado? El acto de complicidad se consumó y consiguió el efecto inmediatamente querido, esto es, de poner en manos del autor principal el instrumento o el medio para consumar el delito. Desde aquel instante, la suerte del cómplice quedó indisolublemente ligada a la del autor principal; si la fortuna, salvando a la víctima, salvó también al autor de la pena del delito consumado, el último, sin embargo, quedó responsable de la tentativa una vez consumada la ejecución. De semejante fortuna se aprovechará también el cómplice, por cuanto ha de responder de delito meramente intentado, pero no se redime totalmente de la culpa incurrida.

§ 331. A propósito de esta segunda solución, se ha de advertir que no ha de tomarse en sentido contradictorio de lo resuelto en cuanto a la precedente cuestión. Siempre ha de afirmarse decididamente que la complicidad para serlo y como tal punible, debe *consumarse*, no simplemente *internarse*; es decir, que haya tenido eficacia real sobre los actos o cargos del autor principal. Nada importa que estos actos, considerados en si misinos, constituyan un conato o un delito perfecto; importa, por el contrario, la eficiencia sobre ellos del acto constitutivo de complicidad. La *consumación de la complicidad*, nótese bien, consiste en la influencia ejercida por el acto del cómplice sobre el acto imputable como conato o como delito perfecto. Expliquémoslo por medio de un ejemplo: Pedro quería robar en una casa; para introducirse por la ventana suplicó a Luis le proporcionase una escala; L., con conocimiento del objeto, la proporcionó. Después, para abrir la caja en la cual se contenía el dinero, rogó a C. le fabricase una llave falsa, y C. lo hizo con pleno conocimiento también. Comienza P. la ejecución; apoya escala de L. sobre la ventana, penetra en la casa, recorre las habitaciones y

1 Consúltese ORTOLAN: *Eléments de droit penal*, § 1.290. HAUS: *Principes géneraux de droit pénal belge*. § 373, s.

llega hasta la caja; en este momento es sorprendido. P. es reo y responsable de tentativa de robo. L., sin duda, lo es de complicidad en dicha tentativa, porque el hecho constituyente de su auxilio tuvo eficacia sobre el constituyente de la tentativa del autor principal, esto es, la entrada mediante escalamiento con robar. Pero C., el perverso fabricante de la llave, no es todavía punible como cómplice porque el hecho determinante de su complicidad no tuvo eficacia alguna sobre los hechos constitutivos de tentativa punible de P., y la serie de actos sobre los cuales hubiera ejercido influencia su auxilio (apertura de la caja con la llave falsa), no tuvieron principio de ejecución, ni forman elemento de la imputabilidad dirigida contra P. Aquí, como en el tema precedente, Pedro intentó auxiliar, pero no auxilió ni siquiera en el conato.

§ 332. CUESTIÓN TERCERA. ¿Puede admite *complicidad* de *complicidad*? Para comprender bien la importancia de esta cuestión, mucho más sutil que las dos anteriores y las razones de duda que en ella se ofrecen, considero oportuno concretarla mediante la suposición de algunas entre las muchas hipótesis en las cuales se puede presentar.

PRIMERA HIPÓTESIS. P. ha ideado matar a su esposa usando al efecto del veneno, pero no sabe cómo procurárselo, y acude a su amigo L, al cual revela el propósito homicida que le anima y lo induce a proporcionarle aquel medio. L. nada sabe de preparar venenos, pero amigo de C., hábil químico, lo persuade, mediante precio, a suministrar aquella sustancia, anunciándole que se empleará por un marido para matar a su esposa. C. prepara el veneno, lo dá 8 a L., éste lo entrega a P., y el parricidio se consuma. A C. se le imputa la complicidad por *suministro de los medios*: en realidad lo hizo; la sustancia fué eficaz para el envenenamiento, y se entregó con pleno conocimiento del destino criminal. Pero responde que no conoce ni remotamente a P., que nada ha hablado ni concretado con él, y no puede ser tenido como su cómplice a causa el acuerdo con L., mero cómplice este misino del envenenamiento; pues no se admite *complicidad* de *complicidad*.

SEGUNDA HIPÓTESIS. C. quiere instigar a P. para un homicidio; no lo conoce, pero sabe que L. es íntimo de aquél, y, en su, consecuencia, compra el auxilio de éste y lo induce a convertirse en instigador de P. La proposición inicua produce su efecto; la instigación de L. vence el ánimo de P., que se convierte en homicida. Se imputa a C. la complicidad por instigación. En realidad esta partió de él y fue, por lo tanto, causa eficiente del homicidio. Pero C. responde: yo he instigado a L. y no a P., con el cual no hablé y no puede admitirse *complicidad* de *complicidad*.

TERCERA HIPÓTESIS. P. proyectaba cometer un robo en cierta casa. Sabe que C., domestico de aquélla, fué despedido y concibe la idea de que éste le facilite las instrucciones oportunas, sin las cuales podría cometer el robo deseado; acude a él, lo interesa y lo induce a procurarse aquellas necesarias las instrucciones, comunicándoselas después. C. facilita las instrucciones pedidas a L., sabiendo que han de utilizarse para cometer el robo de sus antiguos amos, y deseoso devengar la despedida. Merced a esto, P. comete el robo. Se imputa a C. la complicidad por *instrucciones* dadas, en realidad las dio, fueron eficientes y se facilitaron con dolo. Mas C. contesta: yo di instrucciones a L., el cual no fué autor del robo, sino cómplice e insiste en que no habiendo hablado con P., único autor del robo, no puede objetársele *complicidad* de *complicidad*. Las tres hipótesis de complicidad referidas por *suministro de medios, por instigación y por instrucciones* para el delito, se refieren a la cuestión propuesta. ¿Deberá ser idéntica o diversa la respectiva solución? ¿Cuál será? La *duda* hemos de resolverla, según el derecho constituido y según los principios de la ciencia.

§ 333. Ante los derechos constituidos, la solución del problema depende acaso de las definiciones *reales* o *personales* admitidas para las diversas formas de complicidad; esto puede suministrarnos alguna luz cuando resulte, que el diverso modo de definir se haya preferido advertidamente por el legislador para ocurrir a la dificultad propuesta, este acuerdo, sin embargo, dudo que pueda mantenerse siempre como hijo de deliberado consejo o más bien como efecto de ciertos accidentes de la locución. Por ejemplo, el C. t., art. 49, letra al definir la participación en el delito de otro, cometida por medio de *instigación,* emplea la fórmula: instigando dolosamente al *agente.* Esta definición es *personal* y da margen a objetar que el instigador de un *cómplice* sin relación alguna directa con el *autor* del delito, no cae bajo el dictado del artículo porque no instigó al autor. De otra parte, este considerando al instigador como *autor del delito*, repugna que se castigue con la pena de autor al instigador de alguno para hacerlo *cómplice*, mientras el *instigado*. Sufre menor pena. Por el contrario, ese mismo C. da del auxilio por *suministro de medios* o por *instrucciones* una definición real, cuando en el art. 55, letra *B*, considera auxiliador al que *indicó* o suministró medios de cometer el delito, o indirectamente facilitó la *ejecución*, sin tocar para nada, *persona* sobre la cual se obró. Además, con la palabra *indirectamente* hace sospechar con fundado motivo, que sea igualmente punible el auxilio doloso y eficiente, lo mismo si se prestó *inmediatamente* al autor del delito o *mediatamente* por el intermedio de un cómplice. Si semejante disparidad de locución hemos de reputarla como seriamente escogida para un concepto

jurídico diverso, será preciso sostener que el C.t. resuelve las tres hipótesis propuestas de distinto modo, exigiendo la acción *inmediata* sobre el ánimo del autor en el participe por instigación y aceptando el concurso mediato en el auxilio por suministro de instrumentos o medios. La diferente razón de decidir puede acaso estribar en que siendo el auxiliador llamado a rendir cuenta de su *concurso material* en el hecho criminal, la eficiencia dolosa de este hecho basta para sujetarlo a responsabilidad. Por el contrario, como el instigador es llamado a dar cuenta de un concurso meramente *moral*, esto es, de la fuerza ejercida sobre el ánimo del autor para resolverlo a delinquir, se debe exigir el inmediato contacto de las dos inteligencias y de las dos voluntades.

§ 334. El C. f. de 1810, en su art. 60, da una definición *real* de la complicidad por instigación: *los que por medio de dadivas, promesas, abuso de autoridad o de poder*, *maquinaciones o artificios culpables hayan provocado la acción o dado instrucciones para ejecutarla*, definición, que evidentemente es del todo *impersonal*. Por el mismo C. en el artículo precitado adopta una definición personal de la complicidad por *suministro de medios*; *los que con conocimiento hayan ayudado o asistido al autor o a los autores de la acción en los hechos que la hubieren preparado o facilitado o en los que la hubieren consumado*[1]. Aquí la letra de la ley parece exigir la asistencia prestada al *autor* y excluir la prestada al cómplice. Por esto los juristas franceses notaron como especialidad digna de observarse la sent. del T. de 23 V. 1844, decidiendo, que tan partícipe de la responsabilidad criminal era el que a sabiendas dió instrucciones o voluntariamente instigó al delito obrando *directamente* sobre el ánimo del autor, como el que maliciosamente indujo a otro a dar al autor tales instrucciones o a provocarlo a delinquir. De observar es, que cuando la complicidad nace de un modo de acción puramente *psicológico*, se unifica más fácilmente que mediando hechos materiales.

§ 335. Pero dejemos el derecho constituido, que inunda la mente de las ideas preconcebidas, e indaguemos como filósofos los principios racionales. ¿Cuáles son ante la ciencia pura los preceptos aplicables a la solución de los problemas indicados? El elemento *material* de la complicidad, o sea

1 Las definiciones de nuestro C. a este propósito son tan genéricas que el arbitrio en la interpretación y aplicación de las mismas tiene ancho camino por donde discurrir sin medida. Esto no obstante, parece que ambos tipos de definición pueden señalarse. Cómplices (art. 13) son los no comprendidos en el título de autores, que cooperan a la ejecución del hecho por actos anteriores simultáneos. Ahora bien, ¿quiénes son los autores? 1. Los que toman parte directa en la ejecución del hecho. 2. Los que fuerzan o inducen a otros directamente a ejecutarlo. 3. Los que cooperan a la ejecución del hecho por un acto sin el cual no se hubiera verificado. Tenemos, pues, bien patentes los dos tipos de definición real y personal. (N. del T.)

la fuerza física, concurre siempre que el acto imputable ejerció realmente influencia sobre los momentos constitutivos del delito, de tal suerte, que al imputado como cómplice pueda considerársele con verdad de las causas físicas del delito. Pues esta condición se puede encontrar así en el que prestó ayuda suministró las instrucciones al autor, como en el que hizo *per alium*, mediante persona interpuesta. El elemento *moral* de la complicidad, o sea la *moral* subjetiva, concurre cuando el acto coeficiente del delito se ejecutó con el fin determinado de procurarlo, excitando al autor a someterlo o sugiriéndole o facilitándole los medios; la relación entre ambas voluntades no deja de existir por et accidente de un tercero intermediario, el cual hace las veces de la mano, de la palabra, de la carta, y obedece al cómplice, juntando la voluntad y el hecho de éste con la voluntad y el hecho del autor. De modo, que la distinción tampoco parece aceptable por este lado.

§ 336. Verdad es que a mi juicio se necesita una *conjunción específica* de la voluntad del cómplice mediato con el autor del delito. Faltando la dirección *específica*, no considero insuficiente la *conjunción inmediata* para determinar los cómplices, pero de hecho no lo sería la *mediata.* No basta que el pretendido cómplice haya suministrado a mi amigo el veneno, la escala o la falsa llave, sabiendo *genéricamente* que pudieran servir para un envenenamiento o un robo. Era indispensable el conocimiento preciso del robo o del envenenamiento, que se pretendía cometer. Sin esta circunstancia podía señalarse un acto dañoso y depravado, digno de ser castigado como delito *sui generis,* mas no podrá sostenerse la existencia del *nexo ideológico* necesario para la complicidad entre el delito consumado y los actos del pretendido cómplice. Dígase lo que quiera en punto a receptación, donde no se trata de una fuerza productora de verdadera y propia complicidad basada sobre el principio de la causa influyente v voluntaria del delito, la *voluntariedad* no puede afirmarse rigurosamente en quien *ignora* el hecho especifico, de cuya comisión se trataba. El dependiente del cerrajero puede ser cómplice de la fabricación de ganzúas sin ser partícipe del robo, del cual es verdadero cómplice el cerrajero conocedor del destino de aquellos instrumentos.

§ 337. Véase la doctrina de KESSENICH (*Dissertation sur compli*, *vol. II, § 23, p. 52*). *La reflexión siguiente convence muy pronto de que no hay cómplice de cómplice* O (A): *El cómplice del verdadero cómplice ha sabido que la acci*ón o la omisión de éste tendía *contribuir a un delito, y entonces al primero también se hace cómplice* O (B): *no ha sabido que la acción o la omisión del verdadero cómplice tendía a contribuir a un crimen, en cuyo caso conviene distinguir*:

(a) La acción, o la omisión del verdadero cómplice raya criminal en sí; el cómplice de éste incurre en la pena señalada a la complicidad de aquella acción u omisión.

(b) la acción o la omisión del verdadero cómplice solo era criminal por su fin; pues no hay entonces cómplice de cómplice.

CASOS ANORMALES

MODIFICACIONES EN LAS REGLAS ORDINARIAS DE LA COMPLICIDAD

§ 338. Habríamos terminado la teoría de la complicidad si debiésemos limitar nuestro estudio a los casos ordinarios. Pero al establecer las reglas de la imputación en los diversos momentos y grados de *complicidad*, hemos partido de tres supuestos: 1.º *Coherencia* perseverante de *voluntades* entre sí. 2.º *Coherencia* de la *acción* con la voluntad. 3.º *Coherencia* de la *posición personal* de los partícipes. Estas relaciones presupuestas desaparecen en circunstancias dadas, y del desequilibrio nacen irregularidades, que modifican las reglas establecidas. Es necesario, por tanto, insistir algo más sobre la teoría para examinar los resultados de esas variedades posibles.

§ 339. 2. *Coherencia perseverante de voluntades.* La coherencia de voluntades debe haber existido necesariamente un momento para que exista la *complicidad.* Si el consentimiento sobre el ídem placitum criminal no resulta, es absurdo imaginar conexión: el vínculo del querer común es el anillo que enlaza a los partícipes de un delito. Si el socio o el mandatario aceptaron la proposición criminal, tendremos *la nuda proposión* de delinquir, punible *in gravioribus* como *hecho aislado* (C. p. t., art. 54), no con la razón de la *complicidad*. Es de notar esta circunstancia en el caso de consumación posterior del delito por el *rehusante*, que se negó primeramente. En tal paso la falta de acuerdo concluye la *complicidad*, y surge la presunción respecto de aquel de haber obrado por su *propia cuenta*. Aun aquí podrá penarse la *proposición de delinquir* como *hecho aislado*, ocasión cuando más, del delito ejecutado, jamás por causa de complicidad.

§ 340. La duda nace cuando existió el *momento del acuerdo*, en el cual por consecuencia estribaría el *fundamento de la complicidad*, y después ocurrió un *cambio* en cualquiera de las dos *voluntades* anteriormente *conformes*, lo que sucede si uno de los partícipes varía de pensamiento y desiste. ¿Cuál será el efecto de este desistimiento? A precisar este punto se dirige nuestra indagación.

§ 341. Evidentemente los casos pueden ser dos: el autor principal se arrepiente; el cómplice resiste. Si el autor principal (esto es, el que debía realizar la consumación) desiste, su arrepentimiento no puede modificar la acción prevista: los motivos son obvios.

§ 342. Si se arrepiente antes de realizar algún acto de ejecución, en este caso favorece al socio, al consejero, al mandante, pues no existiendo acto ejecutivo imputable políticamente, aquellos son responsables tan solo del simple mandato, consejo asociación, mirados como hechos aislados, en cuanto sean imputables como actos criminales subsistentes por sí mismos.

§ 343. El autor principal se arrepiente después, de haber realizado para la ejecución del delito actos constitutivos de tentativas, luego existe tentativa[1] sobre la cual podría fundarse y medirse la imputación. Pero esta imputación desaparecerá en cuanto el autor principal, que oportunamente desistió porque la suspensión del acto criminal respecto de él derivo de causa *voluntaria,* según veremos más adelante. Por lo tocante al socio, al auxiliador, al mandante, aquel desistimiento del autor principal es causa extraña a la voluntad de los mismos y puramente casual. Por manera, que el desistimiento del autor principal es *causa extraña a la voluntad de los mismos* y puramente *casual*. Por manera, que el desistimiento del autor principal les aprovechará para evitar la pena del delito *consumado*, como les habría favorecido también cualquier accidente obstatorio a la consumación, más no por ello eluden la pena de la *tentativa*.

§ 344. Si el desistimiento no procede del autor principal, sino del socio, del consejero, del mandante, del auxiliador, el caso se complica. Después de dado consejo *eficaz*, el consejero se arrepintió; después de preparado el

1 No alcanzo a comprender la hipótesis formulada en el trabajo reciente de un ilustre jurisconsulto italiano, es a saber: la *de homicidio frustrado a causa de desistimiento*. Declaro, que pareciéndome imposible semejante concepto, lo atribuyo a un descuido de la pluma. Si es de esencia del *homicidio frustrado*: 1.°, la realización de todos los actos necesarios para consumar la muerte, y 2.°, *la voluntad perseverante* del culpable hasta el último acto de la ejecución inclusive, no aparece absolutamente inconcebible aquella hipótesis.

veneno, el auxiliador ha sentido repugnancia al delito para cuya comisión tan fácilmente suministró los medios; después de conferido el mandato, el mandante lo revocó. Estos desistimientos, sin embargo, no detuvieron al autor principal, que recorrió todos los grados del delito preconcebido. En cada una de estas hipótesis la ciencia admite reglas especiales, variables según las circunstancias.

§345. *Ignorado* por el autor principal aquel desistimiento, la responsabilidad del mandante, del cómplice, del consejero será evidentemente la misma; impulsaron al delito cuando quisieron; variado su propósito, no tuvieron tiempo de evitar los tristes del impulso comunicado. Un desistimiento, que no alcanza a impedir el delito, no puede cancelar el impulso ya comunicado al mismo y quien lo dió, es plenamente responsable ante la ley civil.

§ 346. Pero el autor principal conoce a tiempo aquel desistimiento, y no obstante, prosigue en su idea: en tal caso la teoría admite una distinción ulterior. Ha de apreciarse, si el concurso del cómplice desistido sirvió o no para *facilitar*, o fué impulso del *determinante* del delito. Si no tuvo *eficiencia* sobre el delito, el autor principal procede entonces por cuenta propia y lo arriesga todo; los otros no son responsables o partícipes de su tenacidad criminal, el concurso de los desistidos sirvió para facilitar el delito; si consejero dió *instrucciones* indispensables a la consumación, *estimuló la causa de delinquir* en el autor, o el *auxiliador* procuró los medios necesarios, arrepiéntanse o manifiesten en tiempo oportuno al autor su desistimiento, no basta, porque subsisten sobre su mala voluntad interrumpida, los efectos perniciosos de la misma. En la serie de los hechos aparecen siempre como *causa* del maleficio. Si pretenden evitar el daño, no han de limitarse al arrepentimiento y a manifestar su cambio, sino que han de poner contribución todas sus fuerzas para impedir el delito, que si acontece será consecuencia de sus actos anteriores. Notemos la diferencia entre el *auxiliador* y el *instructor*, el *mandante* y el *socio*. Los dos últimos realizaron un pacto criminal, que roto oportunamente por su voluntad, aunque el autor principal persista en el propósito criminoso, la *presunción* excluye a aquéllos de sus consecuencias. Responderán únicamente del primer pacto originado del mandato o de la sociedad, el cual, en determinados casos será punible como delito subsistente de por sí.

§ 347. La situación de los otros dos es muy diversa, porque la *facilitación* de instrucciones y el *impulso* por ellos comunicado al delito no es un hecho que pueda retractarse como el consentimiento prestado en el pacto.

Si el delito se produce, es por consecuencia del hecho ejecutado e irrevocable, que al verificarse fué dirigido rectamente hacia aquél. Dedúcese de lo expuesto en cuanto a la actividad del propio desistimiento, la condición más favorable del simple *mandante*, comparada con la del *consejero* en ciertos casos.

§ 348. 2.º *Coherencia de la acción con la voluntad*.—El equilibrio por el lado de la *acción* puede destruirse lo mismo cuando esta es *inferior* al *querer*, que cuando lo *aventaja*. Si la acción es *inferior* a la *voluntad* de los delincuentes, estamos en las reglas de la *tentativa*, y es fácil la determinación de los varios casos. Si la *acción aventajó* a la *voluntad* de los partícipes, nos hallamos en los términos del *exceso*, y ha de examinarse si los delincuentes accesorios, que no lo previeron, son responsables de él. Esta indagación, como la referente a la *revocación*, no ha de conducirse con mira especial sobre el *mandante*. Se contrae a principios más generales y puede ser de interés en cualquier otro caso de *complicidad*. Puede el *mandante* haber encargado un apaleamiento y el *mandatario* haber causado la muerte; puede el *consejero* insinuar las lesiones y el aconsejado haber asesinado; puede el *socio* haber concertado que se hiera y el otro haber matado; puede el auxiliador haber proporcionado medios para llegar a una persona entendiendo que sólo sería objeto de lesiones, y los otros haberla muerto. La cuestión del *exceso*, por lo tanto, debe ser examinada en términos generales.

§ 349. Ella se resuelve combinando lo dicho anteriormente respecto al *primer caso* con los principios generales ciencia. Cierto es que la *complicidad* sin concurso de *voluntad*, no existe siquiera medie concurso de *acción*; mucho menos tendrá lugar donde la acción falte. Pero no siempre es necesario que la voluntad se determine explícitamente el *exceso*, para producir responsabilidad. La política en materias penales marca ciertos límites al principio de que quien quiere los *medios* se presume haber querido el *fin*. Será una responsabilidad de menor grado, y no podrá imaginarse dolo deliberado en cuanto al exceso. Habráse querido *premeditadamente*, por ejemplo, causar una lesión, y *resultará un homicidio* si premeditación[1]. Quedará, sin duda, cierta responsabilidad, que parece inadmisible poderla eludir afirmando no haberlo querido e que no quiso, en efecto, un daño, del cual con facilidad podía derivarse daño gravísimo. La diferencia entre el tema

1 Conviene recordar lo observado antes respecto a las disparidades individuales del *dolo* §§ 206 y siguientes. Castigar como reo de *homicidio premeditado* al mandante, que *ordenó no matar*, es una salida tan extraña que movería a risa, si no pensásemos que por ese camino se compromete la cabeza de los hombres.

del *exceso* y el de la *segunda figura del primer caso*, estriba en la previsión posible de las diferentes consecuencias. El auxiliador de un ladrón no podía prever el propósito hacia un *delito diverso*, por lo tanto, en el caso de delito de *género distinto*, la irresponsabilidad procede como regla absoluta. Pero al hablar de *exceso* trátase de un *mismo género de delito*, y en este caso la previsión del efecto más grave hace necesaria la distinción.

§ 350. Es exactísimo el criterio ideado por CARMIGNANI a este propósito, distinguiendo el exceso en el fin del *exceso en los menos*. Tiene lugar el último cuando el mandatario, el socio o compañero emplean *medios distintos* de los adecuados por el mandante, sugeridos por el socio o concertados por el compañero; por ejemplo: se dió la orden de apalear y el ejecutor hizo uso del puñal; uno de los compañeros arroja el bastón durante la lucha, se vale del cuchillo y mata. Seguramente no podrá decirse que el mandante, el socio, el auxiliador; aun estando presentes, sean responsables de la muerte. El *medio variado* arranca de su voluntad el hecho homicida, el cual recae por completo sobre quien *quiso* usar y de hecho uso de los medios que lo produjeron. El *exceso* en el *fin* tiene lugar cuando se han empleado precisamente los *medios* preparados v concertados. Por ejemplo, en los casos dichos: no se hizo uso de puñal para dar la muerte, sino del bastón, esto es, del *medio* aprobado por los compañeros, o prescrito por el mandante, aunque con intención más benigna. Pues la voluntad ejercitada sobre los *medios*, basta a determinar la responsabilidad aun las consecuencias acerca de las cuales la voluntad misma no se había significado.

§ 351. Todavía la responsabilidad por *exceso en el fin* se produce sin dificultad, cuando el exceso o, consecuencia de los medios queridos, atribuible a *casualidad* o a *mera culpa* del ejecutor: no tiene lugar, por el contrario, si el *exceso* deriva de *dolo* del último, que por perversidad o con *fines particulares*[1] se excedió de propósito, no obstante o convenido y previsto con sus compañeros. El efecto más grave tiene aquí causa moral suficiente en la misma causa física, y sobre ello puede fundarse la imputación. Dije antes la casualidad sin temor critica del sabio GIULANI, dirigida contra CARMIGNANI, que enseñó esta verdad, como si éste contradiciendo los principios de la ciencia, hubiese imaginado un *caso fortuito imputable*. La crítica se desvanece al recordar que también la casualidad es imputable si procede de quien *anda en cosa ilícita*: estos son los términos exactos.

1 Esta limitación, comúnmente aceptada, es el reconocimiento del principio para mí inconcuso, universal y constante de la incomunicabilidad del dolo individual.

§ 352. En último término, esta teoría del exceso, ideada por CARMIGNANI, elogiada por ROMAGNOSI y la mayoría de los jurisconsultos, no contradice la teoría de la *intención criminal distinta*; por el contrario, se coordina con ella, todo lo cual se resume con las siguientes distinciones.

§ 353. La intención de dos culpables puede ser *criminalmente distinta* en sus condiciones *subjetivas* o en sus relaciones objetivas. Es distinta en sus condiciones *subjetivas* cuando el uno obra con dolo de propósito y el otro no; el uno con pasión, con error, embriagado, y el otro no. Dados estos términos, cada cual debe ser juzgado, según la medida de su dolo particular. Es *distinta* en sus relaciones *objetivas* si la voluntad del uno tiende a determinado *fin* y la del otro se endereza a *fin diverso*, o el hecho del uno ha procurado un *efecto diverso*. De aquí una subdistinción. Si el efecto no previsto fué un delito de distinto género del que proyectaba el partícipe, el autor del hecho responde de él. Di el encargo de robar una joven o cooperé a su rapto, pero uno de los raptores aprovecha la ocasión, se apodera de su bolsillo y la roba: yo no soy responsable del hurto aunque mis actos lo hayan facilitado materialmente. Por el contrario, si el efecto no querido fué un *delito congénere* del resuelto, se impone la utilidad de la distinción mencionada respecto al exceso de los medios y en el medio. Encargué el rapto de una joven, pero mis agentes la rodearon de un lazo al cuello y quedó estrangulada: no soy responsable del homicidio. Di la comisión de verificar el rapto y mande que se la sujetase por el cuello para impedir los gritos: soy responsable de la asfixia producida como consecuencia que debió preverse a causa de los *medios* por mis indicados.

§ 354. Hay diferencia entre atribuir responsabilidad a un delincuente, por los *efectos materiales* ocurridos contra sus previsiones y determinar aquella a causa del *estado de ánimo* de su compañero. En el efecto material más grave aparece la lesión de derecho ulterior, que requiere especial protección: si fácilmente se pudo prever como consecuencia de los *medios queridos*, justo es hacer responsable a quien fue causa de ellos, si bien con falta de intención. El *estado de ánimo* del delincuente no representa violación ulterior del derecho, sino una *forma* de la misma violación, cuya responsabilidad ha de pesar sobre el que la descubre en sí mismo, esto es, en las condiciones de su ánimo.

§ 355. 3. *Coherencia en la situación jurídica* de las personas. Las reglas establecidas en punto a la complicidad, ora nos llevan a tribuir al cómplice imputabilidad menor, ora nos conduzcan a igualarla con la del autor princi-

pal, presuponen que todos los concurrentes al delito no presentan cualidad excepcional en sus personas. Si alguno de ellos muestra en su persona una *cualidad* determinante de *aumento* o *disminución* de la imputabilidad, es cierta la regla general que excluye a los compañeros del agravio o del beneficio. Por ejemplo, la reincidencia, la cualidad de extranjero y otras análogas, que producen agravación de pena; la *imbecilidad*, la *embriaguez*, la *menor edad* y otros motivos de excusa o. atenuación, cuando concurren en uno, pero no en otro, alteran la responsabilidad de aquél y dejan intacta la imputabilidad de éste; por tal manera nace un desequilibrio accidental en las proporciones ordinarias de la imputación. El punto hasta aquí no ofrece dudas.

§ 356. Pero se dan casos en los cuales la *condición personal* influye sobre el *título* del *reato*, y entonces surge grave disputa entre los escritores. En general, las *cualidades agravantes* derivadas de las *circunstancias materiales del hecho* son comunes a todos los copartícipes en el mismo, aunque subordinadas a las reglas del *conocimiento anterior* y del *exceso* anteriormente descritas. Son, por ejemplo, reos de hurto *violento* o de hurto con *escalamiento*[1] que los que sin usar de *violencia* ni verificar la *efracción*, conocieron ambas circunstancias en el momento de obrar, y a pesar de ello persistieron en los actos: natural parece la consecuencia, puesto que esas circunstancias agravantes fueron *medio* para el delito por todos conocido y querido, y mero accidente la ejecución de las mismas por el uno o por el otro de los partícipes.

§ 357. Si las agravantes no proceden de circunstancia material del *hecho*, sino de *especial cualidad* de una *persona* (como el *parricidio* por la *cualidad* de hijo en el matador; el hurto doméstico por la de criado en el ladrón), ¿qué deberemos establecer? El cómplice que no es *hijo* ni *criado*, ¿será partícipe en agravación nacida de la cualidad de hijo o de lado del autor principal? La cuestión es delicada.

§ 358. Algunos se fijaron en el *nombre*, y observando que un delito, según la persona que lo consume, cambia su *nombre*, dedujeron la *mudanza* del título y negaron la admisibilidad de dos títulos diversos sobre el mismo hecho. Los cómplices, conocedores de las condiciones *personales* de su compañero, consintieron en tomar parte en un delito, al cual la ley atribuía caracteres más odiosos por efecto del concurso de aquél y deben sufrir todas las consecuencias. Según ellos, por lo tanto, los conjurados que dieron

1 Robo decimos en España, en ambos casos. (N. del T.)

muerte a Cesar serían todos culpables de parricidio, porque Bruto era hijo del dictador.

§ 359. La jurisprudencia francesa se ha mantenido constante en ese sentido riguroso[1] desde la sentencia del T. de C. dictada en beneficio de la ley el 3 XII 1812 hasta la decisión de 24 III 1852. Sostiene esta opinión entre los modernos BLANCHE (*Deuxiéme étude pratique sur le Code pénal*, Paris, 1864), el cual la resuelve planteándola en ciertos términos, a mi juicio inexactos. Afirma que el título de *parricidio* deriva de la *cualidad personal del muerto*, deduciendo, por lo tanto, la agravante como inherente al *hecho*, y por lo mismo común a cuantos en él participaron. El argumento no tendría réplica si en realidad la agravante derivase *en absoluto* de la cualidad inherente a la persona del muerto, por ejemplo, la de sacerdote, la de niño recién nacido y otras análogas. Pero la cualidad de *padre* es *relativa,* existe respecto a uno de los partícipes y no en cuanto al otro. Luego se adhiere al hecho del uno, pero no al del otro. De aquí nace la razón de la duda, que no se resuelve, por cierto, con la fórmula de BLANCHE[1].

§ 360. Otros, por el contrario, miraron la cuestión por el punto de vista de la *violación del deber*. El cómplice, que no es *hijo* ni *criado*, dicen, no violó el sagrado vínculo natural rompió la fidelidad debida al amo: luego es menos culpable y debe ser menos castigado. Verdad es que se produce cierta repugnancia a considerar ineficaz en cuanto a los cómplices la cualidad modificativa del título determinada en el *autor* físico del delito. Admitamos resto de aquéllos la inexistencia de *violación* de un especial *deber* impuesto al autor principal, pero ellos consintieron y concurrieron a sabiendas a la *violación de aquel deber*, cuya observación nos llevaría a dudar de la exactitud de la doctrina más benigna. Pero es igualmente cierta de otra parte la repugnancia a de castigar con mayor dureza por la cualidad de cómplice, de la que se emplearía en castigar a éste si él fuese autor principal, cuya observación a su vez nos conduce a dudar de la opinión más rígida. En cuanto a mí tiene mucha fuerza la última.

1 Y la española sigue el mismo derrotero (N. Del T.)

1 Entiendo que este problema controvertido podría recibir cierta luz doctrinal por medio de una *analogía*. Sabido es que cuando aún regia el título de *lesa majestad*, todos los escritores enseñaban, como máxima generalmente recibida, que ese título requería, entre otros extremos esenciales, el de *ciudadanía* del delincuente. Ahora bien; ¿cuál era la enseñanza, cuál la decisión en el caso de participar un *extranjero* en la conspiración urdida por regnícolas contra el propio soberano? La sabiduría de nuestros mayores sancionó una teoría completa, que presenta la más cabal analogía con el caso cuestionado: como es relativa la cualidad de padre respecto del hijo, lo es también la del príncipe respecto del súbdito. La solución de un caso no puede diferenciarse de la del otro. El objeto de la indivisibilidad del título, fundamento único de la doctrina sobre comunicación, es idéntico en ambos ejemplos.

§ 361. La opinión de los primeros parece más estrictamente legal y fué seguida por CARMIGNANI y GIULANI, y virilmente sostenida por RAUTER (*Traité de droit criminel*, § 119), y el insigne MOLINIER (*Revue critique Vol. XIII, p. 86*). La opinión de los segundos es más humana: ARMELLINI la sostiene en punto a infanticidio; CREMANI, ROBERTI y ROSSI respecto a parricidio, y antes que el último la habían sostenido en Francia CARNOT (*Instr*. 2, 574), LEGRAVEREND (I, 133), y después de él BOITARD (*Code pénal*, p. 294). CHAVEAU (cap. II), en Bélgica, HOOREBECK (*Complicité*, p. 208), y en España, PACHECO (*Estudios de derecho penal*, p. 178). Todavía se afirma con el parecer de otros insignes criminalistas, entre los más recientes el preclaro TOLOMEI, en su *Diritto penale*, Padua, 1863, p. 218.

§362. La fórmula a propósito, en mi juicio, para resolver este punto controvertido, es la usada modernamente por TREBUTIEN. La *complicidad*, dice, no puede ser más que *real*. Esta fórmula tiene un gran sentido. Significa que el cómplice es un *accesorio* del hecho, no de la *persona* del autor principal. Si el hecho constituye delito, aunque el autor principal no sea imputable, puede serlo el cómplice. Si al hecho corresponde un grado de imputabilidad, como diez (siquiera el autor principal, por condiciones particulares), sólo sea imputable como cinco o deba serlo como quince), la imputabilidad del cómplice se medirá por el tipo de diez, correspondiente al *hecho*, salvo las modificaciones requeridas a causa de las condiciones personales del cómplice. Entre las personas del autor principal y del cómplice no existe nexo alguno bajo el punto de vista de la respectiva imputabilidad. El nexo, tanto del uno como del otro, existe con el *hecho* violador de la ley, y sobre la determinación de esta única relación se ha de establecer el cálculo y fijar la medida de la respectiva responsabilidad. Pero en la aplicación de la fórmula antedicha, TREBUTIEN, influido por la jurisprudencia francesa, se coloca en posición falaz cuando la realidad diversa del lucho deriva de la *variación* del *nombre*. Si el homicidio, dice, se convierte en *parricidio*, y el *hurto* simple en *doméstico*, porque el autor del primero es un hijo y el segundo un criado, los cómplices serán respecto ente deudores de *parricidio* y de *hurto doméstico*, a virtud de un nexo real. Según él, por lo tanto, variado, el *nombre*, *varía la cosa*. Por tal manera, llega a identificar la *realidad* con el *nombre* y éste aquélla. Ahora bien: si al legislador pluguiese crear un nombre distinto aplicable a los delitos cometidos por reincidentes o por extranjeros, como cualidad en el autor del delito venía a crear un título nominalmente diverso, se debería mirar como realidad. El ver o no la premeditación como realidad, dependería de las eventualidades del lenguaje. En Francia, donde pareció conveniente dar el título de asesinato al homicidio premeditado, la premeditación sería

real; en donde el nombre de asesinato se reserva para el verdadero caso, y el homicidio premeditado cae bajo el título de homicidio, dicha cualidad sería personal; ante semejantes obstáculos, me permito dudar acerca del modo de definir la realidad.

§ 363. El *nombre* es una accidentalidad derivada de la fantasía de los doctores y que podía no serlo, pues hay muchas circunstancias agravantes de un delito cuyo *nombre* no varía. La *realidad* del hecho criminoso no consiste en el *nombre* dado por los criminalistas; reside en sus condiciones *materiales*, o sea en el efecto dañoso representativo de la violación de la ley. Si al *tercer hurto* hubiesen dado las escuelas un nombre especial, ¿no resultaría de aquí que la condición de reincidencia en el autor principal era cualidad *real*? Y cuando una legislación, por ejemplo la toscana, como pronto veremos, ha suprimido el *nombre* de *parricidio*, es intuitivo que desaparece la razón derivada del nombre. Por manera que las condiciones *intrínsecas* serán nada, según este criterio deducido del nombre.

§ 364. Para tener la *realidad* la circunstancia agravante de previsión ha de constituir un momento *físico* de la ejecución del reato. Aplaudo, pues, la fórmula del insigne profesor de Rennes, pero no me persuado de su aplicación al caso del parricidio, la teoría de la *realidad* se adapta perfectamente al caso del particular convertido en cómplice de un Notario, que abusando de sus funciones comete falsedad en documento público: Casación de Francia de 10 IV 1821. Se adapta también al cómplice del Médico, que abusando de su arte haya procurado el aborto: Cas. de 16 VI 1865. Pero no se manifiestan, a mi juicio, los términos exactos cuando se pretende aplicarlos a una relación general sin influencia alguna material sobre la ejecución o facilitación del delito, o que para usar de nuestra fórmula, no representan ninguna función en la *fuerza física*, del delito, aunque se tomen en cuenta para determinar el aumento de la fuerza *moral subjetiva* u *objetiva*.

§ 365. Mi inteligencia vacila, lo confieso, ante esta grave cuestión. En último término me resolveré la opinión más benigna en los casos en los caos de la *realidad personal* produce simple agravación del delito, sin cuidarme del cambio de *nombre*, como en el parricidio y en el infanticidio.

§ 366. No obstante, dos cosas conducen forzosamente la comunicación: 1.º Si la *cualidad personal* constituye la *esencia* del maleficio. 2.º Si la *cualidad personal* sirve de medio para el delito.

§ 367. 1.º La *cualidad personal* constituye la esencia en el delito de deserción, en el incesto, en el *adulterio*, en la *bancarrota*: sin la condición de *soldado*, de *pariente*, de *casado* o de *negociante* en el autor principal, se reduciría a lícito ejercicio de la propia libertad en el primer caso, a simple fornicación no imputable políticamente en los otros dos, a mero fraude civil en el cuarto. Exhonerar en estos cuatro casos a los cómplices de las consecuencias de la cualidad personal del autor, sería tanto como decretar su impunidad, lo cual es absurdo. Igualmente, cuando la *cualidad personal* en el caso inverso, *destruye* la esencia del delito, como el del *marido*, que yace con la mujer propia, tampoco puede ser castigado el cómplice. Este punto me parece claro[1].

§ 368. 2º. Si la *cualidad personal* de uno de los partícipes sirve de *medio* al delito, como acontece en el *peculado* o en el *hurto doméstico,* la agravante nacida de esta *cualidad personal* se compenetra en cierto modo con el *hecho***,** lo mismo que el escalamiento o la fractura la convierte en *realidad* en el riguroso sentido ontológico, porque no pudiéndose cometer aquel delito sin la intervención de la persona en la cual concurría la cualidad, que lo más odioso, la cualidad misma sirvió de instrumento para la *ejecución*. Intervino como elemento fuerza física del reato. Por lo tanto, en semejantes especiales condiciones, asumiendo la *cualidad personal*, el carácter de *realidad* debe influir sobre fuerte de todos los partícipes, que a sabiendas aprovecharon el beneficio de la misma. Condición *hurto doméstico*[1]*,* es que el ladrón, además de servicio continuo y retribuido, cometa el hurto *abusando de la facilidad del Servicio*. Respecto a la noción del hurto doméstico, es

1 En la interesante indagación sobre la influencia de las *cualidades personales* de un partícipe para la imputación del otro, ocupa lugar preferente la bellísima cuestión propuesta por PILEO *Cuaestiones aureae* 134), y reproducida por HARP-FRECHT *Dis*. 67. n. 86, 87), Ticio ha visto pastando en el campo un rebaño: llama a Cayo y le persuade a robar una res y venderla en beneficio común. C. equivocó la indicación del campo; fué a otro sitio donde pastaba el ganado de T.; arrebata una res y la vende. Se pregunta ¿*quis juris* respecto a T. y respecto a C.? ¿Es éste autor de *hurto*, puesto que obró por *orden del propietario* de la cosa que se pretende hurtada? Puede sostenerse la *orden* o *consentimiento* del propietario, cuando éste no quería el hurto de la cosa propia? ¿Coexiste talmente *tentativa* a causa del *error* accidental ocurrido en el acto consumativo? ¿T. es reo de instigación a delinquir, de concierto criminoso o de *tentativa de hurto*? En el caso de un Notario, cómplice del particular falsificador de documentos públicos, hase dudado de la concurrencia de agravante deducida de la persona constituida en oficio público, y por lo tanto de la procedencia de mayor pena. La Cas. de Francia en 3 III 1827 decidió negativamente, a mi juicio con razón. El reato de falsificación es cualificado a causa del *abuso en el oficio público*. Cuando semejante abuso no interviene, porque el particular falsificó con sus medios propios, no hay *falsificación* cualificada. Fáltale la condición esencial de la cualificación. Más si por necesidad del hecho se da el *abuso de oficio*, porque sin el asentimiento del Notario no podía falsificarse el documento, ¿no sería verdaderamente judaica la misma solución? ¿Es por ventura menor la falsificación por el abuso del Notario (en lo cual está la racionalidad de la agravante) que suministrando dolosamente el protocolo y los medios necesarios para el delito, ha hecho ejecutar las alteraciones por otra mano, a su juicio más hábil que la suya?

1 La expresión italiana, por extremo concisa y adecuada, es *fomulato*. (N. del T.)

imposible negar una *realidad* a la condición de *criado* en el autor de aquél; si el servicio fué medio, la cualidad de sirviente lo fué también. La cualidad de criado será *personal*, pero la *eficiencia de la comodidad del servicio* sobre el hecho es *real*. Con razón el T. de C. de Florencia, en dos sentencias de 17 II 1855 y 28IV 1860, se adhirió a la opinión más severa respecto a la domesticidad, porque entre nosotros el servicio como *medio* es esencial al hurto doméstico. Estas sentencias serian contestables en una legislación que agravase la pena del sirviente, aun cuando la domesticidad *no fuese medio para el hurto*, y en los casos en que el servicio de modo alguno hubiese sido la *ocasión* del delito entonces ningún carácter de *realidad* se determinaría en la *condición* del autor. La agravación tendrá su origen en el horror hacia la violación del deber y en el cálculo del mayor peligro o de los medios escogidos materialmente para la ejecución. Por lo mismo no se podría deducir de las sentencias citadas una solución general del problema en sentido científico, y mucho menos una conclusión idéntica en el tema del parricidio, en el cual la *realidad* de la condición de hijo es muy difícil de concebir.

§369. No puedo abandonar este punto sin volver a cierta indicación precedente y mostrar la *diversa forma* jurídica, que toma la cuestión gravísima de la *comunicabilidad* de las *cualidades personales* de uno de los partícipes del homicidio. Nace esto de una especial circunstancia; el derecho constituido, al proponerse el problema indicado, puede proceder con doble y distinto método, a saber: 1.º Dando al delito *nombre especial* a causa de la intervención en la *determinada persona* (el hijo del muerto). 2.º Sin cambiar el *nombre* del delito ni agravar la pena, dictando especiales disposiciones en odio a la persona que ostenta cierta cualidad.

§ 370. La divergencia en los efectos de ambos métodos es incontestable, y ella influye, no sólo en la solución del punto, sino que afecta también a la esencia de los argumentos por medio de los cuales tanto, indispensable resumir claramente el problema bajo los dos aspectos, para concretar sin equivoco alguno la fórmula de la pregunta en uno y otro caso y poderlas discutir sin confusión de ideas.

§ 371. PRIMER CASO: La ley positiva acepta la nomenclatura especial que ciencia usa para designar la muerte de un ascendiente y mantiene el *título* de *parricidio*. De esta circunstancia deriva el argumento de e CARMIGNANI, generalmente repetido y de la opinión más severa, que se observación siguiente: El *título* de *parricidio* es diverso del de homicidio; si el hijo interviene en la muerte del padre, el *hecho* no constituye homicidio, se

transforma en otro delito; y el extraño que participa en él debe sufrir las condiciones del título en el cual participó. Es repugnante, se añade, admitir *dos títulos diversos* de un sólo acto. El delito se transformó por efecto de aquella intervención y debe pesar sobre todos los partícipes con la nueva forma recibida. Llevada la cuestión a este terreno, fácilmente se comprende porqué la jurisprudencia francesa, combinando el principio de la *indivisibilidad del título* con las nociones de *autor* y de *cómplice*, ha casi constantemente distinguido si el hijo era *autor, coautor* o *cómplice,* comunicando la agravante en el primero y segundo caso (Cas. 20 IV 1827, I6 VII 1835, 23 III 1843, 9 VI 1848, 11 IX 1851, 24 III 1813); y no comunicándola en el del hijo cómplice Cas. 27 IV 1815, asunto *Balitout*, y 21 III 1844). De esta suerte, la cuestión se reduce a la *materialidad,* por cuya virtud el hijo que encargue a otro muerte de su padre, no incurre en agravación de pena. Este es el punto de vista bajo el cual la cuestión se agita, principalmente entre los eruditos, quedando hasta ahora dudosa según mi modo de ver, si bien prevalezca la doctrina de la comunicación de la *cualidad personal* desde el *ejecutor* al *participe, y* de la negada validez a la *cualidad* del participe.

§ 372. Este sistema sera justo y aceptable según las disposiciones literales de tal o cual derecho constituido. Pero mirado a la luz de los principios del derecho filosófico, no lo admito, porque me parece contradictorio del sentido moral y del criterio político. Si para aumentar la cantidad de un delito. Habida cuenta de las *cualidades personales* del agente, se atiende a la *violación del deber* especial, la falta acrecerá tan solo en cuando al ligado con aquel deber, sea autor o sea cómplice del delito. Por el contrario, considerada la *cualidad personal* como elemento de la gravedad política, a causa de la mayor alarma que produzca el delito cometido por ciertos individuos, de la facilidad mayor de cometerlo, de la impunidad más fácil, de la posibilidad menor de defensa, entonces la cualidad personal reviste el carácter de *circunstancia del hecho* criminoso, figura entre los elementos de su *materialidad*, y cargando todo su peso en la balanza política, agrava indistintamente a todos los conocedores o consocios del crimen, sin distinguir que en el lenguaje científico o legislativo se dé a aquel en quien semejante *cualidad* se nota el nombre de autor, de correo, de auxiliador, de consejero, de mandante o de socio. Luego que dicha *cualidad ha ejercido sobre el hecho influencia* calculada por la ley, las previsiones de ésta se realizan y el delito se agrava respecto de todos. Tales son a mi pobre juicio, los términos de la solución del problema ante la pura razón científica, cuyo modo de ver es enteramente conforme al de ROBERTI, que ampliamente lo expone en su *Curso de Derecho Penal, vol. II, núm.* 692 a 700. Es también conforme a la

jurisprudencia napolitana, como se desprende del *Diccionario* de ARMILLINI, en la palabra *complicidad*, § 3. No debe determinar la definición del título el *accidente* de hallarse la cualidad especial en el *autor* o en el *cómplice*, o mejor dicho, la solución del conflicto no puede depender de la definición de un *título especial* o de la aplicación de un *nombre dado*. Dependerá de la influencia concreta de la cualidad personal sobre la ejecución del delito, en cuanto se pretenda considerar el hecho como más grave realmente, o de la consideración del *deber violado* en cuanto se quiera juzgar más odiosa la *acción* de la persona que lo *violó* al delinquir.

§ 373. SEGUNDO CASO. —La cuestión reviste forma enteramente nueva y especial cuando se presenta enfrente de una legislación positiva, la cual (como el C. t. de 1853) no establece diferencia de título entre la muerte del padre y la del extraño. El C. t. admite *título* de *parricidio*; el hijo parricida es, como el extraño, castigado con la muerte (art. 309) si el homicidio fué premeditado. Es castigado como el extraño con la casa de fuerza desde siete a diez años, si el homicidio fué simple (art. 310). En presencia de este C. u otro semejante, la cuestión no puede plantearse derechamente bajo el punto de vista de la *comunicabilidad de las agravantes*, ni sufrir la influencia del principio de la *transformación* y de la *indivisibilidad del título*. El C.t. ha significado su horror contra la maldad del hijo, no *agravando* en los casos ordinarios, sino denegándole toda *minoración* de la imputabilidad aun en aquellos en que por motivos especiales se concediera a otro por la ley. Si el homicidio premeditado se comete contra *un ascendiente*, no es permitido admitir las *circunstancias extraordinarias* que autorizan la sustitución de la muerte con el engástolo, (art. 309,§ 4.). Si el homicidio es instantáneo, la excusa de la provocación no se admite siendo el *muerto ascendiente del matador* (art. 340, § 3)[1]. No me parece sutileza, sino verdad positiva, afirmar que la cuestión, según nuestro C., es totalmente diversa de la tratada en eral por los escritores, sobre la comunicabilidad o no del título de parricidio.

§ 374. No se trata realmente en nuestro caso cálculo de una circunstancia que agrave la *cualidad* o cambie el *título* del delito, sino de la valuación o de la preterición de una circunstancia, que, por regla general, *degrada* la fuerza moral subjetiva, por lo mismo *minora la imputación.* Trátase de a cuestión más próxima, el caso de intención *criminal distinta*, examinado antes que el problema de *la comunicabilidad de cualidades personales* influ-

1 Esta medida es análoga a la disposición del C.f. artículo 324, por extremo severa, donde se declara inexcusable la muerte del conyugue cometida por el otro. Pero la locución francesa acaso es más impersonal que la del C.t.

yentes sobre el título, a las cuales nos referimos en el caso. La equidad, la moral, la justicia imponen a los Jueces, dado el silencio de la ley, la de pena menor al matador o causante de lesiones, provocado gravemente a tales violencias. Esta regla se ha elevado ya a la categoría de principio científico. Pero han hecho más todavía, obligando a todos los buenos legisladores a consignar dicha causa a sus Cs. como precepto absoluto. ¿Por qué? Por la intuición de una degradación en la fuerza moral del delito. Se atenúa la imputación al provocado, porque la perturbación del justo resentimiento excitado en él por las injustas violencias del provocador lo pone en estado de *intención imperfecta*. No es tolerable, según regla, que en la balanza de la justicia pesen igualmente la intención imperfecta y la perfecta y completa en todos sus momentos morales de inteligencia y libertad. Tal es la razón de la excusa. Pero ésta es enteramente *subjetiva* e *individual*; no reside en el hecho ni en las condiciones de ánimo del agente; no se altera con ella la *cuantidad* del delito considerado en sus elementos de hecho; se imputa, no obstante, menos a quien lo cometa bajo el impulso de una voluntad menos libre o menos lúcida.

§ 375. Luego esta excusa ha de buscarse mediante indagación subjetiva en cada uno de los delincuentes, como la menor edad, la imbecilidad, la coacción propia o impropia, el error, la embriaguez y otras semejantes, posibles en uno de los delincuentes y en el otro no, porque éste obró con inteligencia perfecta, con libertad de elección, mientras el primero lo hizo con libertad restringida o perturbada inteligencia. Luego en nada repugna a la ciencia y es coherente a las reglas de buena justicia, que de dos causantes de lesiones el uno pueda declararse provocado porque sufrió graves injurias de su enemigo y el otro no, porque se lanzó a la lucha por bárbara sed de sangre o por odio, sin razón alguna para considerar propias las injurias del provocado. En punto a excusas derivadas de cierto estado de ánimo, no se da comunicación jurídica. Tengo esta regla como absoluta, porque no encuentro la razón de la excusa en la hipótesis, extraña para mí, de la pérdida del derecho en el provocador, sino de la realidad irrecusable de la alterada situación de ánimo del delincuente.

§ 376. Para aclarar todo lo posible mi pensamiento, he de advertir, que esta regla no cambia por la práctica de reconocer provocación o excusa e justo dolor en las inferidas a nuestros próximos parientes, a un amigo y en general a una persona en objetase con tales casos para impugnar la regla propuesta, argumentaría sofísticamente. Cuando hiero al que maltrató a mi hermano, o como excusa la turbación de ánimo sufrida mi hermano, sino la

turbación *por mí* experimentada a causa de las ofensas inferidas a persona de mí amada. No es una *comunicación de estado intencional* hecha de hombre a hombre: es simplemente la valuación del estado intencional subjetivo en cada uno de los agentes. Por el contrario, si provocado yo por C. entro en lucha con él y un extraño casualmente recién venido, impelido del odio que alimenta contra aquél lo mata, consideremos la ausencia de vínculo alguno de *afecto* entre el extraño y yo, el *desconocimiento* por su parte de la provocación por mí sufrida, y dígase en qué principio moral o jurídico se apoyaría la excusa a favor del extraño. Imagínese que yo he maltratado a C., pero éste se sobrepone y me maltrata; si yo vuelvo hacia él, ciertamente no he sido provocado, pero si mi hermano llega casualmente y viéndome en tierra bajo los golpes de C., su ánimo se conmueve y lo hiere, se deberá acordar una excusa a mi hermano aunque se niegue respecto de mí, y será indispensable negármela a mí aun cuando se acuerde para él. El dolo es individual, e individual ha de ser cualquier gradación de él. Repito, pues, como regla absoluta, que todas las excusas cuya raíz está en la fuerza moral subjetiva del delito, deben regularse mediante cálculo especial en cuanto a cada uno de los delincuentes. No comprendo, merced a qué preocupación, esta verdad admitida por todas las jurisprudencias en materia de atenuantes, vacilen algunos para admitirla a propósito de la más exacta evaluación de los grados del dolo.

§ 377. He asentado los precedentes expuestos a fin de abrirme paso en la solución de la duda sobre el segundo caso indicado, pues entiendo que negada la insostenible tesis de la *indivisibilidad* de la excusa, y sostenido, por el contrario, el principio de *individualidad* de aquélla, la solución de la duda no parece difícil ni disputable.

§ 378. ¿Qué ha hecho el C. t. al negar al hijo matador de su padre la excusa de la provocación? Sancionar el sumo principio moral de la reverencia debida a la sacra persona de los ascendientes. Si el padre se lanza a indebidas violencias con el hijo, éste no debe olvidar que es su padre. Aquí no se aprecia el derecho del provocante, sino la posición del provocado. Lo mismo existe la perturbación de lo por la injusta sevicia del padre, como en el extraño; pero la ley reprueba esa perturbación en el hijo y si no la tolera, compadecida por lo menos de la humana flaqueza, la excusa el otro. La perturbación en el hijo no es considerada *justa*, porque la ley la rechaza y al hacerlo a repetir un precepto de la ley natural, que los hijos sufrir con paciencia hasta los excesos de quien les dió el ser. Es, por lo tanto, un índole excepcional sufrir las violencias sin contra ellas. Este deber no puede exten-

derse a los extraños. Luego la razón de la *inadmisibilidad* de la excusa no es común a los extraños. Han de ser juzgados éstos según la situación de su propio; en ellos es *justo* el resentimiento y el dolor, que son *injustos* en el hijo. Si veo maltratar a mi mujer, mi resentimiento es justo, como lo es si soy yo el maltratado, aunque en uno y otro caso el ofensor sea el padre de aquélla. Nadie duda de la procedencia de la excusa en mi favor si llego a matar a mi suegro por reacción en mí obrada a causa de los malos tratamientos inferidos por aquél yo ataco a mi suegro mi mujer se me une, surge ya la duda terrible. Mi mujer es hija de mi agresor. Si es declarada *autora* o *coautora* de la muerte, no hay excusa para ella, porque así lo dispone sabiamente la ley. Pero la excusa que me favorecía en la reacción contra mi agresor hasta el momento de intervenir en la lucha la hija del mismo, ¿desaparecía de improviso por un efecto de magia? La ley que evaluaba justamente mi resentimiento racional como excusa de los primeros golpes por mí asestados al adversario, ¿anulará repentinamente esta concesión por intervenir un hijo de aquél uniéndose a mí para herirlo? La degradación favorable cuando era *autor* del delito, ¿no me aprovechará si me l convertido en cómplice? Donde se sostuviese este modo de ver el formulismo de la denominación de autor o coautor representaría más fuerza que la verdadera. La ley natural y la ley social no me imponen el precepto de la obediencia pasiva y del sufrimiento de las ofensas producidas por un extraño. Debo ser juzgado según el conjunto de hechos en cuanto dependa de la *materialidad de los hechos*; en cuanto dependa de la condición del ánimo y de los deberes individuales, debo ser juzgado según mi posición particular.

§ 379. En este sentido resolvió claramente el problema el C. e. de 1848 en el art, 69, cuyo texto conviene reproducir: *Las circunstancias agravantes o atenuantes que consistieren en la disposición moral del delincuente en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal, servirán para asegurar o atenuar la responsabilidad sólo de aquellos autores, cómplices o encubridores en quienes concurrieran. Las que consistieren en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarlo, servirán para agravar o atenuar únicamente la responsabilidad de los que tuvieran conocimiento de ellos en el momento de la acción o de su cooperación*[1]. Interesa consultar sobre este artículo al comentario de PACHECO. El principio del respecto al elemento moral en la complicidad tiene aquí su más amplio desenvolvimiento. Paréceme que se inspira en los mismos prin-

1 Sin variación alguna se mantuvo esta regla en la reforma de 1850, V se conserva en la de 1870, art. 80. (N. del T.)

cipios, aun cuando no llegue a todas las consecuencias, el art. 103 del P. portugués: *En el caso de pluralidad de agentes*, *las circunstancias agravantes o atenuantes, que afectan a la criminalidad del hecho en sí, extiéndese a todos ellos*; *las que sólo modifican la culpabilidad personal de alguno*, *no se extienden a los otros.* Ciertamente el ímpetu de los afectos es circunstancia relativa a la menor *culpabilidad* del agente.

§ 380. Más explícito es el art. 105 del C. s. n. de 1861: *Las circunstancias o las cualidades permanentes o accidentales inherentes a la persona por las cuales se excluye, se aumenta o se disminuye la pena de cualquiera de los autores, agentes principales o cómplices, no se aprecian para excluir, aumentar o disminuir la pena respecto a los otros autores, agentes principales o cómplices del mismo reato. Las circunstancias materiales que agravan la pena de un delito, dañan únicamente a sus autores y a aquellos cómplices que las conocieron en el momento de la acción o de la operación constitutiva de su delincuencia. Cuando las circunstancias materiales constituyen por sí mismas un reato, perjudican únicamente a los autores y cómplices del mismo.* BLANCHE *(Deuxiéme étude p. 37),* ha considerado este segundo caso en el tema análogo del conyugicidio, y concluye con estas frases: *porque uno de los autores sea inexcusable, ¿no podrán los otros aprovecharse de la excusa que la ley les autoriza a invocan No lo creo*. Yo creo lo contrario, y hubiera deseado que el eminente criminalista hubiese desenvuelto con su poderoso raciocinio el principio superior en que se inspira para dar esa solución. La indivisibilidad del título es el obstáculo insuperable a los criminalistas franceses para el más amplio y completo desenvolvimiento de aquel principio.

§ 381. Esta dificultad no nos ocurre con el Código t. Así puedo terminar este difícil examen, dejando a un lado el controvertido problema del *parricidio*, que entre nosotros se ha hecho académico, y esperar su solución de los sabios extranjeros, para los cuales tiene interés palpitante y vital. Se acepta la *comunicabilidad de la condición personal en el hurto doméstico* y en los demás casos en los cuales la condición personal de uno de los cuales la condición personal de uno de los partícipe tiene verdadera realidad porque es propia para la ejecución del reato. En el *parricidio* y malos tratamientos causados a los padres no hay cuestión alguna para nosotros los toscanos, sobre oscilación de título ni acerca de comunicación de la *cualidad personal*; es cuestión de comunicar o no la repulsión la excusa; es cuestión de no admitir por efecto las condiciones individuales del culpable una *disminución de imputación*, que por regla general resultase declarada en la ley. Las circuns-

tancias tocantes al *hecho*, que disminuyen la imputación, en ser comunes atendida su naturaleza. Pero atenuantes, que proceden de *condiciones del ánimo* son necesariamente individuales e incomunicables. Creo, por lo tanto, que si el cómplice del hijo presenta en sí mismo los términos constitutivos de la excusa legal, no deberá ser privado de ella por consecuencia de una interpretación extensiva de la ley, que niega la admisibilidad de la excusa al culpable, en el cual se da la cualidad de hijo. Lo establecido por la misma jurisprudencia francesa en punto a *circunstancias atenuantes* (sobre las cuales sin vacilación alguna se conviene que puede el tribunal admitirlas a favor de un delincuente y negarlas respecto del otro partícipe), procede también rectamente en cuanto a las circunstancias extraordinarias, según los términos de nuestro art. 309. La ilación aquí se nos presenta como irrecusable. Pero la buena lógica exige que la diversidad de incriminación entre persona y persona admitida en el caso de homicidio premeditado, se aplique también al homicidio instantáneo, según el art. 310. Sobre la identidad de razón que milita, convida a rechazar una diferencia la repugnancia manifiesta que se produciría usando de mayor severidad en un caso que en el otro.

§ 382. Fuera de los tres casos excepcionales de *modificación*, las reglas generales proceden sin duda alguna, y la imputación se distribuye entre delincuente principal y accesorio, entre accesorio y accesorio, por la doble razón de las dos fuerzas, que deben concurrir como elemento *constitutivo* de todo hecho criminal y de las cuales se deriva el criterio *regulador* de su cuantidad y de su grado. Lo que vale tanto como decir, que la imputación se reparte según la regla de la *cuantidad moral* y de la *cuantidad física* de la complicidad.

APÉNDICE I

UN CASO ESPECIAL DE TENTATIVA

I. Con ocasion de un hurto de gas se suscitó en Alemania viva contienda entre eminentes Profesores, sobre el punto siguiente: ¿*Puede imputarse conjuntamente a un ladrón por hurto consumado y por tentativa de hurto a consecuencia de la relativa tentativa de que se haya hecho culpable en la misma acción*? Es evidente que la duda surge sobre los términos de una *misma acción.* No se supone ejecutado *hoy* por el ladrón el hurto de una parte de los valores que quería apropiarse y que mañana volviese a intentar el hurto de una parte de los valores que quería apropiarse y que mañana volviese a intentar el hurto de los *restantes*. En estos términos no cabe duda, porque la nueva acción es distinta ontólogicamente de la primera y cada una de ellas presenta los términos de un delito de por si subsistente, los cuales podrán relacionarse en casos dados mediante el nexo jurídico de la continuación, pero nunca considerarse delito único. La hipótesis ideada es la siguiente: Cayo se introduce en una casa en que había dos mil liras, con el propósito de robarlas todas. Ha tomado ya veinte, poniéndolas en su bolsillo, pero es sorprendido en aquel momento y no puede apoderarse de las mil novecientas ochenta restantes. O ha robado ya mil v descubierto, no logra apoderarse de las otras mil. Se pregunta: ¿Debe ser castigado únicamente por el hurto consumado de las veinte liras o de las mil? ¿Por el hurto intentado de las dos mil? ¿Conjuntamente por el hurto consumado de veinte o de mil, y por el intentado de las otras mil novecientas ochenta o mil? A estas preguntas responde GEYER, sosteniendo la acumulación de la pena del hurto consumado con la correspondiente a la del intentado. GLASER, por el contrario, sostiene la aplicación de la pena de hurto intentado por las dos mil liras, absorbiendo en ésta la penalidad correspondiente al hurto de la parte arrebatada, porque este hecho sólo representa un principio de ejecución del proyectado hurto de dos mil liras. Considero radicalmente falsa la opinión de GEYER, e incompleta la solución de GLASER y creo que la cuestión ha de resolverse mediante una tercera fórmula más coherente a los principios y

más conforme a justicia en la aplicación práctica. Comienzo observando primeramente que no se dan aquí los términos de la *continuación*, a lo menos según las nociones admitidas acerca de ella en nuestra y en Toscana. Tratándose especialmente de hurto, no es posible hallar *continuación* de delito en la mera repetición de acciones donde no se dá repetición de acciones. La repetición de los *actos* es tan connatural al hurto y casi inseparable de él, que derivar de ella la noción del hurto continuado, equivaldría al absurdo de tener como continuados todos los hurtos que versen sobre más de un objeto. Un ladrón desprendiendo un ramo de cerezas con cincuenta de ellas, será menos castigado que otro, que subiéndose al cogiese veinte cerezas. Porque éste, repite veinte veces el *acto* material de tomar una cereza erándose de ella con el fin de lucrarse, cada de cuyos actos representará en sí mismo un delito completo de hurto. Lo mismo puede decirse ladrón de dinero, castigado menos por robar un con sesenta duros, que si tomase veinte uno guardándoselos. Está en la naturaleza del de hurto y de otros varios la repetición de los *actos*, sin que a causa de ello haya de abandonarse la noción del delito único.

Dejemos, por lo tanto, a un lado la teoría de la continuación, para lo cual no hay términos hábiles en el caso propuesto, que de otra parte sólo es una sustitución de la respuesta adecuada; sería partir inoportunamente de cierta noción, que presupone decidido el extremo de la *pluralidad* de delitos; sería, finalmente, incurrir en petición de principio clarísima. Si el problema se resolviese en el sentido de la pluralidad de delitos, y de imputaciones, podría entonces pensarse si habían de imponerse las dos penas a la vez o reducirse a una mediante el principio de la continuación. GEYER sostiene la existencia de dos delitos punibles. Uno consumado, otro intentado, a los cuales se han de aplicar por consiguiente las penas respectivas en cada caso. La doctrina, ante todo, es radicalmente injusta, porque debiendo por necesidad jurídica determinarse en toda tentativa un *elemento material* constituyente de su fuerza física subjetiva, para considerarla políticamente imputable, es necesario atribuir al acusado de tentativa como elemento material de ésta, una serie de actos externos idóneos, que no constituyen el *principio de ejecución*. ¿Dónde, pues, se dan en el caso propuesto los actos externos *exclusivamente referibles* al segundo delito atribuido, esto es, a la tentativa de hurto del resto de la suma? Evidentemente se hacen servir a dicho objeto, la entrada del ladrón, la apertura del mueble y la aprehensión de las primeras vente o mil liras. Pero todos estos actos pesan ya en la balanza de la justicia; todos se imputan el justiciable como elemento material del hurto consumado, cuya pena se le impone, lis injusto imputar dos veces

el mismo acto. Respecto de la tentativa cuya pena se busca, sólo queda la simple intención y con ésta se pretende constituir una tentativa punible.

Además, la doctrina de GEYER conduce al absurdo. Para hacer palpable esta verdad hagamos aplicación de nuestra hipótesis a un texto legal, por ejemplo, el C. t. El hurto de más de mil liras es castigado con el *máximum* de cárcel hasta cinco años (art. 576, letra *e*). La tentativa de hurto desde doscientas a mil liras, se castiga con el máximum de cárcel hasta diez y ocho meses (art. 45 en relación con el 376, letra *d*). Si, pues, eran dos mil liras y el ladrón las hubiese robado todas, no se le podría imponer pena superior a cinco años de cárcel. Si robó, esto es, tomó y guardó mil doscientas, este hecho motiva por el hurto consumado, la aplicación de cinco años de cárcel. Pero existe la convicción de que el ladrón quería apoderarse también de las ochocientas liras restantes y la doctrina de GEYER autoriza a imponerle sobre los cinco años de cárcel otros diez y ocho meses más, por la supuesta tentativa de hurto de ochocientos liras. Se estatuye, sin embargo el máximum de cinco años para el ladrón que ha hurtado dos mil liras, y se autoriza el castigo de seis años y medio, del que queriendo robar las mismas dos mil liras, sólo consiguió apoderarse de mil doscientas, siendo interrumpido en ese momento.

Se castiga más, por consecuencia, al último que consumó una lesión menor del derecho atacado, por la simple razón de no haber conseguido realizar completamente su propósito criminoso lo cual envuelve un contrasentido y es absurdo. Pues GEYER encuentra una razón especial para sostener su hipótesis, por la particularidad de suponer aprehendidos tan sólo cuatro florines. Y como el C. austríaco declara *contravención* el hurto de cuatro florines y crimen el de mil, le parece que no hay contradicción alguna en sostener la existencia de *contravención consumada* y *tentativa de crimen* en un mismo acto. Merced a esta observación es creíble, una vez comprendidos los abstrusos pensamientos de GEYER, que éste defendería diversa doctrina si el ladrón se hubiese apoderado, no de cuatro florines tan solo, sino del número suficiente exigido por el C. a. para que el hurto se convierta de *contravención* en *crimen*. Admite que sería contradicción castigar a uno por tentativa de homicidio a causa de una primera lesión inferida, y por homicidio consumado en virtud de la muerte producida por otra segunda herida. Pero no repugna, añade él mismo, la concurrencia a la vez de una condena por lesión grave con otra de tentativa de homicidio en una misma acción, porque ambos títulos pueden coexistir idealmente, cuando la ley establece una línea divisoria entre la lesión y el homicidio, entre la contravención y el

crimen. Este orden de raciocinio alcanza a un concepto más vasto, que informa además de la presente otras cuestiones muy interesantes del derecho penal. Se relaciona con el concepto de escuela nominalista, la cual muchas veces toma criterio superior para decidir una u otra cuestión la accidentalidad de tal o cual *nombre* atribuido a un hecho. Para nosotros, partidarios de la escuela *ontológica* el *nombre* es un mero accidente. *A priori* la ciencia no conoce *nombres*, sino *hechos*. Estudia éstos y les aplica las reglas jurídicas, según los principios fundamentales. Repugna decir que el ladrón consumó el hurto si se apoderó de cuatro florines, y luego sostener que no lo consumó si llega a apoderarse de cincuenta, como viene a admitir GEYER, merced cuya distinción *ideal*, el hurto ya consumado de cuatro florines desaparece, porque el de los otros. El mero accidente nombre no funda distinción alguna. Si el comenzar a apoderarse del dinero, cuyo robo total se pretendía constituye principio de ejecución del hurto todo él cuando se tomaron diez monedas, debe lo del mismo modo cuando fueron tomadas cuatro fin criminal es uno sólo. Toda la serie de actos exteriores ejecutados por el delincuente, forman cadena de otros tantos momentos físicos de la ejecución de aquel fin. La definición del reato, según la resultancia de momentos sucedidos o según la maldad del propósito, dependerá, como desde la gravedad relativa; pero en todo caso de apreciarse un solo título. Repugna que un solo propósito criminal enderezado a un fin único, y una sola serie de actos ejecutivos congéneres todos ellos y convergentes al mis maleficio, se dividan para dar margen a dos diversa penalidades. También en el hurto y en la efracción existe la distinción nominal, sobre la cual funda GEYER su diferencia ideal, porque el hecho del *daño producido* en el inmueble, y el hurto de cosa mueble, *tienen en la ley*, según la fórmula de GEYER, una *línea determinante* que los separa. Distinto en el *nombre* el *daño* del *hurto*, puede ser distinto en la *clase* de disposiciones eventuales de una ley positiva, que ponga aquél en la categoría de contravenciones y éste en la de crímenes. Mas ¿deberá por ello aplicarse al ladrón efractor la doble pena del hurto y de daño?

Más conforme a los principios, sostiene GLASER, que en la propuesta hipótesis debía imputarse un solo título y aplicarse una pena sola, en lugar de imponerla doble a causa de la interrupción sobrevenida. Observó que el culpable de tentativa de lesiones graves no es castigado a la vez por esa tentativa y por las lesiones leves consumadas, aun cuando éstas no pasen de contravención. Mantiene dominante la unidad de propósito, cuya ejecución completa requería una serie compleja de momentos sucedidos. Y no concibió la divisibilidad en dos títulos de reato, constituido el uno por los hechos ejecutados, el otro por la intención a causa de haberse realizado

un número mayor o menor de los momentos. De donde concluye acertadamente por la imputabilidad de un solo título. Pero al formula cuál debería ser ese título único se pronunció indistintamente por el de *tentativa de hurto* de la suma total que se quería robar, en lo cual anduvo inexacto. Desde luego, por lo tocante a la indistinta proclamación de la tentativa, bien pudiera objetársele, que semejante doctrina conduce al absurdo. Supóngase que el ladrón, dada nuestra hipótesis aplicada al C. t. hubiese ya tomado mil doscientas liras. Incurrió por ello en la pena de cárcel hasta cinco años (art. 376, letra *k*). Pero el ladrón quería robar mil liras. Si aceptarnos sin distinción alguna la fórmula de GLASER, deberá sostenerse que la aprehensión de las mil doscientas liras constituye un principio de ejecución del hurto de dos mil y por tanto habrá de imputarse tan sólo tentativa de hurto de dos mil liras, castigándole con cárcel, que ceda de treinta meses. Luego a ese ladrón, a quien por haberse apoderado de mil doscientas liras se le pueden imponer cinco años de cárcel, sólo se le impondrán treinta meses, si declara y prueba su propósito de robar más. Luego la mayor perversidad del propósito se convierte en circunstancia atenuante de la imputación del reato. He aquí el absurdo. No es, por lo tanto, absolutamente verdadera la fórmula en virtud de la cual debe aplicarse la pena de tentativa de hurto de toda la cantidad. Es indispensable mantener firme el concepto de la unidad del título, pero expresado mediante fórmula, que permita distinguir según las cosas, y cuyos resultados lógicos sean conformes a justicia.

La fórmula existe si acudimos a la doctrina de CARMIGNANI. Es la fórmula de la *preferencia* (*prevalenza*), con la cual el ¡lustre restaurador de la ciencia penal resolvió perfectamente los más abstrusos problemas, tanto en el conflicto de muchos títulos, en punto a clasificación de reatos, como en el conflicto de tentativa y de delito consumado. Firme el principio ontológico de la *unidad de acción* y *de fin*, por virtud del cual no es posible hallar conjuntamente dos diversos títulos de reato en un mismo hecho, aunque dividido naturalmente en varios momentos ligados entre sí por la relación de medio a fin, varia la necesidad de determinar a qué ente jurídico deben vida una serie de momentos sucedidos hacia determinado fin, cuando por acaso los diferentes medios empleados hiciesen surgir la lesión de varios derechos, o cuando la lesión de éstos se diferenciase de la producida por el último acto representativo del fin del agente. En semejante indagación era imposible dejar de caer en absurdo, según los casos, dictando una regla general que reconociese el criterio determinante del título, bien en los medios solamente, bien en el fin. Este criterio no era derivable de la condición del medio o de la índole del fin, sino que se requería invocar una regla más amplia

ontológica, quiero decir, en la cual lo más prevaleciese sobre lo menos. Tal es el concepto de la fecundísima teoría de la *preferencia*. Entre todos los momentos componentes de la acción criminosa, refiéranse a los medios o al fin, ha de estimarse aquél que ataque un derecho de mayor importancia o aquel que, según la ley, haya de ser más severamente castigado. Y en él ha de buscarse el criterio regulador de la esencia jurídica del reato y mediante aquél definirlo. Cualquier otro criterio de falaz en la aplicación práctica, y no es admisible como absoluto. ¿Cuál otro criterio adolece de falaz en la aplicación práctica, y no es admisible en absoluto?¿Cuál es, en último término, el interés, cuál el fin del jurista al estudiar el título de maleficio aplicable a un hecho la necesidad de servir a la justicia, esto es, la pena no exceda del merecimiento de ella, por motivo de la intención del agente, ora a causa de sus actos materiales y al propio tiempo, que no sea inferior a la más grave merecida en cualquiera de ambas relaciones. Si se cae en error el primer aspecto, la justicia resulta violada a cargo del justiciable, al cual se impone una pena no merecida. Si el error se produce en cuanto a la segunda relación, se viola también la justicia a cargo de la sociedad, a la que no se presta la defensa suficiente. Cuando, por el contrario, se aplica la pena debida sea en relación a los *medios* empleados por el culpable, al más *odioso* entre ellos, o sea por lo tocante al *fin*, nadie puede quejarse y se hace justicia. No puede quejarse el culpable, porque sufre la represión merecida por razón del medio o del fin más odioso de que se ha hecho deudor. No puede quejarse la sociedad, porque con la represión más grave queda suficientemente protegida. Mas para llegar a este resultado de aplicar siempre la represión mayor, con el fin de no dejar al descubierto la tutela jurídica de alguno de los derechos atacados o como medio o como fin, parece necesario definir preventivamente el carácter jurídico del reato en razón del derecho más importante entre los ofendidos. En cuya operación se procede con razón simple cuando la diferencia se busca entre dos delitos consumados, porque el hecho corresponde siempre a la intención. Pero la razón es compuesta cuando la comparación versa entre delito consumado y tentativa. Así, un hurto consumado de cien liras, es siempre más grave que otro también consumado de cincuenta. Pero una tentativa de hurto de cien liras puede ser a las veces considerablemente más leve que un hurto consumado de cincuenta. Porque a los dos elementos positivos de ciento y de cincuenta, se agregan en el cálculo de comparación los elementos del daño efectivo representado por la tentativa. Y puede ocurrir, que en la evaluación de la respectiva cuantidad política la diferencia de ambas sumas llegue a compensarse por la diferencia entre el daño efectivo y el mero peligro. Pero si la teoría, que decide sus problemas y determina sus nociones *a priori*, no puede entrar en ese segundo cálcu-

lo de comparación, el cual supone un derecho constituido, el magistrado, al decidir casos prácticos teniendo a la vista un derecho y una penalidad determinados, no puede seguir estrictamente las deducciones de la teoría cuando vea que contradicen al principio fundamental de aquéllos. Debe, por el contrario, para salvar éste, unificar las deducciones teóricas.

Por tal motivo, cabe mirar la teoría de GLASER como verdadera científicamente en abstracto, prescindiendo de las diferentes penalidades establecidas en un C. respecto á la tentativa. El magistrado tiene presente el C. y cuando vea que la penalidad en él estatuida para la tentativa de delito más grave, es a la impuesta al delito consumado más leve se encuentra frente a frente de este resultado: la teoría le manda aplicar la noción de la tentativa, porque ha supuesto exceso del fin sobre el medio; el derecho constituido, a la inversa, ha hecho nacer en aquel medio sobre el fin; el delito consumado, en el cual residía de ejecución, aunque más ligero, ha impuesto pena mayor que la establecida para la tentativa de delito no consumado, aunque éste sea más grave. Entonces sirve a la justicia atendiendo al principio de la preferencia, porque la regla dominante en todas las cuestiones forenses no reside en las deducciones, sino en el principio fundamental. Una deducción puede ser verdadera y exacta en 99 casos, por no obstar al principio del cual dimana. Mas si surge un caso nuevo en el que la d obsta al principio, no puede ser verdadero, y no a la ley, sino a esto ha de prestarse obediencia.

Volvamos al caso práctico haciendo aplicación al C. t., con lo cual nuestra opinión se esclarecerá y demostrará al propio tiempo. El ladrón quería robar dos mil liras. La tentativa de este hurto (artículo 45 y 376, letra *e)* no puede castigarse con más de treinta meses de cárcel; ¿Qué suma tomó el ladrón? Si había tomado sólo cien liras, el hecho consumado sólo lo expondría a tres meses de cárcel. Hay aquí preferencia del fin sobre el medio, aun ante el derecho constituido (art. 376, letra *b*). La fórmula teórica procede tranquila en su aplicación: la tentativa de hurto de dos mil liras oscurece la sustracción de las ciento que constituye el principio de ejecución, como en la penalidad de dicha tentativa se absorbe con suficiente energía la penalidad de la sustracción de las cien liras. Por el contrario, si el ladrón se había apoderado ya de seiscientos liras, ha consumado un hurto que lo expone a tres años de cárcel (art. 376, letra *d*). Prácticamente resulta exceso del medio sobre el fin, porque en los cálculos del legislador la relación del daño ha sobrepujado la relación de la cantidad. En este caso no hay más que aplicar la doctrina fundamental del conato. Cuantas veces hay exceso del hecho realizado sobre el realizable o sobre el resultado apetecible, desaparece la

noción de la tentativa. No puede imaginarse la noción jurídica de ésta, punible como tentativa, cuando lo ya hecho resulta más gravemente penado, que la tentativa del total propósito criminal.

Aceptaría, por lo tanto, la doctrina de GLASER salvo el limitarla en su aplicación, cuando así lo exigiese el principio fundamental de la preferencia, en cuyo caso impondría sólo la pena de la sustracción ya consumada, no pudiendo tomar en cuenta la tentativa respecto a lo demás, para no imputar dos veces el mismo elemento material, o sea imputar una tentativa sin elemento material, como dije antes; esta es mi opinión.

II. Sobre la combinación jurídica resultante cuando el ladrón ha consumado en parte el hurto que pretendía realizar en un solo momento, pero descubierto y sorprendido no pudo consumar el anterior artículo criminal, expuse mi parecer en anterior, a propósito de la disputa surgida entre dos ilustres profesores GEYER y GLASER, mostrando como era preferible la opinión del segundo, a la cual propuse algunas modificaciones presentado como fórmula única para resolver exactamente el problema, la teoría de la *preferencia*. Esto lo escribía en 23 V 1864. Posteriormente se ofrecía en Toscana un caso práctico, respecto del cual el T.R. de Lucca, con sentencia de 12 IV 1864, pronunciábase por la duplicidad de reatos y de penas. El condenado recurrió al T.S. de C. y este por decreto de 12 VIII 1864 anulo la sentencia del T. de Lucca a causa del error jurídico de reconocer pluralidad de delitos y de penas en un hurto consumado en parte y en parte intentando.

Véase el hecho. El día 7 de Abril de 1863, Honorio Librusti y Domingo Frediani, usando de llaves falsas, se introducían en la casa Dumas de Liorna. Dentro ya, uno de ellos se apoderó primeramente de un reloj de plata colgado en la pared, guardándolo; después, empleando un cuchillo, comenzaron a forzar una caja cerrada, que contenía en especie mil seiscientos francos. En aquel momento fueron sorprendidos, y reconocidos culpables condenados por el T. referido: *H. L.*, *como coautor del referido hurto y tentativa de hurto contra D., en diez y seis meses de cárcel por el hurto consumado, y en tres años de la misma pena en cuanto a la tentativa, y D. F. en diez y ocho meses de cárcel por el hurto consumado, y tres años de la misma pena por la tentativa*. Recurrieron Librusti y Frediani en casación, y sus defensores (ahogados Olinto Gherardi y Juan B. Carrara) deducían como motivo de nulidad de la sentencia la violación de ley, consistente en considerar como dos delitos una acción criminal, que a su entender se unificaba otológicamente por la unidad de resolución y por la unidad de contesto,

o por lo menos se unificaba a causa de la continuación. Concluían, que tanto en el primero como en el segundo concepto, el hurto consumado del reloj y el intentado de los mil seiscientos francos sólo debían ser castigados con *una sala pena*. Véase ahora el decreto del T. S. sobre esta parte del recurso:

"Considerando, que dos de los condenados, D. F. y H. de los Inocentes o L., combatieron dicha sentencia en derecho porque apreció y castigó como dos delitos distintos y separados el hurto consumado y la tentativa de hurto contra los hermanos D., mientras que siendo aquéllos cometidos en idéntico lugar, al propio tiempo, con el uso de llave falsa y con fractura y en perjuicio de las mismas personas debían apreciarse y penarse como un solo delito, considerando bien fundado dicho motivo, por habiendo la referida sentencia apreciado en que el hurto consumado y el hurto intentado de los cuales son autores los acusados, constituían dos diversas imputaciones, penándolas separada y distintamente, aplicó mal los arts. 72 y 75 del violó el 80, que limita la regla general determinada en el C. mismo, relativa a los delitos continuados, a los cuales ha de imponerse una sola pena, si bien aumentada dentro de los límites legales: *Anales de jurisprudencia, 1854, parte primera, columna 595. P. Q. M*. Casa la sentencia en la parte penal, estatuida por la sentencia del T. R. de apelación de Lucca de 12 IV 1864, condenatoria de D. F. y H. de los Inocentes o L., v remite la causa al T. Real de Florencia para que allí sea vista y decidida a los efectos de los arts. 559 y 562 de las Declaraciones e Instrucciones de 9 XI, 1838".

Resuelto el punto de tal manera por medio del T. regulador, creo que en adelante no se producirá duda alguna entre nosotros a este propósito. Cuando ocurra la sorpresa del ladrón consumada ya una parte del hurto, pero no todo lo que pretendía, no podrá hablarse contra él de dos delitos ni de acumulación de penas, sino que deberá imputársele un solo título, aplicándole la pena de éste. Hasta aquí el problema aparece resuelto según la opinión expuesta en mi anterior artículo. Pero queda por indagar cuáles fuesen los motivos determinantes del pensamiento contrario en el T. R. de Lucca, y resta también meditar algún tanto sobre las ulteriores consecuencias en aplicación del principio establecido por el T. S.

§ 1. La frecuencia con que en mi larga práctica he disputado con el Ministerio público sobre el punto de la unidad o de la acumulación de penas, me revela (no creo engañarme) la causa del error jurídico censurado por el T.S. al T. R. de Lucca. Según nuestro C., es condición de la unificación jurídica de dos acciones criminales, que la única resolución criminal haya

llevado a más de una violación de la *misma ley*. Luego toda la duda estriba en la inteligencia del verdadero concepto a que alude el legislador toscano, cuando requiere para la unificación jurídica aquel extremo de la *identidad de la ley* violada. Algunos pensaron (objetándomelo diversas veces en el foro), que esto fórmula quería significar varias violaciones del mismo artículo de la ley. Me explicaré. Trátase de un hecho que produce dos lesiones graves. Ambas se comprenden en un solo artículo del Código; luego se dan varias violaciones de la misma ley. Pero se trata, por el contrario, de una lesión grave y otra leve. Pues (se me dice) hay que aplicar dos penas, acumulando la de la lesión grave con la de la leve; no pueden éstas mirarse como una lesión continuada; no pueden unificarse una sola represión, porque no es una sola la ley violada: son dos distintos artículos. Lo mismo he oído repetir tratándose de un hurto cualificado, que además de concurrir con otro de la misma especie, concurría con uno simple E igualmente he oído sostener otro tanto en muchos casos análogos.

Conjeturo que el T. R. de Lucca rindió homenaje a esta doctrina, cuando creyó imposible considerar como un solo delito continuado el hurto intentado y el hurto consumado por Librusti. La tentativa se castiga en el art. 45; el hurto consumado en el 376. Los acusados violaron una ley con el primer hecho y otra con el segundo; no se puede hablar unidad ontológica y menos aún sostener la unificación jurídica, porque no se trata de varias violaciones de la misma ley. Es, por lo tanto, necesario infligir las dos penas. Semejante interpretación, censurada por el T. S. con gran sentido, es inaceptable, porque conduce al absurdo. Lo demostraré evidentemente. Según esa doctrina, si Ticio, en medio de una riña, ha herido gravemente a dos individuos, no se vacila en aceptar la unificación. Está prohibido imponerle más de tres años de cárcel.

Pero si Cayo, en la misma riña, hirió a otros dos individuos, gravemente al uno, ligeramente al otro, es diverso entonces. Hay dos leyes violadas: no estamos en el caso de la absorción, sino en el de la acumulación y, por lo tanto, es imposible imponer a Cayo los mismos tres años de cárcel por la lesión grave y ocho meses además por la herida ligera. Si Cayo pregunta el motivo, la causa de ese recargo de ocho meses de pena en relación con la impuesta a Ticio, será preciso responderle: porque la segunda lesión producida por Ticio era grave y la causada por ti era ligera. Sempronio consuma sucesivamente dos hurtos, ambos cualificados. Seyo consuma uno solo y el otro no pasa de tentativa, o el primero era cualificado y el segundo no pasa de simple. La consecuencia es idéntica a la del ejemplo anterior. A Sempro-

nio no se le puede imponer, a lo sumo más que el máximum de la pena de un hurto. A Seyo sobre el máximum de dicha pena puede imponérsele la de tentativa o la de hurto simple.

¿Por qué? Porque el segundo hurto de Sempronio era cualificado o consumado, y el segundo de Seyo era simple, o no excedió de tentativa.

¿Es posible mantener como buena una interpretación que a tales absurdos conduce? ¿Es posible que cupiera en la mente del legislador toscano sancionar tales exorbitancias? El sentido moral y et sentido lógico se rebelan contra ello. La razón debe encontrar diversa interpretación y muy distinto propósito, para no dar motivo a esas injusticias.

Cuando el legislador toscano prescribió para la unificación jurídica la *identidad de la ley* violada, no entendió referirse con la palabra ley a la estricta consideración de un número; no hizo alusión al artículo o al párrafo. Al suponerlo así se viola la letra del precepto, porque éste no dice *artículo de la ley*, sino *ley*. Luego el pensamiento por mi combatido, agrega arbitrariamente, en el precepto que trata de interpretar, una frase no contenida en él. Si apelamos después a la razón del precepto, resulta clarísimo el legislador quiso referirse con la palabra *ley* a una cosa abstracta, no material: por modo alguno contraía a la accidentalidad de una página, de un número, de una fecha. Miraba más alto en la ley protectora del derecho. Quería, en una palabra, expresar la *identidad del derecho* atacado. Esto significó con las palabras *misma ley*, esto es, la ley primitiva, que proclama la inviolabilidad por parte d hombre, de cada uno de los derechos de la humanidad. Una es la ley que protege el derecho de 1a integridad; una la que ampara la propiedad; una la que guarda el honor; una la que defiende el pudor; una la que garantiza la religión; una la que mantiene incólume al Estado, y así de las demás. Así lo entiendo y veo con perfecta claridad que quien ofendió el honor y quien atacó la propiedad violan dos leyes distintas. Pero no entiendo que cuando uno ha atacado dos veces a una misma persona, haya de decirse que ha violado dos diversas leyes, porque la primera de sus víctimas estuvo imposibilitada por treinta y un días, y la segunda durante treinta, el número del artículo, el apartado, no son más que accidentes exteriores de la forma dada al precepto cuya intrínseca sustancia y cuya índole jurídica no alteran. Si el legislador hubiese querido esto, habría claramente exigido la identidad de la pena, pero de ésta no habló, como tampoco había hablado de artículos.

Es indispensable apelar a la razón fundamental de la teoría de la continuación. Ella no se contrae a una u otra penalidad especial. Deriva de un principio de alta justicia, que no tolera la duplicidad de pena respecto a dos acciones, cuando el elemento intencional de ambas es el mismo, aunque el elemento material se exteriorice en dos actos diversos. Y no lo permite, porque al castigar el primer acto se hace cargo al acusado del elemento de la perversidad psicológica que lo inspiró, cuyo elemento, una vez calculado a cargo del culpable, no puede, en buena justicia, volverse a calcular por segunda vez en el segundo hecho. Hay, si, dos delitos, bajo el aspecto material; existe uno solo por relación al elemento intencional. Es más depravado el que por dos veces toma la resolución de delinquir, que el resuelto una sola vez, y la justicia exige: que dos actos materiales y un solo acto de intención pesan menos en su balanza, que dos actos también materiales y dos de la voluntad. Esta es la única razón plausible de la teoría de la continuación. De otra suerte se reduciría a un empírico recurso de fácil benignidad. Pues si nos atenemos a este principio fundamental, es claro, que cuando el legislador toscano quiso una sola determinación criminosa, la exigió verdaderamente tal en todas las relaciones existencia ideológica. La quiso única, no tan subjetivamente, como puede malvado, que se proponga propio tiempo estuprarla, sil enderezada a la lesión de porque sin unidad de fin, la lógica no existe. Por ello, además de expresar el criterio de la unidad ideológica subjetiva con la frase *una misma resolución criminal*, quiso expresar el criterio de la unidad ideológica objetiva merced a la frase de *una misma ley*. Si así es, la palabra ley en este caso no significa otra cosa que el *mismo derecho*.

Cuando un malvado delibera delinquir no piensa en violar el art. 20 o el art. 100. Piensa violar un derecho de otro, mediante cuya lesión se promete recabar un bien sensible. La unidad ideológica de la determinación no se rompe porque en la redacción de un C., tales circunstancias sometan un hecho a determinado artículo y tales otras lo incluyan en otro. Se interrumpe aquella unidad cuando se piensa en violar el derecho de propiedad, y además, aunque sea al mismo tiempo el derecho del honor. Las violaciones de ambos derechos representan en la mente que las acaricia dos fines diversos, y si no se verifican en aquélla por razón del nexo de medio a fin, es preciso reconocer que las dos voliciones, aunque contemporáneas y en su génesis no separadas por un segundo de tiempo, fueron distintas. Por lo mismo, llamado el delincuente a responder de los dos hechos conjuntamente, con la materialidad del primero, se le imputa el primer acto de volición y con la materialidad del segundo, se le imputa el segundo acto de volición, sin que haya duplicidad de imputación. Otra cosa acontece si la duplicidad

de volición se pretende derivar de la accidental diversidad del artículo de la ley violado. Prescindiendo de considerar, que el inferir una herida leve y no grave; el intentar un robo y no consumarlo no entra en los cálculos y previsiones del delincuente, no es menos cierto, que en la esfera de tales previsiones por modo alguno concurre el cálculo del número del artículo o la lev, que servirán para castigarlo una vez descubierto. La decisión del T. S. en la causa Librusti es, por lo tanto, acertada e incriticable, por más ajustada a la letra de la ley y más conforme a los principios fundamentales de la ciencia, y porque impide consecuencias de exorbitante injusticia.

§2. ¿Cuáles serán las consecuencias de esta regla en las aplicaciones de la práctica? Esta indagación trae consigo dos distintas cuestiones: la primera se refiere a la determinación del *título*; la segunda ocurre al apreciar cuándo habrá de tomarse en cuenta la *unificación ontológica* y cuándo la *jurídica* simplemente. La primera duda sólo puede resolverse mediante la teoría de la preferencia. Convencido que el culpable de un delito consumado y de una tentativa debe declararse ¡responsable de un sólo delito continuado y someterse a la penalidad relativa, establecida por la ley para dicho delito, aumentada dentro de sus límites legales, es indudable que en muchos delitos será aplicable la correspondiente al delito consumado, porque en estos delitos, por ejemplo el homicidio, el estupro, no experimentando ordinariamente variación alguna en su medida por efecto de la *cuantidad natural,* debe suponerse el delito consumado es siempre mayor que la tentativa. Por consiguiente, la penalidad de los dos delitos unificados mediante la continuación deber buscarse en el artículo de la ley que castiga el hecho consumado.

Pero en los crimines que de ordinario muestran variedad en la *cuantidad natural*, puede cambiar en relación a ésta la medida de su penalidad , sucediendo a las veces, que la mera tentativa sea objeto de mayor pena que el delito consumado, no obstante corresponder ambos al mismo título. Acontece esto con más frecuencia en el hurto, allí donde la ley reconozca como norma de la pena aplicable el criterio de la cuantidad natural, esto es, la importancia mayor o menor de la cosa robada. Según este criterio, un hurto consumado de diez liras es menos castigado que una tentativa de hurto de mil liras. En semejante combinación no es posible considerar como superior el delito consumado a la tentativa en el mismo maleficio. Donde un justiciable sea reconocido culpable de hurto consumado y de tentativa unificados entre sí por el vínculo jurídico de la continuación, aunque ontológicamente sean distintos, no puede decirse exactamente que aquél se sujeta a la pe-

nalidad del hurto consumado, porque esta penalidad pueda ser menor de la señalada a la tentativa y sería absurdo eximirle de la pena merecida en el último caso, por la sencilla razón de haber ya consumado otro hurto, como lo sería igualmente eximirle de la pena del hurto consumado a causa de su tentativa de otro hurto. No es aplicable, por lo tanto, constantemente una fórmula concreta, sino la abstracta de la preferencia. Es necesario examinar el valor respectivo del objeto en la sustracción intentada y en la consumada; confrontar la respectiva penalidad establecida por la ley, según los dos valores y aplicar la pena más grave a la delincuencia continuada resultante de las dos acciones, sin parar mientes en la preferencia ideal del delito consumado sobre la tentativa, porque ella es absorbida por la preferencia real de la pena. Esta combinación se presenta muy favorable en el C. t.; en cierto modo es palpable en el caso Librusti. El Tribunal Real de Lucca lo condenó a diez y ocho meses de cárcel por el hurto consumado del reloj, teniendo en cuenta el escaso valor de éste, y a tres años por la tentativa de hurto de los mil seiscientos francos. Pues el decreto del Tribunal Supremo prohibiendo la duplicidad de las penas, quiso que la una fuese absorbida por la otra, y en verdad la del delito consumado se absorberá en la de la tentativa. Pero si la condición de los respectivos valores hubiese sido al contrario, la absorción habría debido verificarse en sentido opuesto. Me parece esta solución libre de toda dificultad.

La segunda cuestión es mucho más difícil y contestable. Veamos, ante todo, los resultados que de ella derivan para comprender su importancia. Cuando se disputa si dos acciones criminosas deben calificarse como dos distintos delitos o como uno solo continuado, la resultancia de la diversa solución es por extremo sensible. En el primer caso se aplicarán las dos penas; en el segundo sólo podrá aplicarse una. En el primero podrá darse la acumulación de los dos *máximum*; en el segundo no será permitido exceder en la pena la medida de un *máximum*. Bajo este aspecto, pues, la disputa es vital. Por el contrario, al disputar si dos acciones criminales son por su naturaleza un solo delito a causa de la conexión material o por la conexión ideológica de medio a fin, o si han de ser unificadas jurídicamente a virtud de la continuación, aunque ontológicamente sean diversas, la disputa tiene ya menor importancia, según el C. t. a lo menos, porque es cuestión de *mínimum* únicamente. De hecho la continuación entre nosotros, después de otorgar a favor del justiciable la reducción de la imputabilidad de los dos hechos a la de uno solo, obra en su agravio aumentando la pena al máximum[1]

1 A estas cuestiones, por extremos importantes y frecuentes en la práctica, se refieren los arts. 65, 88

dentro de sus límites legales, lo cual se reduce en sustancia, a que el Juez no es árbitro de aplicar el *mínimum* de la pena determinada tratándose de un delito continuado, sino que ha de exceder en algo de aquel mínimum, sea en días, sea en meses, según la naturaleza de la pena.

Ahora bien: si con arreglo a nuestro C. el Juez puede obrar dentro de los límites de la pena relativa sin dar cuenta de su juicio o sin que la ley le imponga limitación alguna en este su arbitrio, es evidente que la disputa dará escaso resultado práctico, aparte aquellos casos en los cuales el Juez, por un piadoso interés hacia el acusado, quisiese aplicarle el mínimum y no pudiese a causa del obstáculo de la continuación. Fuera de éstos, el Juez podrá ceder a la insistencia de la defensa, que sostiene la tésis del delito único, negando la continuación y no obstante infligir el *máximum* de la pena; como otras veces, podrá resistir a la tésis de la defensa y declarar la continuación, pero imponer pena muy inferior al máximum. Así la disputa en la práctica llega a reducirse con frecuencia a mera cuestión de palabras.

A pesar de todo, la definición del criterio, que separa la unidad ontológica de la unificación jurídica, es importante científicamente y muchas veces incierta en algunos delitos, por ejemplo los de hurto. Cuando los dos hechos criminales están separados por cierto intervalo, por ejemplo, si el ladrón, después de haber hurtado un objeto, vuelve a la casa y se apodera de otro, no hay duda alguna: existen dos delitos. Pueden unificarse mediante la a causa del nexo ideológico de la única resolución criminal. Pero bajo el punto de vista material son dos acciones criminales distintas. Si no medió interrupción de tiempo ni de lugar, y todos los actos se sucedieron constituyendo una misma acción, entonces hay motivo para dudar y razón de distinguir la pluralidad de los *actos* de la pluralidad de las *acciones*, listo es indispensable especialmente en el hurto, en cuyos noventa y nueve casos, de ciento, los ladrones se apoderan de más de objeto, y, por consiguiente, casi siempre puede objetárseles, que al apoderarse de uno de aquéllos consumaron el delito, lo cual es cierto; que al tomar otro objeto consumaron igualmente otro delito, también verdad, siendo, por lo tanto, responsables de hurto continuado.

La práctica constante de los Tribunales contradice este criterio. Diarios son los hurtos de varios objetos, y los ladrones son siempre imputados de hurto sin hablar de continuación. Si Frediani y Librusti hubiesen consumado

y 90 de nuestro C. p. (N. del T.)

el hurto del dinero como consumaron el del reloj, hubiéranse visto traducidos en juicio con la imputación de un solo hurto. Lo cual puedo asegurar citando innumerables ejemplos de ladrones, que introducidos en una casa o en una tienda sustrajeron muchos y varios objetos: dinero, telas, objetos de plata, alhajas y cuanto hallaron a mano. Pues no obstante, que la aprehensión de cada uno de dichos objetos representase un hurto consumado, la acusación los imputó e imputa como culpables de un solo hurto, sumando el valor total, sin hablar nunca de continuación derivada de la multiplicidad de los objetos sustraídos, porque deducir la continuación del hurto de la pluralidad de los objetos robados, es en verdad una exageración. Pues de ¿dónde nacen en el caso que nos ocupa la vacilación y el conflicto? La circunstancia que obscurece y dificulta la aplicación del verdadero principio respetado tranquilamente en otros casos, nace de una exagerada deferencia hacia el nominalismo; nace de ser uno de los hurtos consumados, e intentado el otro. Esto hizo considerar imposible la unificación jurídica al T. de Lucca, y a otros presenta como imposible también la unificación ontológica. Paréceme, salvo el respeto debido a otras opiniones, que la circunstancia de la imperfección de un acto criminoso y la perfección de otros, cuando son parte de un todo, que, completo, habría constituido un solo delito, no basta a romper esta unidad. Mi inteligencia no alcanza a comprender cómo de un ente único, si se hubiera completado resulte el fenómeno de formar dos por sólo el de quedar aquél incompleto en una de sus partes. Comprendo que matemáticamente la fracción consta unidad, una cantidad heterogénea, porque no pudiendo sumarse juntamente formar una cantidad única, y por el contrario, uno y medio han de considerarse ontológicamente y mucho menos jurídicamente, no puede decirse lo mismo.

Para demostrar esta creencia me basta una sola observación. Si el quedar imperfecto uno de los actos basta para destruir la unidad de la acción criminal, llegaremos inevitablemente a esta consecuencia: el Juez toscano puede castigar con el minimum de pena al que robó dos relojes; deberá castigar más severamente al ladrón de uno que fué sorprendido en el momento de robar el otro. A este último no puede aplicarle el mínimum sin incurrir en censura por violación de la ley. Esto quiere decir que constituye circunstancia agravante la sorpresa *in fraganti* del hurto. La teoría del hurto *manifiesto* no es de nuestro tiempo. O ha de negarse la unidad del hurto cuantas veces se roba más de un objeto, o ha de negarse a la imperfección de un acto en

poder de romper esa unidad. Seamos lógicos si queremos ser justos[1]. — Pisa 5 Septiembre 1864.

1 El T. R. de Florencia adoptó estos principios en su sentencia de 17 IX 1864, condenando a Frediani y Librusti por un *solo hurto* sin hablar de *continuación* y obedeciendo a la *preferencia* de la tentativa sobre el consumado. Véanse los términos de su decisión, que confirma los dos puntos por mí sostenidos.
"Examinados con arreglo a derecho según los términos expuestos por el T. S. en su decreto de 13 de Julio próximo pasado, por virtud de los cuales no pueden considerarse y castigarse como dos delitos distintos y separados el hurto consumado y la tentativa de hurto contra los hermanos Dumas, sino que verificados en el mismo lugar, al propio tiempo, con los mismos medios, esto es, uso de llaves falsas y fractura en perjuicio de las mismas personas, han de apreciarse juntamente y castigarse como un solo delito.
Considerando que para determinar la especie y la cuantía de la pena debe servir de norma el título de delito que se presentaba como más grave, el cual en el caso presente es, sin duda, el de tentativa, aunque sin prescindir del otro para tomarlo en cuenta para la evaluación y agravar la pena dentro de sus límites legales.

APÉNDICE II

CONTINUACIÓN DE LA TENTATIVA

En diferentes ocasiones he notado la gravedad del problema sobre si cabe establecer la continuación en la *tentativa,* haciendo observar que la jurisprudencia toscana todavía no se ha pronunciado sobre este punto. Veo ahora, que el T. S. de Florencia, en decreto de 2 V 1870 (*Diario de las Leyes,* año II*, núm. 6*), con ocasión del recurso *Zecchi*, ha resuelto afirmativamente. El razonamiento del T. es sencillísimo. Según el art. 80 del C. t., existe delito continuado cuando a un justiciable se objetan *varias violaciones de la misma ley cometidas en un mismo momento de acción o aunque en tiempos diversos con actos ejecutivos de la misma resolución criminosa*. Cierto es que una tentativa punible constituye violación de ley. Luego varias tentativas procedentes de la misma resolución criminosa, pueden constituir el delito continuado. Pero quien apoyado en la decisión referida creyese sancionado de un modo *absoluto* que la repetición de tentativas constituye siempre la continuación, formaría en mi sentir un juicio aventurado. Sabemos que los Tribunales de casación no establecen máximas absolutas cuando deciden la *improcedencia* del recurso, porque el T. regulador puede ser llamado a establecer una máxima general cuando decreta la *anulación* de una sentencia por infracción de ley; pero cuando rechaza, juzga solamente el caso especial sometido a su examen, y decide que en ese caso la ley fué bien aplicada. De modo que es libre, sin incurrir por ello en contradicción, de resolver después la mala aplicación de la ley en otro caso, el cual, en apariencia, análogo al precedente, ofrece, sin embargo, alguna diferencia de hecho, que la superior sabiduría del T. juzga motivo suficiente para una resolución diversa. Por lo mismo, antes de considerar establecida con la decisión de 1870, una regla absoluta, por cuya virtud toda repetición de actos ejecutivos de un delito constituye siempre continuación, conviene fijarse por un momento y distinguir de casos. Existe, en primer lugar, gran diferencia entre el concurso de una *tentativa* con delito *consumado* y la concurrencia de varias *tentativas*, que no pasan de tales. Donde se trate del concurso de una *tentativa* con

delito consumado, puede dudarse en primer término si aquellos dos hechos constituyen diferentes violaciones de la *misma ley*, porque una es la ley que castiga la tentativa y otra la que pena el delito consumado. Prescindamos, sin embargo, de esto. En la primera hipótesis es ineludible el criterio de la diversa *acción* y de la *discontinuidad* de las acciones. La única consideración de la existencia de *varias violaciones* de la ley, no es bastante a excluir el delito único dando vida al delito *continuado* de un modo absoluto y *constante;* porque sería absurdo aplicar semejante regla a *varios actos ejecutivos,* que si bien constitutivos uno de ellos de violación de ley, no son más que parte y continuación de la misma *acción.* En tal caso se dirá, que el delito *consumado absorbe* todos los actos ejecutivos precedentes, los cuales se encarna y compenetran en él para formar un solo ente jurídico. La cosa resulta palpable valiéndonos de algunos ejemplos. Ticio ha puesto por obra la fabricación de falsa moneda, prepara el metal, abre troqueles, pero no ha fundido todavía la moneda. Es responsable de *tentativa de fabricación,* que constituye indudablemente violación de la ley. Pero no es descubierto. Transcurridos algunos días, vuelve a su obra, perfecciona los troqueles y funde la moneda, que resulta ya perfecta y disponible para la expendición. Se ha consumado el delito de falsificación de moneda. Si en el proceso se llega a comprobar lo ejecutado por Ticio hoy para consumar el delito y lo que hizo ocho días antes para dar *comienzo a la ejecución*, ¿se dirá que existen tentativa de falsificación y falsificación de moneda consumada, recíprocamente continuadas entre sí? ¿Es posible afirmarlo? El más o el menos de pena del falsificador ¿dependerá de que haya fabricado toda la moneda en un día o en varios? Por tal manera, la *inexperiencia* se convierte en agravante, y la *habilidad* criminal en atenuante. ¿O se dirá que todas las falsificaciones de moneda son delitos continuados, porque no se consuman mediante un solo hecho instantáneo como algunos homicidios, sino que requieren una *repetición de actos*? Tal seria la consecuencia indeclinable impuesta por la lógica a quien tomase como absoluta la regla de que allí donde se dan *varias violaciones de la misma ley*, hay siempre delito continuado; porque siempre, absolutamente siempre, los primeros actos ejecutivos de un delito constituyen *una violación de ley punible* ya: de modo, que el delito continuado será excluido tan sólo en los *reatos qui perficiuntur unico actu*. La *unidad del delito* se identificará con la *unidad del acto ejecutivo*. Otra cosa no puede ser.

Un ladrón se ha introducido en mi habitación; cerradura de mi escritorio y se robarme el dinero, cuando volví a la habitación para recoger un objeto olvidado. Si sorprendo al ladrón y lo entrego a la justicia, ésta lo penará por tentativa de hurto cualificado; el hecho sin duda alguna, constituye *violación*

de ley. Pero el ladrón, al sentir mis pasos, se esconde bajo mi lecho; tomo el objeto olvidado; no he visto al ladrón ni observado la fractura del escritorio y salgo apresuradamente. Pasado un intervalo de tiempo, el ladrón se reanima; sale de su escondite, vuelve hacia el escritorio y me roba el dinero. *Segunda violación de ley*. Es diversa de la primera y conduce a pena distinta y más grave. Porque existen aquí *dos violaciones de ley distintas*, que llevan, si aisladamente las consideramos, a dos penas también distintas; las imputaremos como *dos delitos*, en lugar de reputarlas uno solo? ¿Se usa por ventura de benignidad reuniéndolas bajo una sola imputación, mediante el recurso de la continuación? Lo contrario sería trastornar todas las prácticas usuales. Raros son, en verdad, los delitos, que en los actos ejecutivos preliminares de la consumación no presenten *una violación de ley*, que considerada aisladamente, revela un hecho completo punible especialmente, ora como tentativa; ora como acto criminoso de por sí subsistente. Aun el homicida, si antes de asestar el golpe de cuchillo sujetó al adversario, lo maltrató y arrojó por tierra, se hace por esto solo responsable de un hecho, que debería castigarse como lesión personal perfecto o como tentativa de homicidio. Aun aquel que atacó a una mujer, que se defiende, y le descompuso el vestido, comete *violación de ley*, que puede castigarse como tentativa de violencia carnal, aunque la mujer haya logrado evadirse, saliendo intacta de aquella lucha. Pero si nuevamente es dominada y en ella se consuma la violencia carnal, y por lo tanto *nueva violación de ley*, ¿se imputarán ambos títulos y se le declarará responsable de dos delitos? La pretendida regla, en virtud de la cual se adopta la pluralidad de delitos y la doctrina de la continuación donde aparezcan diversas violaciones de ley, no es admisible en absoluto, antes bien ha de considerarse como excepción especialísima.

Existe una regla más antigua, más clásica y universal, a saber: los *medios* criminales enderezados a un fin también criminoso, se compenetran con éste y de aquí resulta una figura punible, cuyos caracteres se determinan por razón de los *medios* o por motivo del *fin*, según la gravedad respectiva, que prevalece. Esta regla unificatriz ha de eliminarse, ante todo, en los casos en que se habla de delito continuado. Lo primero es demostrar la *dualidad* de los delitos, en donde está el substratum indispensable a la continuación. Una vez establecido, procede entonces indagar la identidad de la ley violada y de la determinación para decir al justiciable: te imputo un, *solo delito continuado* cuando debiera imputarte *dos* y castigarte por ambos.

La teoría de la continuación sólo puede aplicarse, sin incurrir en sofisma, a la única hipótesis de la cual nace. Se admite para moderar las exorbi-

tantes consecuencias de la doctrina de la acumulación de penas, evitando así la condena de un hombre, por ejemplo, a cincuenta años de prisión o de noventa años de casa de fuerza. Semejante efecto no se produce, ni es de temer, cuando las diversas *violaciones de ley* son otros tantos actos *ejecutivos* de una misma *acción*, aunque cada uno de ellos, si quedase *aislado*, hubiera podido constituir en sí mismo un delito punible, porque representa *una violación de ley*. No basta por sí sólo, el criterio de las diferentes de ley a dar la fórmula, que resuelva el de la imputación, porque nos llevaría a intolerables. Es indispensable referirlo a una fórmula ulterior, siempre que a la pluralidad de los *actos* ejecutivos siga la pluralidad de *acciones*, y naciendo de ésta la *pluralidad de delitos*, puedan disminuirse sus efectos merced a la benigna ficción del *delito continuado*. Procedieron por lo tanto, con sobrada ligereza los que imaginaron haber hallado la definitiva resolución del problema en la sentencia referida del T. de C. Decidió un caso especial y en esto no ha lugar a crítica alguna, pero la fórmula absoluta adoptada para ello no es acomodable y buena para todos los demás casos. Una fórmula absoluta aplicable *desiderátum* de la ciencia. Cuál sea ella no lo puedo decir, pero tengo por cierto que la verdadera fórmula para definir la *continuación* ha de tener por contenido una *discontinuación*, lo cual debe acontecer con el sucesivo delito *consumado* como en la combinación de varios actos, cada uno de los cuales contenga en sí mismo una tentativa punible. Para aplicar la doctrina de la continuación, que mitiga la imputación, pero agrava la pena, es indispensable tener preventivamente *dos delitos*, dos entes jurídicos separados y distintos; mas no basta la dualidad de los entes jurídicos, porque todo acto ejecutivo constituye en sí mismo un ente jurídico; se requiere, además, la dualidad de *hechos*, la dualidad de *acciones*, sin las cuales todos los entes jurídicos nacidos de los actos ejecutivos singulares, se unifican en uno sólo de aquéllos. Es necesaria una cierta *diformidad*, cierta *interrupción*; en una palabra aquello que yo llamo discontinuación, que es difícil de definir. Si el ladrón intentó romper la verja de hierro y no lo consiguió, y después, proveyéndose de falsa llave se introdujo mediante ella en mi casa, pueden determinarse aquí dos distintas *acciones*. Pero si el ladrón falsificó la llave falsa, la aplicó a mi escritorio y no consiguió abrirlo, y después, mando la llave o fabricando otra más apropiada, puede recomenzar su mal designio y abrir el mueble, aquel primer acto ejecutivo que quedó en coneto y el segundo acto ejecutivo y consumativo, serán únicamente *momentos de una sola acción* y a mi juicio, de un solo delito. La cuestión, sin embargo, demanda más amplios estudios contenido .

Pisa y Marzo, 1871.