

#### CAPITULO CUARTO

### ILICITUD Y TENTATIVA

Ahora el tema ha de ser reconducido al sitio determinado por Manzini, pues ya no se discute por qué se pune la tentativa, sino que aceptada la imprescindible necesidad de su inclusión jurídica, y establecido el principio negativo *cogitationis poenam nemo patitur*, queda por saber cuándo puede decirse iniciada la actuación capaz de constituir el delito tentado.

La indagación científica surge en Italia y Alemania en la primera mitad del siglo pasado, como producto perteneciente en forma íntegra a la dogmática y a la teoría general del delito, mas después intervienen preocupaciones de "escuela" que nublan y entorpecen la definición conceptual de lo

que es propio del principio de ilicitud penal y de lo que está en el ámbito de lo lícito penal, aunque pueda entrar a los territorios del injusto religioso, ético-social o jurídico pero encuadrado en otras ramas del Derecho. Recuérdase que para la Iglesia *pensiere, parole, opere* son ya violación del deber, y que la fórmula de Saturnino: *aut facta, aut dicta, aut scripta, aut concilia, maleficia puniuntur*, si bien agotadoramente explica la conducta humana, es preciso darle contenido, llenarla, referirla a los tipos, y señalar sus límites.

Las normas legales que definen el delito tentado —tentativa inacabada y tentativa acabada— tampoco proporcionan en mérito de su redacción un anclaje seguro, pues aun aquellas que aluden al principio de ejecución para expresar la acción que da vida al ilícito penal mínimo, han podido obtener *consensus* uniforme en la doctrina o en la jurisprudencia. Ello acontece con los Códigos Penales napoleónico, alemán y Zanardelli, que revisados por los más eminentes juristas en sus obras, y aplicados por los Tribunales de Casación —Italia, Francia— o

por el Tribunal Supremo —Alemania— reciben distinto trato.

No es ocioso aludir al Proyecto Rocco, en que la Exposición de Motivos, según el criterio del ilustre Guardasellos, pone de manifiesto el hecho de que la norma jurídica que prevé la tentativa, borra cualquier duda sobre el principio de ilicitud penal, mientras los más reputados juristas italianos sostienen que los términos del precepto legal y el sistema traicionaron el pensamiento de Rocco: la ley fué menos sabia que el legislador.

Se plantea el límite de la licitud muriendo en el principio de la tentativa. El máximo de actividad permitida para el Derecho penal, es la que no capta el delito tentado. El mínimo del ilícito represivo que recoge la norma es el principio de la tentativa; ella tira la línea divisoria entre lo permitido y lo prohibido, como *minus*. De ahí la singular importancia teórica y práctica de fijar dónde comienza la figura accesoria, si bien es notorio su punto de llegada, sea bajo la modalidad de la frustración, sea por la consumación del tipo proyectado.

Sin embargo, decir dónde se inicia la tentativa, es dejar establecido su aspecto negativo. En efecto: alejada la *nuda cogitatio* del esquema conceptual y casi siempre jurídico, algo más que el pensamiento criminoso llegado a decisión firme y concreta, tendrá que ser lo justiciable. De ahí que los delitos que admiten una serie de acciones, la fragmentación de la actividad que produce cambios en el mundo exterior, en obediencia a la decisión criminal, son los únicos en que puede darse la figura tentada; pero dónde la resolución manifestada es tentativa y dónde es irrelevante para su enjuiciamiento, es problema atinente a la teoría general del delito y a la dogmática jurídica. Aquí la interpretación exegética de la ley es insuficiente para el logro del propósito, y máxime si se toma en consideración que muchas leyes al prever la tentativa emplean tan ambiguos términos, que convierten la figura accesoria en algo irreconocible para la ciencia del Derecho. La jurisprudencia acude a llenar el hueco dejado por la norma, y asumiendo el papel de legislador, suplanta la voluntad de la ley, imponiendo su propia voluntad. El que para ello aduzca un in-

comprobado pensamiento del legislador, tan grato a los exégetas, y que en todo caso sería inconducente para los fines que se propone el intérprete, en nada afecta la realidad del hecho. Ello ha ocurrido en nuestro país desde la vigencia del Código Penal de 1871 del Distrito y Territorios Federales, en materia común y para toda la República en materia federal, y en varias leyes —Ley Aduanal, artículo 358—, tanto en su primitiva redacción como en su infortunada reforma, pues sanciona el acto preparatorio, dejando sin punición los actos ejecutivos y la frustración, incluyéndose la mayoría de los Códigos Penales de los Estados, y a nuestro criterio, compartiendo los argumentos de Manzini y Maggiore, también en Italia, desde la promulgación del Código Rocco.

Junto a la resolución manifestada, se encuentran la instigación, el mandato, la adquisición de los medios, la búsqueda de las personas que concurrirán al hecho delictuoso, y toda una gama incoercible de actos que hacen posible la realización de la voluntad decisa, consumando el tipo o penetrando

parcialmente en el mismo. Por ello la doctrina habla de actos preparatorios, de actos ejecutivos, de frustración, de acciones inidóneas de modo relativo o absoluto, de delito imposible por falta absoluta de objeto —material o *jurídico*—, y de falta accidental del objeto en que debería recaer la acción delictuosa. Y todo este análisis perteneciente a la teoría general del delito, que puede eventualmente corresponder o estar en un pugna con determinado sistema legal, y por ello ser apropiado a un estudio de dogmática o resultar contrariado por éste, revela las lagunas de la ley —entendidas no en el sentido acogido por la Escuela de la exégesis, sino en su verdadera naturaleza—, sus imperfecciones, sus injusticias, sus absurdos, su criterio unilateral o su cabal comprensión. Códigos hay, como el franquista, con odioso espíritu inquisitorial, que consideran ya el acuerdo criminal y en general todos los actos preparatorios como punibles; y a pesar de ello, el acto prelegislativo debió distinguir preparación de ejecución, y la jurisprudencia habrá de llegar al mismo distingo. La Unión Soviética sigue el mismo sendero, acudiendo a la analogía *iuris*.

Las leyes mexicanas, a pesar de sus evidentes torpezas, jamás han aceptado *in genere* la punición del acto preparatorio, y las excepciones consignadas no obedecen al signo político que inspiran aquellos Ordenamientos jurídicos. La ley ha sido, con frecuencia, menos sabia que el legislador, como en los Códigos mexicanos de 71, de 29 y de 31, pero siempre legislador y jurisprudencia han sido animados por un noble aliento libertario. Debe ser valorada en toda su amplia significación tal actitud, y así, los reproches que se dirigen al texto legal cobran su justa proporción. Esto alcanza aún a los autores mexicanos, que en un confusionismo hijo de la escuela positivista, subvierten los términos, los conceptos, los fines y por lo mismo los efectos, al interpretar los preceptos legales con un criterio que atinadamente califica Soler de "peligrosista", pues menospreciando la filosofía política que impregna nuestra Constitución, y la directiva teleológica, aprecian punible lo que el Código represivo jamás considera merecedor de la coerción del Estado, e impune lo que ciertamente la voluntad de la ley tipificó adosándole una sanción. Esto es, la inter-

pretación se extrema en el sentido de incriminar lo no criminoso o de estimar no punible lo delictuoso. Autores tan reputados como Mezger y Ferri no han podido abstraerse a esa tendencia. La causa suprallegal, la peligrosidad, respectivamente, determinan estas antijurídicas posturas.<sup>15</sup>

a) Se dice que los actos preparatorios no deben punirse y que el legislador no los comprende al definir la tentativa. Que cuando es su voluntad hacerlo, incorpora en el Ordenamiento Punitivo tipos especiales que describen la conducta y la sancionan. La interpretación sistemática, se piensa, revela tal voluntad yacente en el conjunto de las normas penales, pues si los actos preparatorios quedarán incluidos en la norma genérica, habría duplicidad de la norma, y no es racional hablar de esa repetición legislativa. Porque la ley no comprende en la fórmula general que prevé el delito tentado los actos preparatorios, el legislador interviene y

---

15 Soler, *D. Penal*, Argentino, I, 352; Asúa, *La Ley y el Delito*, p. 346; Grispigni, *Diritto*, I, p. 411; Soler, in n. *Esquema* de Beling, p. 204; Ferri, *op. cit.*, p. 180.

los pune como delitos en cada caso concreto cuando lo estima oportuno.<sup>16</sup>

Independientemente de que casi siempre el legislador, en la mayoría de los Códigos Penales, contempla en norma especial el delito tentado en sus dos formas *clásicas*, y por separado, como tipos autónomos, incrimina la resolución manifestada, el acuerdo criminal, la instigación, en relación con otros tipos, a los que concede gran importancia en mérito del fin de la norma, y que el legislador mexicano ha procedido de la misma guisa, como adelante será subrayado, conviene acotar los criterios que la doctrina ha señalado como diferenciadores de los actos preparatorios y de los ejecutivos; de lo que es propio de sanción penal y de lo que permanece como no punible. La necesidad de tal estudio no precisa ser encarecida, pues el llamado sistema "racional" de interpretación ha mucho perdió en la dogmática prestigio<sup>17</sup> y no es además éste el sitio adecuado para su confutación.

---

16 Vannini, *Il problema...* pp. 16, 17. Battaglini, *Diritto*, p. 250.

17 Principalmente Geny, *Méthode d'Interprétation et sources en Droit privé Positif*, París, segunda, 1919, I, pp. 34

Acto preparatorio y acto ejecutivo aparecen como problema inaplazable no solamente en el Derecho penal liberal. Ferri, contradictoriamente lo anota, y Vannini dedica uno de sus más bellos y documentados estudios al tema, al hablar del artículo 58 del entonces Proyecto de Código Penal italiano. El claro autor expresa: "La clásica distinción entre actividad ejecutiva y actividad preparatoria del delito, que la casi totalidad de la doctrina ha querido disminuir en importancia, confinándola en el limitado terreno de la teoría de la tentativa, se afirma, por el contrario, a nuestro criterio, como expresión práctica del fundamental postulado del concepto de ilicitud; como expresión de un principio que está aún y en primer lugar a la cabeza de las concretas normas jurídicas relativas a la punibilidad del conato, constituyendo, con otros prin-

a 36; Antolisei, *Problemi Penali Odierni*, Milano, 1940, pp. 19 a 22. No puede ser desenvuelto aquí el tema de la interpretación, ni siquiera intentarse su planteamiento, así fuera en líneas generales. Para una bibliografía consultar: Bobbio, *Scienza e tecnica del diritto*, Turín, 1934; Maggiore, *L'interpretazione delle legi como atto creativo*, Palermo, 1914; Ihering, *Dogmática jurídica*, segunda, B. Aires, 1946.

cipios, la base racional, el esquema lógico el cual debe contener todo sistema positivo de represión penal."

"Si la defensa penal que era, como es, una defensa específica impregnada del concepto de ilicitud, dirigida al fin inmediato de la represión, actuando por medio de la sanción, pudiese conformarse al criterio de una escuela y en contraste con la exigencia ética de la conciencia humana, a un puro engranaje de medida preventiva; si el delito —hecho contrario a la norma— no atendiese a su valor y a su significado jurídico y a la culpable y voluntaria actuación de un comportamiento prohibido por la ley, sino a la aptitud de delinquir revelada por el culpable; si la pena debiese infligirse —como realización de la norma— no porque se ha querido y cumplido lo que la norma imponía no cumplir y en relación a la entidad de la violación (*punitur quia peccatum*), sino al solo fin de prevenir futuras violaciones (*punitur ne peccetur*), una separación conceptual de la actividad preparatoria del delito y la actividad ejecutiva, carecería de sentido: el acto preparatorio aun no

siendo todavía el *hecho prohibido por la norma*, bien podría constituir un acto revelador de una individualidad temible, de una aptitud para delinquir, y, como tal, legitimar la adopción de medidas defensivas del agregado social.

“Una separación conceptual de la actividad ejecutiva y de la actividad preparatoria, nos la impone la lógica en mérito de la consideración de un derecho penal (me refiero a la voluntad capaz de sujeción por parte de la voluntad soberana del Estado, manifestada a través del modelo preciso de conducta antijurídica) cuando se trata, y no por mero juego dialéctico, sino en respuesta a las más evidentes exigencias jurídicas, de buscar la noción exacta de delito y de pena, negación el primero de la voluntad estatal por obra de otra voluntad; reafirmación la segunda (necesaria, inevitable), de la absoluta, incondicionada imperatividad de la norma.”

“La concesión que haga cualquier sistema jurídico-penal, más o menos perfecto y que responda más o menos a los fines de la defensa social, así sea el programa de la dirección sintomática, sea

cual fuere el contenido de las normas que lo substancien, debe integrarse sobre la trama que lleva a la cabeza los principios racionales, absolutos, fuera de los cuales terminaríamos por descomponerlo en una serie de absurdos jurídicos: debe ser un sistema racional, sin ser un sistema de normas de Derecho racional. Uno de estos principios absolutos, informadores del sistema, es desde luego el de la ejecutividad de la acción. Como no constituye delito el hecho no incriminado por la ley, porque en ausencia de la norma no es concebible una acción (así sea reveladora de peligrosidad individual) que se le pueda oponer; como el hecho previsto como delito no llega a delito, donde no sea reconducible a aquella voluntad capaz y culpable a la que la norma se dirige; así no hay delito aunque delito haya sido el que fué objeto de nuestro pensamiento cuando en la actividad por él desplegada no actúa la volición contrastante con el contenido volitivo de la norma.” Y el ilustre autor destaca en esta forma prístina, evidente, la necesidad teórico-práctica de llegar al distingo entre acto preparatorio y acto ejecutivo, pues aún, como él señala, en las normas

jurídicas que obedecen a la escuela positiva, nosotros, agregaríamos, en el Estado Soviético, no hay acción justiciable sin norma penal que así previamente lo haya establecido. La analogía *legis* fíncase en el mismo sistema, pues el libre arbitrio de incriminación y de punición se levanta sobre la norma de derecho que la autoriza, y requiere una evaluación lógico-axiológica para acudir a la declaración de que la conducta es contraria al Derecho y merecedora de la coerción estatal. Si pensásemos que es labor estéril la propuesta, llegaríamos a concluir que preparación y ejecución no importan, que el orden jurídico está a merced de un normativismo caprichoso y acientífico, y que al Derecho penal no le interesan el delito y la pena, por dejar abierto el camino a un Derecho judicial bárbaro. Estimamos que tal cosa aparece en relieve al contacto de la analogía *iuris* o *legis*, pues si a la mirada superficial le es dada una situación que parece igualar acción típica con acción atípica pero punible por obra de la declaración judicial, resulta notorio que no toda acción legalmente atípica es delictiva, sino sólo aquella que se conforma

valorativamente a otra prevista en el sistema jurídico. Ciertamente, por este sendero abierto paralelamente al trazado por el Derecho Civil tradicional y que pervive, el Derecho judicial tiene más amplios confines que en el sistema del liberalismo, pero es irrefragable la afirmación de que ese Derecho judicial debe seguir las mismas directivas lógicas de éste, aunque varían las apreciaciones axiológicas. Del mismo modo, sólo que se castigase, incluyendo la medida aseguradora, usando la expresión por comodidad, la peligrosidad, ajena a cualquier vinculación típica —lo cual es un absurdo que a nadie se le ha ocurrido—, sería dable el prescindir del distingo entre tipicidad y atipicidad, entre acto preparatorio y acto ejecutivo.<sup>18</sup>

b) Sin embargo, alguna ley vanamente pretende suprimir la distinción. Así, en la Relación al Rey

---

<sup>18</sup> Vannini, *Recostruzione sintetica de la dottrina del reato*, Siena, 1928, n. 8, pp. 21, 22; *Actividad ejecutiva y actividad preparatoria*. "Riv. it. di dir. it." Padova, 1929, vii. El Código Rocco respetó las garantías de incriminación y punición; la analogía para ellas, en cambio, aparece en el artículo 16 del C. Penal Soviético de 1926 y en la Ley de 28 de abril de 1935 del Reich.