

SCARANO, Luigi: «Il tentativo».—Nápoles, Librería Internacional Treves di Leo Lupi, 1952.—238 páginas.

El catedrático de Derecho penal de la Universidad de Catania, autor de este libro, nos ofrece un estudio de la tentativa, a través de la obra que anotamos, en la que en nueve capítulos, trata sucesivamente de la distinción entre actos de ejecución y de preparación en la tentativa; del significado político dogmático de esta distinción; de la valoración teleológica en la noción de la tentativa; del criterio unívoco en la tentativa y de este problema en el artículo 56 del Código Rocco; de la idoneidad de los medios; de la adecuación de la acción para producir el evento del daño o peligro; así como de estos problemas en relación al referido Código penal y, por fin, de la tentativa en la teoría del delito.

La sola enumeración de estos enunciados, pone de relieve el interés de esta obra en torno a un problema de importancia excepcional, por estar íntimamente vinculado a cuestiones fundamentales de la teoría general del Derecho penal.

Scarano mantiene la tesis de ser inoperante la distinción entre actos de ejecución y actos de preparación en relación con el delito intentado, conclusión a la que llega después de un examen metódico de las distintas construcciones doctrinales, para encontrar un índice seguro de distinción entre ambas clases de actos humanos, asegurando que no existe un criterio de certeza que permita el diagnóstico diferencial, y que responda a las exigencias de la práctica judicial. Afirma que ningún autor ha alcanzado el resultado de concretar la distinción, a pesar de la labor doctrinal realmente intensa, que ha podido clasificar las distintas tendencias en once grupos, sin que por ello se haya llegado a encontrar un criterio que permita distinguir los actos de ejecución de los actos de preparación, debiendo confiarse a la prudente valoración de los jueces. Concuerda en esto con la jurisprudencia del Tribunal Supremo alemán, que mantuvo la tesis de ser imposible distinguir en abstracto los caracteres absolutos de una verdadera y propia tentativa, de los simples actos de preparación, incumbiendo ello al juez para que concretamente en cada caso, según la distinta naturaleza del delito, teniendo en cuenta la *ratio legis* del precepto y las necesidades del Derecho, pueda resolver en cada supuesto.

El mismo criterio aparece en la Jurisprudencia italiana, que después de haber reconocido la imposibilidad de la distinción, lo remite también al arbitrio judicial. Y, recientemente, en el proyecto de reforma italiano se dice «que una neta determinación legislativa de lo que sea propiamente acto de ejecución no es posible, por la razón de que ello presupondría en la infinita variedad de los delitos una unidad, al menos fundamental de contenido, idónea, para ser contenida en una fórmula única, lo que por muchas razones no es posible en ningún sistema penal». Ello ha obligado a incorporar en la noción de la tentativa no sólo actos de ejecución, sino de preparación, por lo que nuestro colega de Catania llega a la conclusión de que la distinción entre actos de ejecución y de preparación a efectos del problema que plantea, es intrascendente.

El autor de este libro, al referirse al significado político dogmático de aquella distinción, nos dice que el diferenciarlos se debe a razones históricas, por la preocupación de una época por las exigencias de la libertad, lo que ha

desviado la cuestión de sus cauces naturales y lo que ha hecho insoluble el problema.

Scarano mantiene la tesis que la determinación del fin del agente es esencial, en la noción de la tentativa, ya que el problema en definitiva se concreta dentro de los términos de valorar, de una parte la finalidad de cometer un delito, y de otro lado una actuación humana que no se completa, o un evento que no se realiza con lo que establece la conclusión de estimar en el delito intentado un insoslayable elemento finalista, imponiéndose la necesidad de prueba, para identificar el fin del agente al perpetrar el hecho, ya que en la tentativa, a diferencia de la consumación del delito doloso, la intención del agente no ha alcanzado su fin, consistiendo el problema precisamente en la reconstrucción de aquella finalidad para restituir a la intención su contenido, y para dar al acto su sentido inconfundible. La investigación debe polarizarse, pues, dentro de los términos irreductibles de actuación humana y finalidad que la ha impulsado, únicos a través de los cuales es posible en opinión del autor, reconstruir en su intimidad la vida de la acción.

En relación con la idoneidad de los medios en la tentativa, el catedrático de Derecho penal de la Universidad de Catania, distingue dos hipótesis, la de que los medios puedan resultar inidóneos o, por el contrario, aptos para alcanzar la finalidad. El primer caso como en el que se quiere matar a una persona por medio de exorcismos, no se realiza desde el punto de vista estrictamente penal, una acción, siendo en el sentido jurídico una voluntad sin actuación. Si el medio resulta idóneo se produce una acción relevante desde el punto de vista penal, y lo que se plantea entonces es si la acción es adecuada o inadecuada para producir daño o peligro. Como es sabido estas dos cuestiones han tenido ya una gran elaboración doctrinal en la distinción de inidoneidad absoluta y relativa de Mittermaier, en el criterio de la eficiencia causal de Carrara, y en la diferencia entre inidoneidad e insuficiencia de Manzini, entre otros.

Scarano se refiere después al requisito de la adecuación de la acción, para producir un evento de daño o de peligro, en relación a la tentativa, asegurando que la doctrina ha confundido el problema de la idoneidad del medio con la idoneidad de la acción, afirmando que en la tentativa, a diferencia de la consumación, se presenta el problema de si el medio, según un normal juicio de previsión, en las circunstancias concretas, resulta idóneo o no para alcanzar el fin. Por lo demás, sólo a través de la causalidad adecuada, ha sido posible no sólo soldar en una unidad las expresiones y tendencias distintas, sino descubrir las orientaciones que determinan los criterios jurisprudenciales, y con ello, se ha podido identificar en el requisito de la adecuación el momento de la anti-juridicidad en la tentativa.

Por último, Scarano, en relación con la teoría general del delito, y siempre con referencia a la tentativa, nos dice que el delito intentado, si bien puede aparecer como un delito imperfecto, en cambio, desde el plano normativo es perfecto en relación a sus elementos constitutivos. La norma que define la tentativa no es accesoria, dice, sino autónoma, tanto como la que define la consumación y en cualquier supuesto, asegura, que los requisitos de la tentativa han de ser valorados en el momento del fin, en aquel de la idoneidad de los medios, para conseguir el resultado, y en el de la adecuación de la acción para producir el daño o peligro. Por ello señala que la construcción en el Derecho italiano

ha de hacerse no sólo a través del artículo 56 del Código penal, que se refiere expresamente al delito intentado, como realización de actos idóneos dirigidos de modo inequívoco a cometer un delito, sino también en el artículo 49 del mismo cuerpo legal, que alude al delito llamado putativo y al imposible.

Luigi Scarano, al realizar este estudio, indudablemente de gran interés, lo avalora con una copiosa aportación bibliográfica, y una bien seleccionada jurisprudencia italiana y extranjera.

Valentín SILVA MELERO
Catedrático de Derecho Penal
en la Universidad de Oviedo.

SILVA MELERO, Valentín: «Orden jurídico y orden social».—Oviedo, 1952.—19 páginas.

Con motivo de la solemne apertura del curso 1951-1952 de la Escuela Social de Oviedo, el profesor Silva Melero, director de la misma, pronunció una notable conferencia, que ha sido editada por la revista de la Escuela Social, en el presente folleto, que responde al apasionante tema, que entra jerárquicamente en el plano de las preocupaciones sociales y mundiales, conocido por «Crisis del Derecho», visto dentro del «Orden jurídico y social», que el profesor y publicista francés Riperp califica de «Decadencia o declinar del Derecho».

En brillantes párrafos estudia el catedrático de Derecho penal de la Universidad de Oviedo, las causas del fenómeno, que son múltiples y amenazan con pulverizar la codificación napoleónica que Bonaparte lanzó sobre el suelo de Europa. Sabido es que la Revolución francesa constituye la parte definitiva de la lucha por el Estado del Derecho, que al consolidar la libertad política desarrolló la producción industrial merced a los grandes inventos: el vapor, la electricidad y la máquina, que unidos al aumento de población, el crecimiento bancario y la multiplicación vertiginosa del comercio y la riqueza, alteran los vínculos sociales que originan el salto de la lucha política al campo económico y adviene la asociación obrera, que se manifiesta antes que el socialismo, que ha de declarar el auxilio mutuo y la resistencia al capital.

A continuación analiza el conferenciante las causas determinantes del triunfo del marxismo en Rusia: el arte literario y los cambios sociales y económicos. Examina algunas de las coincidencias del fascismo italiano con el bolchevismo ruso, como la superación de la decadencia parlamentaria de las instituciones liberales, la sustancia revolucionaria, las reformas económicas y sociales, e amplio encauzamiento político de las fuerzas de producción, disciplinadas por la actuación y las representaciones sindicales corporativas. La consecuencia lógica es el desorden social que determina la serie de movimientos revolucionarios, guerras nacionales civiles y la segunda guerra mundial, con repercusiones en el derecho constitucional, administrativo y penal, motivadas por la discontinuidad de Derecho, inseguridad jurídica y violación consciente del orden jurídico que trazan un Derecho penal autoritario, como el soviético y el nacionalsocialismo alemán. Concluye tan interesante y documentada disertación, con una acertada crítica del famoso proceso de Nuremberg, incompatible con principios fundamentales del orden jurídico que se habían reconocido como valores universales.