

LA TENTATIVA

*Trabajo leído por el Dr. Hugo Piaggio,
en el acto de clausura del año Académico.*

No puede darse la noción de la tentativa, si no se precisa antes la noción del delito consumado, porque la primera institución está íntimamente ligada a la segunda.

No alargaré el desarrollo de este discurso, repitiendo las numerosas definiciones que los tratadistas han dado del delito consumado, considerándolo unas veces, en relación a la finalidad del delincuente, otras únicamente, bajo el aspecto subjetivo, y otras en fin, atendiendo a la conformidad o disconformidad de la acción con los fines sociales.

Nos bastará tener presente únicamente que, para que pueda considerarse como consumado un delito por efecto de la actividad criminal del delincuente, es necesario que el evento en que el delito consiste se haya realizado, o en otros términos, la realización de todos los elementos del hecho criminal, por la acción u omisión del culpable, que constituyen el delito. Por eso Manzini ha dicho: "Un delito se dice consumado cuando la causa imputable ha producido completamente el hecho que es objeto de la norma incriminadora, en la totalidad de los elementos requeridos por ella".

De ahí, que, para determinar en que consista la consumación de cierto delito, y por consiguiente, cual es el momento de esta consumación, seã necesario conocer cuáles son los elementos esenciales del delito mismo.

Realizados estos elementos esenciales, el delito se ha consumado, cualquiera que sea el fin último que el agente se haya propuesto. Este fin, podrá constituir una agravante o una atenuante, pero no es necesario para la perfección jurídica del delito.

Algunas veces la ley exige elementos objetivos que van más allá de la intención del agente. Requiere, es decir, que se haya verificado un determinado evento, pero no exige que este evento sea querido por el agente, porque pide solamente, que sea querida la acción o la omisión de la que se sigue el evento, aún sin la voluntad del agente. Otras veces, considera algunos fines específicos como necesarios para integrar el elemento moral del delito: en este caso, si tales fines no subsisten, el delito no puede considerarse consumado, el logro de tales fines es elemento esencial del delito.

En el derecho romano era condición esencial para considerar punible un hecho, la existencia de una manifestación activa de la voluntad. El sólo animus no era suficiente para crear la figura del delito e imponer una pena.

No se distinguió sin embargo, los variados grados en que puede manifestarse la actividad criminal. Tampoco conocieron la diferencia que media entre la tentativa y el delito frustrado, y en consecuencia, no tuvieron un término técnico adecuado.

Bastaba que el hecho violara la ley penal para que se castigara, sin averiguar antes, si era el medio o el fin del delincuente.

Sin embargo, este caso se contemplaba en forma distinta en el derecho penal privado y en el derecho penal público.

En el primero los atentados y los daños se relacionan con un particular y se reconoce una pretendida reparación, lo que supone la consumación, porque en caso contrario, no se tenía delito alguno. Esta regla rigió para todos los delitos privados, y su represión consistía en un múltiplo pecuniario del daño causado o en un equivalente de tal daño.

En el derecho penal público, se exigió en cambio, únicamente, que hubiese intervenido la voluntad en la ejecución, pero en ningún texto se dice en qué debía consistir el mínimo de estos actos ejecutivos para ser punibles, y muy excepcionalmente se encuentra alguna distinción con respecto a ciertos delitos. Es probable como dice Manzini, que en el derecho penal público la pena señalada para el delito se aplicara para cualquiera acto ejecutivo.

En la última fase del derecho romano, el concepto anterior evolucionó, llegando a considerarse en ciertos casos, el delito que-

rido pero no ejecutado, en su totalidad, como una circunstancia atenuante.

En los delitos monetarios, el desistimiento voluntario, tenía efecto de eximente de la pena.

Los germanos ignoraron también la institución de la tentativa, y penaron con la pena máxima la sólo cogitatio, aunque entre las leyes menos antiguas igualaron para ciertas hipótesis el atentado con la consumación, y en otras puede encontrarse con un poco de buena voluntad, indicios de las características propias de la tentativa y el delito frustrado.

En el derecho canónico hasta el siglo IV se reconoció que las intenciones no son jurídicamente punibles, pero en algunos casos se penó ciertos actos ejecutivos con la misma severidad que el delito, y en otros, se dispuso para ellos una pena más leve.

Los antiguos jurisconsultos italianos admitieron también la no punibilidad de la nuda cogitatio y el delito putativo.

Algunos estatutos igualaron ante la pena al delito consumado y la tentativa, otros en cambio, reprimieron al segundo con pena arbitraria.

Estos estatutos y jurisconsultos italianos, fueron los que más tarde, con el avance del tiempo, distinguieron entre los actos, los simplemente preparatorios y los ejecutivos, y a ellos se les debe la elaboración de la doctrina de la tentativa.

Se consideró que merecía pena menor que el delito consumado en los delitos graves, y que en los leves el culpable no podía ser castigado. Se prohibió la acción civil.

En cuanto al desistimiento voluntario de la tentativa, se admitió también al principio, que tenía efecto eximente, y más tarde efecto atenuante.

El primer código europeo que exigió la existencia de actos ejecutivos para castigar la tentativa, fué el Código Piemontés de 1787, imitado por la ley francesa del mismo año, el Código francés de 1810, el de las Dos Sicilias, y el italiano de 1889.

La definición de la tentativa como delito imperfecto, se remonta a la distinción romanista entre *flagitium perfectum* y *flagitium imperfectum*, que fué magistralmente desarrollada por Ca-

rrara, quien la encuadró en su teoría del grado en la fuerza física del delito. El consideró a la tentativa como un delito degradado en su fuerza física y por consiguiente imperfecto, imperfecto, o porque quedó imperfecta la acción, o porque la acción siendo perfecta, no alcanzó el efecto que se propuso el agente debido a una circunstancia imprevista.

Pero la tentativa no es un delito imperfecto, si la expresión delito imperfecto se refiere a los dos factores esenciales de todo delito, porque también en ella concurren estos dos elementos, es decir, una acción imputable, y la realización de un atentado a un bien o a un interés contra el que la acción fué dirigida.

El C. Italiano de 1889, siguió las teorías de Romagnosi y distinguió la tentativa en: tentativa propiamente dicha o conato y delito frustrado. El criterio para diferenciar estas dos figuras criminales, consistía exclusivamente en ver si se habían completado o nó los actos ejecutivos del delito que quiso cometer el agente.

La intención de cometer el delito, la idoneidad de los medios empleados para su ejecución, y la no realización del delito por circunstancias independientes de la voluntad del agente, son elementos comunes al delito consumado y el delito frustrado.

La intervención de circunstancias independientes de la voluntad del agente, puede producirse tanto en la tentativa como en el delito frustrado, pero mientras en el primer caso se suspende la realización de los actos ejecutivos, en el segundo, la actividad ejecutiva se ha desarrollado en su totalidad, pero no alcanza el efecto querido por el agente.

Si por propia voluntad se desiste el agente del proceso ejecutivo, el hecho no podía ser apreciado como delito frustrado. Se castigaba entonces, solamente los actos realizados que por si mismos constituían delitos.

Pero si el agente había realizado todós los actos ejecutivos, aunque después tratase de impedir la consumación del delito mediante el desarrollo de una actividad posterior idónea, no se sustrae a las consecuencias penales.

Esta actividad posterior lo favorece solamente, en cuanto lo sustrae a la penalidad propia de un delito más grave, porque no cabe hablar de desistimiento en el delito frustrado, sólo es posible desistirse en la tentativa, porque en ella falta algo que realizar,

mientras que en el delito frustrado, el agente ha efectuado todos los actos propios del iter criminis aunque no alcance el efecto que se propuso.

Es muy difícil diferenciar tanto en teoría como en la práctica el delito frustrado de la tentativa. Esta dificultad ha dado lugar a numerosas teorías que tratan de conseguir una rápida y clara diferenciación entre ambas instituciones.

Como muy bien dijo Rocco no diferencia al delito frustrado de la tentativa la consideración generalmente admitida, que en el primero se han realizado todos los actos necesarios para obtener la consumación, puesto que no se ha producido el evento, lo que demuestra que el agente no hizo todo lo que pudo hacer. Claro está que si el caso fortuito interviene puede desviar el evento, pero esta es una circunstancia a la que están sujetas tanto la tentativa como el delito frustrado, y es precisamente a su carácter compun, que no puede servir de índice de diferenciación entre ambas instituciones.

Conviene reproducir aunque fuere sintéticamente los criterios adoptados por los tratadistas, para distinguir entre los actos cuáles son preparatorios y cuáles ejecutivos, porque si esta distinción es posible, será fácil de determinar cuáles actos constituyen tentativa de delito y cuáles no.

Carrara y Carmignani creyeron encontrar el criterio de diferenciación, en la diferencia que media entre unos actos y otros atendiendo a la relación que guardan con el delito, ya que unas veces aparecían como unívocos, y otras como equívocos, los primeros serían los ejecutivos, y los segundos los preparatorios. "Hasta que el acto externo dijo Carrara, será tal que conduzca tanto al delito que a la acción inocente, tendremos un acto preparatorio que no puede imputarse como tentativa. Dividió los actos preparatorios en contingentes y absolutos, considerando que los primeros son aquellos que pueden dar lugar a dudas y constituir un principio de ejecución, mientras que los segundos son aquellos, en los que no puede encontrarse este principio.

Esta teoría cambió los términos del problema por una cuestión de prueba o de convencimiento sobre la intención del que

actúa. El Juez se vería obligado a presumir que los actos son unívocos después de una investigación muy incierta sobre la intención, cuando no sea ésta atestiguada por elementos objetivos.

El mismo Carrara llegó muy pronto al convencimiento que su teoría era muy empírica y por consiguiente falaz, y dividió entonces los actos en tres clases: preparatorios, ejecutivos y consumativos, serían aquellos que recaen sobre el sujeto activo primario o secundario del delito, los segundos los que recaen sobre el sujeto pasivo del atentado, y los terceros los que recaen sobre el sujeto pasivo de la consumación; declaró punibles los actos ejecutivos y los consumativos, y no punibles los preparatorios, porque es difícil concebir que el sujeto pasivo tenga un derecho sobre la persona del culpable o sobre el instrumento que posee.

También esta teoría es inaceptable y ya Impallomeni se encargó de refutarla, poniendo el clásico ejemplo de los dulces envenenados, que un delincuente envía a su presunta víctima, pero es descubierto antes que la encomienda llegue a su destino, y secuestrada. En este caso no se ha actuado sobre el sujeto pasivo de la consumación ni sobre el sujeto pasivo del atentado, y sin embargo, sería absurdo dudar de la existencia jurídica de la tentativa.

Impallomeni propuso a su vez el siguiente criterio distintivo: se tiene simple preparación si la causalidad criminal es inerte, se tiene actos ejecutivos si la causalidad criminal se ha puesto en movimiento para alcanzar la meta delictuosa.

Esta teoría repite en cierto modo la fórmula anterior, y mantiene la incertidumbre entre la preparación y la ejecución y tiene además el defecto de imaginar una causalidad inerte, mientras causalidad e inercia son términos antitéticos.

Di Paoli dice que es en el criterio de la causalidad activa que debe buscarse la diferencia entre los actos ejecutivos y preparatorios. Se tendrá por consiguiente, acto ejecutivo cuando el acto se adhiera a la serie causal del evento. Se tendrá acto preparatorio, cuando se reúnen los medios necesarios para cometer el delito ya se trata de darles la condición necesaria para conseguir el éxito criminal que se pretende.

Otros tratadistas han elaborado la teoría que tiene por fundamento el ataque a la esfera jurídica de la víctima. Para ellos, el acto sería ejecutivo siempre que ataque la esfera de los derechos

de los demás, es decir, cuando no se ha separado aún del sujeto activo del atentado. Pero este criterio no es admisible, porque sólo es aplicable a una clase de delitos, aquellos que tienen un objetivo material como los patrimoniales por ejemplo, pero no sirve para aquellos delitos en que falta este objetivo.

Los tratadistas alemanes se atienen principalmente al principio de la eficiencia causal del acto. Según este criterio, el acto preparatorio sería una simple condición del delito, el acto ejecutivo pondría una causa verdadera y propia, o también el acto ejecutivo sería aquel que revelara una situación seria y peligrosa, que faltaría al acto preparatorio. Pero se ha observado con mucha razón, que hay delitos en que el acto preparatorio tiene valor causal y sin embargo, no es imputable, y que no se puede admitir siquiera el concepto de peligrosidad como índice de distinción entre el acto preparatorio y el ejecutivo porque la peligrosidad se encuentra también en el acto preparatorio.

Según Manzini, se pasa de la preparación a la ejecución en el momento en que la acción del agente comienza efectivamente la violación de una determinada norma penal. De tal manera que los actos ejecutivos constituyen elemento causal efecto del delito, los actos preparatorios, elementos potenciales del delito, que se vuelven efectivos solamente, cuando son seguidos por actos ejecutivos.

Pero, con mucha razón se pregunta Rocco ¿Cuándo comienza la violación de la norma penal? Debe comenzar evidentemente cuando comienza la actividad ejecutiva o sea con un acto de ejecución.

Y precisamente para saber qué cosa es un acto ejecutivo, es que ha surgido el problema de la distinción entre los actos preparatorios y los ejecutivos, de ahí, que tampoco el criterio de Manzini, nos parezca adecuado para resolver el conflicto.

La imposibilidad de encontrar un criterio seguro en esta materia ha llevado a algunos tratadistas a abandonar su búsqueda y a otros a afirmar que no existe posibilidad de diferenciación alguna. Es necesario se dijo, que los actos, sin buscar si son preparatorios o ejecutivos tengan una aptitud causal o sea la capacidad de producir el evento, porque de otro modo, no se puede ha-

blar de delito, y tenemos así prueba de la existencia de la voluntad de cometer un delito.

Como muy bien hizo notar el mismo Rocco, la teoría de Carrara era acertada, en cuanto consideraba que los actos, tanto preparatorios como ejecutivos debían ser unívocos y no equívocos. El error estaba, en que Carrara quiso hacer coincidir la división de los actos preparatorios y ejecutivos con su interpretación unívoca o equívoca, siendo así que la primera es necesaria en el sentido que cualquier acto debe probar de modo inequívoco la voluntad de cometer un delito.

La conferencia de Varsovia aceptó en cierto modo esta doctrina, que fusiona en el concepto de la tentativa, las hipótesis del delito frustrado y el delito tentado o conato. Hay tentativa punible dice el voto de la conferencia, cuando la resolución de cometer un crimen o un delito ha sido manifestada poniendo en obra los medios necesarios para cometer tal crimen o delito, si la acción fué interrumpida o no alcanzó su efecto por causa independiente de la voluntad del agente.

El nuevo C. Italiano ha eliminado la figura del delito frustrado, adaptando un criterio unitario para la tentativa en la forma siguiente:

“Quien efectúa actos idóneos dirigidos en modo no equívoco a cometer un delito, responde por tentativa de delito, si la acción no se cumple o el evento no se verifica.

Considero de interés estudiar la forma en que ha sido planteada esta institución en el nuevo C. Penal Italiano, porque ella responde al sistema que se acaba de exponer que es completamente nuevo en el derecho penal.

Como ya se ha dicho, este código no hace diferencia alguna entre la tentativa y el delito frustrado, evitando así la dificultad de encontrar un criterio distintivo entre los actos preparatorios y los ejecutivos.

Establece únicamente como elementos de la tentativa, los siguientes:

- a) la ejecución de un acto.

b) la idoneidad del acto realizado y su inequívoca finalidad criminal.

c) una acción no efectuada o un evento criminal no realizado.

Como acto de ejecución entiende únicamente, cualquier manifestación exterior de la voluntad, excluyéndose naturalmente los simples pecados de pensamiento.

Por consiguiente el simple acuerdo o la instigación no acogida no constituyen hecho punible.

La idoneidad del medio empleado se estudia como eficiencia causal, es decir, se considera su posibilidad potencial para producir el evento que se propuso el agente.

Los positivistas italianos no aceptaron este principio, porque consideraron que el acto es la manifestación de una personalidad delincente, que debe de todos modos penarse, sin tomar en cuenta la calidad del medio.

La idoneidad del medio empleado se estudia a través de la relación que debe guardar el acto con el fin querido por el delincente. Cuando un objeto, se encuentra a tal distancia del agente que, el medio usado por éste no podrá de ningún modo producir el evento, se elimina toda posibilidad de delito, porque la naturaleza del medio no es idónea para su producción.

El acto debe tender en forma inequívoca a la comisión de un delito y revelar la intención del agente, intención que debe aparecer clara del acto mismo, o del acto y otros elementos.

La tentativa subsiste, aún cuando no se han realizado todos los actos necesarios para la producción de un evento, y también cuando se realizaron éstos, pero el evento no llegó a producirse. En ambos casos el culpable recibe la misma pena.

El que se haya efectuado o no, todos los actos necesarios para la producción de un evento no tiene hoy importancia a causa de la unificación de la tentativa con el delito frustrado.

Cuando mucho el Juez la tomará en consideración el desarrollo del iter criminis, con el objeto de graduar la pena, en virtud del poder discrecional que la ley le ha confiado, pero en ningún caso puede constituir una base legal para un diverso tratamiento penal.

La interrupción del proceso ejecutivo o la no realización del evento puede deberse a diferentes causas:

- a) causas dependientes de la voluntad del agente.
- b) causas independientes de la voluntad del agente.

El delincuente puede por propia voluntad intervenir en dos momentos distintos del iter criminis, antes que la acción se cumpla, en cuyo caso, tenemos el desistimiento voluntario, o después de haber terminado los actos ejecutivos, con el objeto de impedir el evento.

En el primer caso no se pena la tentativa, pero si se penan los actos que por si mismos constituyan delito o falta.

No es necesario averiguar si el delincuente se desistió espontáneamente, y si los motivos son suyos o le han sido sugeridos.

En el segundo caso, cuando el agente ha efectuado todos los actos necesarios para la producción del evento, y lo frustra el mismo por su voluntaria intervención, se establece una disminución de pena que va del tercio a la mitad.

Puede suceder también que el agente después de realizar todos los actos necesarios para alcanzar el evento, intervenga con posterioridad a su producción, con el objeto de evitar el mal que se propuso, o puede acontecer también que se interrumpa la acción o el evento por la intervención de causas extrañas a la voluntad del agente.

En estos casos se tiene la tentativa punible y se pena de conformidad con lo establecido en el art. 58.

El culpable es castigado:

- a) con reclusión de 4 a 30 años, si para el delito se establece pena de muerte.
- b) con reclusión no inferior a 12 años si se establece ergástulo.
- c) y en todos los demás casos con la pena establecida para el delito disminuída de un tercio.

Uno de los problemas que más apasionó a los estudiosos del derecho penal, fué sin duda el fundamento filosófico de la punibilidad de la tentativa. Hubo quien sostuvo que no debía ser penada y quien opinó en cambio que debía castigarse con la misma

severidad que el delito consumado. Hoy sin embargo, no se discute ya la necesidad de penar al delincuente autor de una tentativa de delito, si bien no todos los tratadistas están de acuerdo en los fundamentos filosóficos que justifican la imposición de la pena.

Carrara consideró como fundamento de la punibilidad de la tentativa, el riesgo corrido por la sociedad; pero esta doctrina prueba demasiado, porque con este criterio habría que considerar punibles también los simples pecados de pensamiento, pues a nadie se le oculta, que quien se ha propuesto cometer un crimen y prepara los medios de ejecución ofrece un peligro para el orden jurídico.

La mayoría de los C. P. Vigentes siguen aún hoy fieles al principio *nullum crimen nulla poena sine lege* cuya índole no permite penar la inmoralidad individual ni la misma voluntad delictuosa, que no haya causado un evento contrario al derecho penal. Y es natural, dice Manzini, que hoy en que la libertad de palabra, de reunión de pensamiento, de prensa y de asociación constituyen estados jurídicamente reconocidos y protegidos, no se castiguen las simples manifestaciones externas puramente simbólicas, individuales o colectivas, de la intención delictuosa, cuando no han contribuido a la producción de un evento.

El principio de la proporcionalidad como muy bien dice Rocco, el autor del nuevo C. P. Italiano, no se refiere únicamente a las relaciones entre el delito y la pena, sino comprende también la valorización objetiva de la gravedad mayor o menor de una acción u omisión en relación de otra acción penalmente ilícita. Esta consideración deja comprender claramente por qué se castiga la tentativa y por qué constituye una figura autónoma de delito.

Para nosotros es evidente que debe castigarse el delito imperfecto porque la voluntad del criminal no se circunscribió a la simple concepción del proyecto delictuoso, sino que, se manifestó externamente con una agresión a los bienes tutelados por la ley penal aunque no llegara a lesionarlos o suprimirlos.

Pero si la tentativa debe ser penada, la pena que se imponga tiene que ser inferior a la que corresponda al delito consumado, porque la violación de la norma penal se ha producido sin que el delincuente haya conseguido en su totalidad el evento que se había propuesto, y porque el criterio de justicia, reclama, dice Manzini,

que la imputabilidad y la proporcionalidad sean proporcionales a la entidad del hecho causado por el delincuente.

Además de esta razón contribuye a afirmar el concepto anterior, un motivo de oportunidad política, el de crear en el delincuente un freno inhibitorio que le impida cometer un nuevo delito, freno que faltaría si la pena para la tentativa de delito fuera igual que para el delito consumado, en cuyo caso el delincuente no vacilaría, en tentar nuevamente, antes de ser descubierto, la consumación de su proyecto delictuoso.

Los positivistas que como se sabe han fundado toda su doctrina sobre los principios de peligrosidad social y temibilidad del delincuente sostienen que el autor de una tentativa de delito, revela muchas veces la misma peligrosidad, que el autor de un delito consumado, y como la peligrosidad social da la medida para la pena, síguese que muchas veces debe pensarse la tentativa con la misma pena que para el delito consumado.

Hugo PIAGGIO.