

*Donación Familia
Dr. Guillermo Ledezma*

LUIGI SCARANO

Catedrático de derecho penal en la
Universidad de Catania

LA TENTATIVA



EDITORIAL TEMIS BOGOTA

1960

INDICE

| | |
|--------------------|-----|
| PREFACIO | IX |
| ABREVIATURAS | XXV |

CAPÍTULO I

INADMISIBILIDAD DE LA DISTINCIÓN ENTRE ACTOS DE EJECUCIÓN Y ACTOS DE PREPARACIÓN EN LA TENTATIVA

| | |
|--|----|
| 1. Criterio de distinción entre actos de ejecución y actos de preparación, deducido de la norma penal. Romagnosi, Mittermaier, etc. | 1 |
| 2. Incapacidad de tal criterio para comprender la materia de la tentativa. Referencia, en la tesis, a elementos de otra naturaleza | 3 |
| 3. Interpretación teleológica de tal referencia. Heller, Müller | 9 |
| 4. Inexactitud metodológica de esta presunta interpretación del problema | 13 |
| 5. Insuficiencia de los elementos de refuerzo, como la agresión del bien y la acción lógicamente necesaria a la ejecución del delito | 14 |
| 6. Rectificación a Meyer | 16 |
| 7. Crítica de la teoría de Meyer | 16 |
| 8. Crítica de la rectificación operada mediante referencia al criterio cronológico | 18 |
| 9. Crítica al empleo del medio | 20 |
| 10. Conclusiones críticas en torno al criterio que saca de la norma la razón de la distinción entre actos preparatorios y actos ejecutivos | 21 |
| 11. Criterio de la eficiencia causal. Birkmeyer. Thon | 22 |
| 12. Crítica | 23 |
| 13. Rectificación al criterio de Birkmeyer basado en la razón suficiente. Tesis de Cohn | 27 |

| | |
|--|----|
| 14. Crítica a Cohn | 27 |
| 15. Rectificación de Finger a la doctrina de Birkmeyer y de Cohn | 29 |
| 16. Crítica a Finger | 30 |
| 17. Criterio de la causalidad activa. Impallomeni | 31 |
| 18. Crítica de esta doctrina | 31 |
| 19. Criterio del "ataque" a la esfera jurídica ajena. Carrara | 33 |
| 20. Crítica de la tesis de Carrara | 34 |
| 21. Rectificación de B. Alimena. Crítica del criterio de la esfera jurídica en sentido ideal | 36 |
| 22. Criterio del peligro corrido. Feuerbach, etc. | 37 |
| 23. Crítica de la teoría del peligro corrido | 38 |
| 24. Crítica de la teoría del peligro entendido como probabilidad de daño | 42 |
| 25. Conclusiones | 44 |

CAPÍTULO II

SIGNIFICADO POLÍTICO-DOG MÁTICO DE LA DISTINCIÓN ENTRE ACTOS DE PREPARACIÓN Y ACTOS DE EJECUCIÓN EN LA TENTATIVA

| | |
|--|----|
| 1. Imposibilidad de reducir la noción de tentativa al momento ejecutivo del delito | 49 |
| 2. Comprobación de la estrechez de la fórmula "Anfang der Ausführung" del § 43 del Strafgesetzbuch (Código Penal) y abandono de la referencia al momento ejecutivo en las sentencias del Reichsgericht | 50 |
| 3. Demostración de la insuficiencia del principio de ejecución previsto por el Código Penal suizo y adopción de un principio más amplio en la práctica judicial suiza | 52 |
| 4. Renuncia al principio de ejecución y referencia a la univocidad en la jurisprudencia de la casación, durante la aplicación del art. 61 del Código de Zanardelli | 53 |
| 5. Abandono de la vieja fórmula "principio de ejecución" en los proyectos más recientes de la política criminal | 56 |
| 6. Origen jusnaturalista del problema de la distinción entre actos de ejecución y actos de preparación | 58 |
| 7. La distinción entre actos preparatorios y ejecutivos como expresión de garantía para el individuo, en la era del liberalismo | 59 |
| 8. Funciones y fisonomía liberal de la exigencia dogmática de la tipicidad del hecho y del momento ejecutivo en la tentativa | 60 |

| | |
|---|----|
| 9. Irrelevancia de la distinción entre actos de preparación y de ejecución en el derecho romano, en el canónico y en la práctica criminal | 63 |
| 10. Irrelevancia en la legislación carolina y en las manifestaciones legislativas posteriores | 69 |
| 11. Inconsistencia de las razones lógico-dogmáticas relativas a la incriminabilidad únicamente de los actos de ejecución | 71 |
| 12. Conclusiones. Significado político, sin exigencias técnico-jurídicas, de la distinción entre actos de preparación y de ejecución | 73 |

CAPÍTULO III

EL REQUISITO DEL FIN EN LA NOCIÓN DE LA TENTATIVA

| | |
|---|----|
| 1. Es indispensable el elemento finalista en la noción de la tentativa | 75 |
| 2. La determinación del fin como elemento indispensable para la reconstrucción del hecho | 79 |
| 3. El desistimiento voluntario y el arrepentimiento activo como expresiones del momento finalista en la tentativa | 81 |
| 4. Naturaleza preventiva de la norma referente a la tentativa | 83 |
| 5. El peligro como razón de ser de la tentativa | 84 |
| 6. Necesidad del elemento del fin en la noción de tentativa | 85 |
| 7. La razón de la tentativa según la escuela positiva | 88 |
| 8. Crítica | 88 |
| 9. La alarma social como razón de la tentativa. Crítica. Necesidad del momento finalista | 89 |
| 10. La turbación del orden jurídico como razón del instituto. Crítica. Necesidad de la referencia al elemento del fin en la noción de tentativa | 91 |
| 11. La turbación del sujeto pasivo y la alarma del ambiente social como razones de la tentativa. Crítica de esa posición ecléctica. Necesidad de un estudio sobre el fin del agente en la noción de tentativa | 92 |
| 12. Es inaceptable la tesis según la cual el elemento finalista importaría identidad de sanciones en el delito intentado y en el consumado | 94 |
| 13. Es inaceptable la tesis según la cual la determinación del fin no es conciliable con el carácter retributivo de la pena | 96 |

- | | |
|--|----|
| 14. Es inaceptable la tesis según la cual la importancia del elemento finalista no se concilia con la impunidad del delito imposible | 96 |
| 15. Conclusión. La determinación del fin es esencial en la noción de tentativa | 98 |

CAPÍTULO IV

EL CRITERIO DE LA UNIVOCIDAD EN LA TENTATIVA

- | | |
|---|-----|
| 1. El momento ejecutivo como criterio preciso de determinación de la voluntad dirigida al delito en el Código austriaco de 1787 y en el Código Penal francés | 99 |
| 2. El criterio de univocidad en los códigos de Austria, Holanda, Bélgica, etc. | 104 |
| 3. Afirmaciones del mismo principio en las manifestaciones legislativas de los Estados italianos, Reino de las dos Sicilias, Estado Romano, Cerdeña, etc. | 106 |
| 4. La teoría de la univocidad objetiva. Köstlin, etc. | 108 |
| 5. Crítica a tal construcción | 109 |
| 6. Insuficiencia de la teoría que recurre a los coeficientes ambientales en que se desarrolla el acto, para la determinación del fin del agente | 110 |
| 7. La univocidad como problema de prueba. Carrara, Delaquis, etc. | 111 |
| 8. Imposibilidad de reducir el criterio de la univocidad al momento ejecutivo de la tentativa | 113 |
| 9. La referencia al momento ejecutivo, como expresión específica del criterio más amplio de univocidad, y el problema de la distinción entre actos preparatorios y de ejecución | 116 |
| 10. Actos penalmente irrelevantes y actos de preparación. Inexactitud de su equiparación | 118 |
| 11. La univocidad y el principio " <i>cogitationis poenam nemo patitur</i> " | 119 |
| 12. El criterio de la univocidad y el principio de la certeza | 121 |
| 13. La univocidad como criterio de determinación en las codificaciones del siglo XIX | 123 |
| 14. La univocidad en el <i>Codex Juris Canonici</i> | 124 |
| 15. La univocidad en las legislaciones anglosajonas | 125 |
| 16. La univocidad en las manifestaciones legislativas anteriores al Código de Rocco | 126 |

CAPÍTULO V

EL CRITERIO DE UNIVOCIDAD EN EL ARTÍCULO 56 DEL CÓDIGO DE ROCCO

- | | |
|---|-----|
| 1. Identificación del fin en el artículo 56 del C. P. | 129 |
| 2. La determinación de la univocidad del acto según la misma disposición legal | 132 |
| 3. La falta de requisito negativo de la interrupción en la ejecución del delito, como prueba del criterio de la univocidad acogido por el Código de Rocco | 136 |
| 4. Otros argumentos de naturaleza sistemática en prueba de nuestra tesis | 137 |
| 5. Inadmisibilidad de la tesis según la cual los actos de preparación no son manifestaciones prácticas de la voluntad dirigida al delito | 138 |
| 6. Inadmisibilidad de la tesis según la cual solamente los actos de ejecución expresan, en el plano psicológico, la rebelión a la voluntad de la ley | 139 |
| 7. Inadmisibilidad de la tesis según la cual solamente razones de técnica legislativa habrían aconsejado una formulación distinta de la norma sobre tentativa en el Código de Rocco. Razones de política criminal expresamente declaradas como fundamento del art. 56, C. P. | 141 |
| 8. Es inaceptable la tesis que hace deducir la impunidad de los actos de preparación de la incriminación de ellos como delitos autónomos | 143 |
| 9. Inadmisibilidad de la tesis según la cual la punibilidad de los actos de preparación, en cuanto deroga el sistema del Código, debería declararse en una disposición aparte ... | 144 |
| 10. Inadmisibilidad de la teoría según la cual la tentativa no es más que la iniciación del hecho típico previsto por la norma que regula la consumación del delito | 145 |
| 11. Presuntas exigencias sistemáticas en apoyo de la punibilidad de los actos de ejecución únicamente | 146 |
| 12. Inadmisibilidad de la argumentación literal, según la cual con la referencia a la acción "no ejecutada" de que habla el art. 56, se aludiría a la iniciación del hecho típico, previsto en la ley como delito | 151 |
| 13. Inadmisibilidad de la tesis según la cual el requisito de la ejecutividad está implícito en el de la idoneidad del acto | 154 |
| 14. Inadmisibilidad de la tesis según la cual el requisito de la ejecutividad está implícito en el de la existencia del "objeto" a que alude el art. 49 | 159 |

| | |
|---|-----|
| 15. Inadmisibilidad de la tesis por la cual la norma sobre las acciones " <i>liberae in causa</i> " expresa la exigencia de la punibilidad de los actos ejecutivos únicamente. Exactitud de la tesis contraria | 161 |
| 16. Inadmisibilidad de la tesis que hace derivar la no punibilidad de los actos de preparación de la eximente del desistimiento voluntario. Exactitud de la tesis contraria | 163 |
| 17. La referencia al momento ejecutivo en algunas sentencias de la Corte de Casación, como el modo más preciso para identificar el fin del agente | 164 |
| 18. La referencia al momento ejecutivo en algunas sentencias del Supremo Colegio como un modo para identificar, no sólo el requisito de la univocidad, sino, muy aproximadamente, también el de la idoneidad. Inexactitud de tal lenguaje | 168 |
| 19. Inexactitud de la reproducción en algunas sentencias del Supremo Colegio, del viejo criterio de distinción entre actos de preparación y actos de ejecución para interpretar el art. 56 | 169 |
| 20. Injustificadas preocupaciones acerca de la libertad del sujeto, deducidas del criterio de univocidad | 171 |
| 21. Inoportunidad política e insuficiencia técnica del retorno al viejo criterio de distinción, propuesto en el reciente Proyecto de Código Penal | 172 |
| 22. El criterio de univocidad en las más recientes manifestaciones legislativas posteriores a la publicación del Código de Rocco | 176 |

CAPÍTULO VI

EL PROBLEMA DE LA IDONEIDAD DE LOS MEDIOS EN LA TENTATIVA

| | |
|---|-----|
| 1. La idoneidad como carácter de la acción. Teoría de Geyer | 179 |
| 2. Crítica de esta teoría | 181 |
| 3. Carácter absoluto del atributo de inidoneidad y carácter relativo del de idoneidad. Tesis de Mittermaier | 184 |
| 4. Crítica de esta distinción | 185 |
| 5. Idoneidad y proceso de causalidad. Teoría de Carrara | 187 |
| 6. Crítica de esta teoría | 189 |
| 7. Distinción entre inidoneidad e insuficiencia de los medios. Concepción de Manzini, etc. | 191 |
| 8. Crítica de esta opinión | 192 |
| 9. Teoría de la prognosis posterior. Liszt | 194 |

| | |
|--|-----|
| 10. Crítica de esta tesis | 195 |
| 11. Aplicación de la teoría del "peligro corrido" al problema de la idoneidad de los medios. Vannini, etc. | 197 |
| 12. Necesidad del requisito de la idoneidad en la tentativa | 199 |
| 13. Crítica de la tesis según la cual la teoría del "peligro corrido" estaría respaldada por la referencia del art. 49 a la "inidoneidad de la acción" | 202 |
| 14. Distinción entre el problema de la idoneidad de los medios para alcanzar el fin y el de la aptitud de la acción para producir un daño o un peligro | 205 |
| 15. Determinación de la idoneidad de los medios en correlación al fin | 206 |
| 16. La determinación " <i>a parte subiecti</i> " de la idoneidad de los medios | 206 |
| 17. La determinación de la idoneidad de los medios como juicio <i>eo tempore</i> | 207 |
| 18. Distinción entre idoneidad de los medios para conseguir un fin y capacidad de la acción para producir un daño o un peligro | 209 |
| 19. Conclusiones | 214 |

CAPÍTULO VII

EL REQUISITO DE LA ADECUACIÓN DE LA ACCIÓN PARA LA PRODUCCIÓN DE UN RESULTADO DE DAÑO O DE PELIGRO EN LA NOCIÓN DE LA TENTATIVA

| | |
|--|-----|
| 1. El criterio de la adecuación como principio fundamental de la antijuridicidad | 217 |
| 2. Crítica de la teoría según la cual del momento ejecutivo se deduciría la razón de la punibilidad de la tentativa | 220 |
| 3. El requisito de la idoneidad de la acción en la tentativa como un aspecto del principio más vasto de la causalidad adecuada | 221 |
| 4. La idoneidad de la acción para producir el daño o el peligro como un excepcional factor de interrupción del proceso causal | 223 |
| 5. Planteamiento exacto del problema en el pensamiento de Romagnosi y de Carrara | 225 |
| 6. El criterio de adecuación como medio de valuación deducido de la experiencia | 227 |
| 7. Importancia del fin en la determinación de la aptitud del acto para producir el daño o peligro | 228 |
| 8. La adecuación como juicio <i>ex post</i> | 229 |

| | |
|---|-----|
| 9. Eliminación del problema de la adecuación de la acción para producir el resultado de daño o de peligro en la concepción subjetivista del problema de los medios. Hertz, Lüden, Lammasch, etc. | 229 |
| 10. Teoría subjetivista de Buri | 232 |
| 11. Crítica de esta teoría | 233 |
| 12. Crítica de la corriente subjetivista seguida por la jurisprudencia alemana | 235 |
| 13. Distinto planteamiento del problema de la adecuación de la acción como consecuencia de las diferentes concepciones en torno a la antijuridicidad penal | 236 |
| 14. La <i>Plantheorie</i> de Kohler y de Klee | 238 |
| 15. Crítica de esta teoría | 240 |
| 16. Teoría del <i>Mangel am Tatbestand</i> | 243 |
| 17. Crítica de la concepción | 245 |
| 18. Crítica de la teoría según la cual la distinción entre tentativa y delito imposible debería deducirse de la teoría del error | 248 |
| 19. Necesidad de la referencia a los elementos sustanciales, admitida aun por los mismos sostenedores de la teoría del <i>Mangel am Tatbestand</i> | 251 |
| 20. Crítica del criterio del "deseo" propuesto por Kadecka | 252 |
| 21. Distinción entre la hipótesis de inexistencia del hecho por inidoneidad del medio para conseguir el fin, y la de no punibilidad del hecho por inadecuación del acto para producir un daño o un peligro prohibido por la ley | 253 |
| 22. Conclusiones. Importancia del principio de adecuación de la acción para producir un resultado de daño o de peligro en la distinción entre tentativa y delito imposible | 255 |

CAPÍTULO VIII

LOS REQUISITOS DE LA IDONEIDAD DE LOS MEDIOS Y DE LA ADECUACIÓN DE LA ACCIÓN EN EL CÓDIGO DE ROCCO

| | |
|--|-----|
| 1. Distinción entre idoneidad del medio y adecuación de la acción en el art. 56 y en el art. 49 | 257 |
| 2. El término "acto" como sinónimo de medio en el art. 56 | 259 |
| 3. Importancia de distinguir la investigación sobre la idoneidad de los medios y la que se hace sobre la adecuación de la acción según la jurisprudencia | 263 |
| 4. El criterio de la tipicidad como medio de distinción jurisprudencial entre delito imposible y tentativa | 267 |

| | |
|---|-----|
| 5. La intervención de la fuerza pública tomada por la jurisprudencia como excepcional factor interruptivo del proceso causal y, por consiguiente, como una de las manifestaciones características de la tentativa | 268 |
| 6. La intervención del agente provocador tomada por la jurisprudencia como factor atípico de interrupción y, por ello, como manifestación de la tentativa | 270 |
| 7. Observaciones contra la extensión del significado de la locución "inexistencia del objeto" (art. 49) a la inviolabilidad del interés protegido | 275 |
| 8. Distinción entre inexistencia y falta ocasional del objeto, deducida por la jurisprudencia con arreglo al criterio de adecuación, para determinar el delito imposible y la tentativa | 278 |
| 9. Conclusiones | 281 |

CAPÍTULO IX

LA TENTATIVA EN LA TEORÍA DEL DELITO

| | |
|---|-----|
| 1. Autonomía de la institución de la tentativa | 283 |
| 2. Crítica de la tesis por la cual la tentativa es el fundamento de la extensión de la pena correspondiente a la consumación del delito (<i>Strafausdehnungsgründe</i>) | 287 |
| 3. Crítica de la teoría según la cual la norma sobre tentativa es, como la de la participación, de naturaleza accesorias | 288 |
| 4. Crítica de la teoría según la cual la tentativa representa una extensión del hecho típico supuesto en la consumación del delito | 289 |
| 5. La norma referente a la tentativa es autónoma | 291 |
| 6. El requisito de la adecuación de la acción para producir el daño o el peligro como contenido del juicio de antijuridicidad de la tentativa | 293 |
| 7. La idoneidad del medio como requisito de la fisicidad de la acción en la tentativa | 294 |
| 8. Crítica de la tesis según la cual la noción de peligro es sinónima del requisito de la idoneidad | 294 |
| 9. El requisito del fin como momento de la acción en la tentativa | 296 |
| 10. Corolarios que se desprenden del requisito de la adecuación | 297 |
| 11. Corolarios que surgen del requisito del fin | 299 |
| 12. Conclusiones | 302 |