

## ENSAYO

En la vida lenta y fatigosa del Derecho, aparecen ciertos institutos como sombras de imprecisos contornos, conservando durante largo tiempo un borroso carácter conceptual. Ante la imposibilidad científica de lograr la fijación de su esencia, son confundidos con otros similares por la empiria, que alcanza por la vía de la interpretación judicial, el aberrante sitio de fundamento, razón de ser en la incriminación y punición.

Si algún instituto del Derecho de castigar ha sufrido tales vicisitudes es el de la tentativa. El Exodo —xxi, 12—, olvidando su criterio talional, decreta: "El que hiere a un hombre, queriéndolo matar, muera por ello." Roma primeramente no lo conoció, y en épocas posteriores lo reglamenta

sólo adosado a ciertos delitos, en la *Lex Cornelia de Sicariis et veneficis*, gracias a un rescripto de Adriano, en la *Lex Julia Majestatis*, en la *Pomponia de Parricidiis* y de *Calumniatis*; sancionándose con iguales penas la preparación, la tentativa y la consumación. El Derecho penal longobardo enmarca como punibles "*cogitare, agere, sed non perficere*", pero decretando mayor pena al delito consumado y contemplando la acción inidónea y el desistimientos voluntarios. La Carolina —artículo 178— sólo pena la acción ejecutiva, por ello la acción concretamente idónea; favorece el desistimiento voluntario; deja sin tipicidad el acto preparatorio y otorga el arbitrio judicial de punición, de acuerdo con ciertas limitaciones y medidas las circunstancias. La ley de 22 de Prairial, Año IV, es la primera que define certeramente la tentativa, aunque asigna la misma pena que a la consumación. La fórmula es recogida por el C. Penal francés de 1791 y llega al Napoleónico —art. 2—, de donde parte a España —C. Penales de 1848, art. 3, y de 1850, 1870, 1932, contradicha la tradición por el C. franquista—, a Prusia —de 1851—, al Alemán

—de 1871—, pero que desgraciadamente jamás, en nuestro medio jurídico ha tenido cabida.

La postura de la legislación napoleónica era ya bastante para su época, pues "supera la concepción subjetivista del Estado policía", según el juicio irrefutable del eminente Mezger. Ciertamente quedan fuera de la temática problemas que hoy están indisolublemente ligados al instituto, pero cuyo planteamiento adviene tiempo después de la aparición del C. Penal francés de 22 de febrero de 1810.

Por esto no debe extrañar que los máximos exégetas de tal Ordenamiento represivo —Garraud, Chauveau y Hélie— ni mencionen los aspectos fundamentales del delito tentado, y en cambio ofrezcan un confuso panorama del instituto, y se encuentra saturada de contradicciones su exposición.

La adopción del principio *cogitationis poenam nemo patitur*, por las normas jurídicas, tiene para nosotros toda la majestad de un Derecho del hombre; es una garantía individual, tal como nuestras Constituciones de 1857 y de 1917 las conciben. Excluye de la incriminación el mero pensamiento

delictuoso, y prohíbe al poder jurisdiccional la sujeción a procedimiento y la aplicación de pena al culpado, por fértil que sea su vida interna en resoluciones criminosas.

¿En dónde empieza lo delictivo? Y acude la respuesta: No en el pensamiento. Pero no se agotan ahí las preocupaciones de un Derecho penal liberal, que defiende ante todo la libertad y la dignidad humanas, e impone, como ineludible obligación a los órganos de poder el respeto de esas categorías de la existencia del individuo. Al amparo de un Derecho legal o judicial monstruosos, la palabra del hombre se ha castigado con penas severísimas, colocándose en la cúspide la de muerte, aderezada con los más dantescos aditamentos. Por ello Beccaria levantó conmovedoramente su voz contra ciertas formas del delito político, en que se hacía a los hombres "víctimas de una palabra"; en que los delincuentes eran tales no por su obra, sino por su pensamiento, y sólo el "arte de las interpretaciones odiosas" pudo hacer surgir con cruel polimorfismo los delitos. La ley no puede prohibir sino las acciones nocivas a la sociedad, di-

rán Montesquieu y Beccaria, y la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789 lo inscribirá —artículo 5—, llegando a nosotros como uno de los más valiosos legados de la Revolución francesa. Esto representa para el ámbito del Derecho penal otro jalón fundamental, cobijándose en una nueva filosofía política, pero al germinar en Europa y Asia una vuelta en lo formal a lo antiguo, con creación política en lo que atañe a los fines del Derecho de castigar; la noción legal del delito retorna a lo multiforme, a lo escurridizo, y fluye de la mente del juez: se destruye "el fetichismo de la ley y de la legalidad"; el Poder Legislativo es un mero registro de Decretos, en los labios de Rocco, y el Judicial un simple redactor de sentencias para Andreotti. El juez debía preguntarse "si la intimidad de su alma estaba de acuerdo con el Fuhrer", en la Alemania Nazi, y el Soviet proclama que "un Tribunal no tiene importancia intrínseca; está sometido a los intereses de las clases que lo han creado". La dictadura alemana recuerda el Bajo Imperio, la decadencia de Roma; y el Soviet hace degenerar al Positivismo penal: el fin político no puede en-

quistarse en el Derecho penal, sino a riesgo de hacerlo perecer, al substituir la justicia de la igualdad por la justicia de partido. Vive siempre a expensas de un tiempo que lo exige; el ideal político, cualquiera que sea, penetra en todos los estratos de la vida social, pero salvado el remolino ha de quedar reverentemente sepulto; su prolongación impide la fe en la justicia; lleva a todas las conciencias el temor, y es, como acota emocionadamente el maestro Ruiz-Funes, "una forma elegante de encubrir la tiranía y de negar la libertad".

Es mérito singular de Ferri y Vannini, el haber destacado el carácter de frontera de la tentativa. Del primer estadio en el que el pensamiento no se pune, llegóse penosamente al que consagra "nulla crimen sine lege" y "nulla poena sine crimen", que aparecen en los artículos 14 y 16 constitucionales. Pero como la tentativa va adosada a todos los tipos —con las naturales excepciones que la dogmática enseña— puede extenderse su eficacia, en peligrosa búsqueda de un castigo, hasta la imputación del pensamiento o de la palabra, o de la acción que no es *nociva a la sociedad*, pero que revela la intención.

Y porque la solución no puede hallarse en la lectura del Código, ni en su exégesis empobrecida, ni en la incondicional adhesión a una Escuela, y debe contemplar el problema también con nuestra propia filosofía política; débese penetrar, así sea como aquí con parvos conocimientos, al esclarecimiento de la esencia, contornos y proyecciones de la tentativa.