

24
92



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

**“LA TENTATIVA EN LAS REFORMAS
DE 1984”**



FACULTAD DE DERECHO
SECRETARÍA GENERAL DE
ESTUDIOS PREPARATORIALES

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :
MANUEL BARCENA VILLANUEVA

CIUDAD UNIVERSITARIA

MEXICO, D. F.

1986



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

INDICE

	pág.
<u>"LA TENTATIVA EN LAS REFORMAS DE 1984"</u>	
INTRODUCCION.....	1
CAPITULO I	
1.- EL DELITO Y SUS ASPECTOS NEGATIVOS.....	3
2.- ITER CRIMINIS.....	10
3.- FASES DEL ITER CRIMINIS.....	11
4.- HISTORIA DE LA TENTATIVA.....	23
5.- LA TENTATIVA EN NUESTROS CODIGOS.....	27
CAPITULO II	
1.- ACTOS DE PREPARACION Y ACTOS DE EJECUCION.....	34
2.- IDONEIDAD Y UNIVOCIDAD DE LOS ACTOS.....	44
3.- TENTATIVA Y CONSUMACION.....	47
4.- TENTATIVA Y FRUSTRACION.....	50
5.- DELITO IMPOSIBLE.....	54
CAPITULO III	
1.- CONCEPTO DE TENTATIVA.....	58
2.- NATURALEZA JURIDICA DE LA TENTATIVA.....	60
3.- ELEMENTOS DE LA TENTATIVA.....	64
4.- DELITOS QUE ADMITEN O NO LA TENTATIVA.....	67
5.- LA PUNIBILIDAD EN LA TENTATIVA.....	72
6.- DESISTIMIENTO.....	81

7.- ARREPENTIMIENTO.....	87
8.- JURISPRUDENCIA SOBRE LA TENTATIVA DE DELITO.....	90

CAPITULO IV

1.- INICIATIVA DE LEY.....	107
2.- EXPOSICION DE MOTIVOS.....	109
3.- PROCESO LEGISLATIVO.....	115
CONCLUSIONES.....	121
BIBLIOGRAFIA GENERAL.....	123

INTRODUCCION

La teoría de las formas de aparición del delito presenta una problemática muy interesante, integrada en especial por las manifestaciones objetivas del delito como son la tentativa, el delito frustrado, el consumado y el agotado. Dentro de los comportamientos humanos tenemos al criminal, integrado por determinadas fases y conjuga los elementos típicos; la conducta ilícita está compuesta, a su vez, por determinados momentos y se habla del COMIENZO DE EJECUCION DEL DELITO (TENTATIVA); o bien, - de una ejecución completa de los actos sin producirse el resultado (FRUSTRACION) y si éste, el resultado se produce, tenemos la consumación. Esto constituye el camino recorrido por el delito (ITER CRIMINIS), desde el surgimiento de la idea hasta la -- producción de su realidad objetiva y concreta. En este trabajo nos referimos al momento dentro del "iter criminis" en el cual se presenta el instituto de la tentativa, observándola a la luz de la actual redacción del artículo 12 del código penal.

La importancia de distinguir el pensar y el hacer contra derecho, nos llevará a comprender ampliamente el porqué el aforismo "COGITATIONIS POENAM NEMO PATITUR", como exigencia de la - seguridad jurídica, tiene plena vigencia en el delito tentado - y, aunque por lo general el elemento interno de la conducta no produce efectos jurídicos, existen sin embargo casos en que sí acarrear consecuencias jurídicas con la sola conducta interior;

señalaremos los mismos y distinguiremos la actividad preparatoria de la ejecutiva, para precisar el momento ideativo y el ejecutivo. Asimismo, partiendo de los escasos precedentes romanos y acompañando a la institución en su devenir histórico, llegaremos a comprender el fundamento, naturaleza jurídica, elementos y demás caracteres generales del delito tentado.

Finalmente, haremos el estudio del delito imposible, el desistimiento y el arrepentimiento para entender la estrecha relación que guardan con la tentativa. No podemos analizar el delito tentado sin referirnos a los criterios que al respecto han sostenido los máximos tribunales, razón por la cual citaremos en el presente trabajo la jurisprudencia sobre la tentativa. Asimismo, incluimos un capítulo destinado al proceso legislativo que surgió con motivo de las reformas del año de 1984 y que encuentran su culminación en la actual redacción del artículo 12 del código penal.

Esperamos que la indagación realizada de la última reforma y la consulta de las obras existentes sobre tan apasionante tema, permita comprender mejor el instituto de la tentativa.

CAPITULO I

1. EL DELITO Y SUS ASPECTOS NEGATIVOS.

La razón para hablar primeramente del delito, sus elementos y aspectos negativos, es que precisamente dentro de la llamada teoría del delito, se encuentran las formas de aparición del ilícito y dentro de estas últimas la tentativa. Consideramos que previo al estudio del delito tentado, resulta necesario entender, al menos de una manera muy breve, qué es el delito y cuáles son sus elementos integrantes, así como sus aspectos negativos.

Así, siguiendo la concepción pentatómica, definiremos al delito como "El hecho o la conducta típica, antijurídica, culpable y punible".¹ De tal manera que del mismo concepto se desprenden los siguientes elementos: a) una conducta o hecho, b) tipicidad, c) antijuridicidad, d) culpabilidad y e) punibilidad. La moderna doctrina jurídico penal estima que a cada uno de estos elementos le corresponde un aspecto negativo que impide la integración del delito. Así tendremos el siguiente cuadro:

ELEMENTOS	ASPECTOS NEGATIVOS
CONDUCTA O HECHO	AUSENCIA DE CONDUCTA O HECHO
TIPICIDAD	ANTITIPICIDAD

¹ Fco. Pavón Vasconcelos. "Manual de Derecho Penal Mexicano". Parte General. México 1978. Edit. Porrúa p. 155.

ANTI JURIDICIDAD	CAUSAS DE JUSTIFICACION
CULPABILIDAD	CAUSAS DE INculpABILIDAD
PUNIBILIDAD	EXCUSAS ABSOLUTORIAS.

Pasemos ahora a estudiar cada uno de los mencionados elementos.

1.1 CONDUCTA O HECHO

La conducta o hecho es la manifestación de voluntad que - mediante acción produce un cambio en el mundo exterior, o que, por no hacer lo que se espera, deja inerte ese mundo externo, - cuya mutación se aguarda. Sus elementos son: conducta, resultado y nexos causal, no obstante, existen los delitos llamados de mera conducta en contraposición a los delitos de hecho, y en los cuales no existe resultado material ni nexos causal.

Como formas de la conducta tenemos: a) acción y b) omisión, dividiéndose esta última en omisión simple y omisión impropia o comisión por omisión.

1.2 AUSENCIA DE CONDUCTA O HECHO

Hablemos ahora de la ausencia de conducta o hecho y dentro de esta se encuentran:

a) Fuerza Física.- cuando se actúa por efecto de una fuerza exterior e irresistible proveniente del hombre.

b) Fuerza Mayor.- cuando se actúa por efecto de una fuer-

za exterior e irresistible proveniente de la naturaleza.

c) Sueño.- se presenta cuando el sujeto actúa durante el sueño.

d) Sonambulismo.- se realiza la conducta cuando el sujeto camina, deambula durante el sueño.

e) Hipnotismo.- en materia de hipnotismo existen dos escuelas: la de Nancy que sostiene que el sujeto actúa como automática por las ordenes del hipnotizador y por tal motivo no es responsable; y la escuela de París que establece la inexistencia de actos involuntarios y que el sujeto sí puede rechazar o resistir los hechos delictuosos y por esa razón sí es responsable. En esta materia ninguna escuela tiene la última palabra y dependerá de aquella que se adopte si el sujeto es o no responsable.

f) Actos Reflejos.- aquellos que tienen un estímulo interno y realizan un acto involuntario.

g) Actos Instintivos.- aquellos que tienen un estímulo externo y realizan un acto involuntario.

1.3 TIPICIDAD.

La tipicidad es la adecuación de una determinada conducta al tipo legal o delictivo. No debemos confundirlo con el tipo penal.

Tipo.- es la descripción que se hace en la ley de un hecho que se estima delictuoso.

1.4 ATIPICIDAD.

La atipicidad se presenta cuando falta alguno de los elementos requeridos en el tipo. Es pues, ausencia de adecuación típica.

1.5 ANTI JURIDICIDAD

Es lo contrario al derecho, la violación al orden jurídico. Para que sea anti jurídica una conducta, debe atentar al bien jurídicamente protegido por la ley penal.

1.6 CAUSAS DE JUSTIFICACION O DE LICITUD

Dentro de las causas de justificación o de licitud tenemos:

a) Defensa Legítima.- se presenta cuando el sujeto actúa en defensa de su persona, honor o bienes propios o ajenos. Regu-
lada en el artículo 15 fracción III del código penal.

b) Estado de Necesidad.- cuando el sujeto actúa al encontrarse frente a una situación de peligro cierto y grave cuya su-
peración para el amenazado hace imprescindible el sacrificio --
del interés ajeno, como único medio para salvaguardar el propio.

c) Ejercicio de un Derecho.- cuando opera en favor del su jeto una facultad de actuar expresamente consignada en la ley.

d) Cumplimiento de un Deber.- se presenta cuando la con- ducta realizada por el sujeto constituye un deber, "tiene el de ber de realizar esa conducta".

e) Obediencia Jerárquica.- tiene lugar cuando el inferior actúa cumpliendo la orden dada por el superior jerárquico siem- pre que reúna los requisitos esenciales para constituir una cau sa de justificación.

f) Consentimiento del Interesado.- en este caso se tiene que analizar cada asunto en particular para saber si existe o - no el delito, toda vez que existen bienes no disponibles como - la vida.

1.7 CULPABILIDAD

La culpabilidad es el juicio de reproche que se hace a la conducta desplegada por el sujeto. Entre las formas de culpabi- lidad tenemos:

a) El Dolo.- es el querer la conducta y el resultado. (de- litos intencionales).

b) La Culpa.- el sujeto acepta la conducta pero no el re- sultado.

c) La Preterintención.- es dolo al principio y culpa al -

final.

1.8 CAUSAS DE INCULPABILIDAD

Dentro de las causas de inculpabilidad tenemos:

a) El Error de Hecho Esencial e Invencible:

De Hecho.- es decir, que recaiga sobre una situación real o fáctica y no sobre las normas jurídicas (error de derecho); entendiéndose por error el falso concepto que se tiene de algo.

Esencial.- cuando recae sobre lo fundamental, lo básico.

Invencible.- cuando por las circunstancias particulares del caso, no se puede evitar, al no estar en posibilidad de conocerlo.

b) No exigibilidad de Otra Conducta.- se presenta cuando no se puede pedir al sujeto que actúe de manera diversa

1.9 PUNIBILIDAD

Es la amenaza de pena que el estado asocia a la violación de los deberes consignados en las normas jurídicas, dictadas para garantizar la permanencia del orden social.

Al respecto, todavía existe la discrepancia entre eminentes autores acerca de si la punibilidad es un elemento integral del delito o una consecuencia del mismo.

1.10 EXCUSAS ABSOLUTORIAS

Son causas de impunidad o excusas absolutorias, las que hacen que a un acto típico, antijurídico y culpable, no se asocie pena alguna por razones de utilidad pública. Nuestro código penal señala expresamente cuales son las causas de impunidad, - sin que entremos al estudio de cada una de ellas por no ser el objeto primordial del presente trabajo.

2. ITER CRIMINIS.

Para poder estudiar la tentativa, debemos atender inicialmente al llamado "iter criminis", que forzosa y necesariamente es la base sobre la cual descansa.

2.1 CONCEPTO.

El delito surge en la mente humana como idea y desde ese momento recorre una ruta o sendero hasta llegar a su consumación. A este "camino que recorre el delito", podemos llamarle "iter criminis", el cual presenta diversas fases o etapas entre las cuales podemos distinguir: la fase interna o subjetiva y la fase externa u objetiva.

3. FASES DEL ITER CRIMINIS

3.1 FASE INTERNA O SUBJETIVA

Hemos mencionado que la idea criminal surge en la mente humana y que en su trayectoria llega a exteriorizarse después de un determinado proceso interior. Al camino que recorre el delito desde su ideación hasta antes de que se exteriorice, le llamaremos fase interna. Esta fase presenta a su vez varias etapas a saber que son:

- a) Ideación, b) Deliberación y c) Resolución.

3.1.1 IDEACION

Se presenta en el momento en que surge en la mente humana la idea criminal, es decir, cuando el sujeto se ve tentado a delinquir y puede suceder que se rechace en forma definitiva o que se acepte y permanezca como idea fija, o bien, que sea rechazada en principio, pero resurja y se le dé albergue, situaciones estas 2 últimas que nos conducirían a la siguiente etapa.

3.1.2 DELIBERACION

Una vez que el sujeto acepta la idea criminal, delibera sobre la misma, es decir, pone en una balanza los "pros" y los "contras" y en su "psique" se lleva a cabo una lucha entre la fuerza de la idea criminal y las fuerzas (morales, religiosas,

sociales, etc.) que pugnan contra ella.²

Puede ocurrir que la idea resulte rechazada y entonces es anulada de la mente misma, pero también puede salir triunfante y tal situación daría lugar a la siguiente fase.

3.1.3 RESOLUCION

Una vez que se agota la lucha desarrollada en la "psique" del sujeto (deliberación), prevaleciendo la fuerza de la idea - criminosa, se toma la resolución de delinquir, es decir, la intención y voluntad de llevar a la práctica ese deseo de cometer el delito, pero sin que dicha voluntad salga al exterior, existiendo en la mente humana como un mero propósito.

Este momento del iter, se presenta como la última etapa - de la fase interna.

Ahora bien, diremos que esta fase interna o subjetiva, no tiene transcendencia penal, toda vez que la idea criminosa permanece en el mundo ideológico, no se materializa en actos o palabras, y por tanto se hace imposible la lesión de algún interés jurídicamente protegido; el pensamiento no es incriminable y -- bastaría enunciar el ya consagrado principio "COGITATIONIS POE-

2. Cfr. Pavón Vasconcelos. "Manual de Derecho Penal Mexicano". México 1974. Porrúa. p. 409.

NAM NEMO PATITUR", o como manifestaba Rossi "El pensamiento es libre, escapa a la acción material del hombre, podrá ser criminal, pero no podrá ser encadenado"³. El Derecho armoniza las relaciones humanas esencialmente externas en vista a la convivencia y cooperación de la sociedad y por ello, tal finalidad se desentendería del derecho si se incriminaban las ideas.

5.2 FASE EXTERNA

La fase externa es el período que transcurre desde el momento en que la voluntad criminal se exterioriza hasta la consumación del delito, comprendiendo: la manifestación de la idea criminal y dentro de ella los llamados casos de resolución manifiesta, los actos preparatorios y los actos de ejecución, hasta llegar a la consumación. LA TENTATIVA DE DELITO se ubica -- exactamente en el período que va desde que se exterioriza la voluntad criminal por medio de la realización de actos tendientes a la ejecución hasta el momento inmediato anterior a que se consume el delito, es decir, la tentativa se presenta en la fase externa u objetiva del iter criminal.

Dentro de esta misma fase nos enfrentamos a situaciones en las cuales la idea criminal se exterioriza pero simplemente

3. Jiménez de Asúa, "La Ley y el Delito", pág. 577. Caracas -- 1945 y también Castellanos Fernando, "Lincamientos de Derecho Penal". Parte General. México 1971, pág. 254.

como una idea o un pensamiento, es decir, únicamente se manifiesta la intención delictuosa y no obstante ello, el Derecho las pune. Los autores le han llamado "Casos de Resolución Manifiesta"⁴, y por estar ubicados dentro de la fase externa, siguen la regla general de castigo a actos exteriorizados sin que violen de alguna manera el principio "COGITATIONIS POENAM NEMO PATITUR". Las resoluciones manifestadas a las cuales nuestro derecho les impone una sanción penal son las siguientes:

Invitación para cometer el delito de traición a la Patria.

Invitación para cometer el delito de rebelión.

Conspiración para cometer traición, espionaje, rebelión, sedición y otros desordenes públicos.

Amenazas.

Provocación de un delito y apología de éste.

Instigación, incitación o invitación a ejecutar los delitos de traición a la Patria, espionaje, terrorismo, sabotaje, conspiración y otros desordenes públicos.

Lenocinio.

Asociación delictuosa.

Traición a la Patria.

4. Cfr. Gustavo Haiv Camacho. "Tentativa del delito". México 1971, p. 34.

3.2.1 INVITACION PARA COMETER EL DELITO DE TRAICION
A LA PATRIA

Artículo 123.- se impondrá la pena de prisión de 5 a 40 años y multa hasta de 50 mil pesos al mexicano que cometa traición a la patria en alguna de las formas siguientes:

Fracción XI.- invite a individuos de otro estado para que hagan armas contra México o invadan el territorio nacional, sea cual fuere el motivo que se tome; si no se realiza cualquiera de estos hechos, se aplicará la pena de 4 a 8 años de prisión y multa hasta de 10 mil pesos.

Por invitación debe entenderse no sólo la transmisión hecha a otro acerca de la idea criminosa, sino también la petición generalmente indicada como formal para que el sujeto pasivo de la relación participe en la realización del delito.

3.2.2 INVITACION PARA COMETER EL DELITO DE REBELION

Artículo 135.- se aplicará la pena de uno a 20 años de prisión y multa hasta de 50 mil pesos al que:

Fracción I.- en cualquier forma por cualquier medio invite a -- una rebelión.

Creemos que el término empleado aquí como invitación, - corresponde el mismo sentido que para tal ya hemos expresado.

3.2.3 CONSPIRACION PARA COMETER TRAICION, ESPIONAJE, REBELION, SEDICION Y OTROS DESORDENES PUBLICOS

Artículo 141.- se impondrá pena de uno a 9 años de prisión y - multa de 10 mil pesos a quienes resuelvan de concierto cometer uno o varios de los delitos del presente título (se refiere a los delitos cometidos contra la seguridad de la nación) y acuerden los medios de llevar a cabo su determinación.

Se refiere aquí a la conspiración, entendiéndose como - tal "el acuerdo o concierto de dos o más personas para cometer o ejecutar uno o más delitos". Conforme a nuestro derecho se - exige además que se hayan acordado los medios de llevar a cabo esa determinación para que pueda punirse.

3.2.4 AMENAZAS

Artículo 282.- se aplicará sanción de 3 días a un año de prisión y multa de diez a 100 pesos:

Fracción I.- al que de cualquier modo amenace a otro con causarle un mal en su persona, en sus bienes, en su honor, en sus derechos, o en la persona, honor, bienes o derechos de alguien con quien esté ligado con algún vínculo; y

Fracción II.- al que por medio de amenazas de cualquier género trate de impedir que otro ejecute lo que tiene derecho a hacer.

Debido a que el interes jurídicamente protegido se encuentra determinado y no es otro que la libertad y seguridad personal, constituye un tipo autónomo recogido en la ley.

3.2.5 PROVOCACION DE UN DELITO Y APOLOGIA DE ESTE

Artículo 209.- al que provoque públicamente a cometer un delito; o haga la apología de éste o de algún vicio, se le aplicará prisión de 3 días a 6 meses y multa de 5 a 50 pesos si el delito no se ejecutare. En caso contrario, se aplicará al provocador la sanción que le corresponda por su participación en el delito cometido.

Al igual que en el anterior caso, éste constituye un tipo con naturaleza autónoma recogido por la ley penal mexicana, entendiéndose a la provocación como sinónimo de causación, es --

decir, "la actividad pública realizada por el sujeto para crear una influencia psicológica capaz de hacer dable la realización de un delito".

3.2.6 INSTIGACION, INCITACION O INVITACION A EJECUTAR LOS DELITOS DE TRAICION A LA PATRIA, ESPIONAJE, TERRORISMO, SABOTAJE, CONSPIRACION Y OTROS DESORDENES PUBLICOS.

Artículo 142.- al que instigue, incite o invite a la ejecución de los delitos previstos en este título (se refiere a los delitos cometidos en contra de la seguridad de la nación) se le --- aplicará la misma penalidad señalada para el delito de que se trate, a excepción de lo establecido en el segundo párrafo del artículo 130, en el segundo párrafo del artículo 131, y en la fracción I del artículo 135, que conservan su penalidad específica.

Al que instigue, incite o invite a militares en ejercicio a la ejecución de los delitos a que se refiere este título, se le aplicará pena de 5 a 40 años de prisión.

Las excepciones que establece el precepto mencionado, se refieren a casos de resolución manifiesta que tienen señalada una sanción específica y por tal razón, no les es aplicable dicho artículo.

Pensamos que el término instigar es sinónimo de incitar, entendiendo por tal "la reiterada actividad del sujeto activo para inducir al sujeto pasivo a la comisión del delito".⁵ En cuanto al vocablo invitar, corresponde el sentido que ya hemos expresado.

3.2.7 LENOCINIO

Artículo 207.- comete el delito de lenocinio:

Fracción II.- al que induzca o solicite a una persona para que con otra comercie sexualmente con su cuerpo o le facilite los medios para que se entregue a la prostitución.

Entendemos por inducir: "plenamente el momento de la deliberación y acaso también el de la resolución, es decir, la aceptación de la idea en la mente del sujeto pasivo de la relación"⁶.

3.2.8 ASOCIACION DELICTUOSA

Artículo 164.- Se impondrá prisión de 6 meses a 6 años y multa de 50 a 500 pesos, al que tomare participación en una asociación o banda de 3 o más personas, organizada para delinquir, por el solo hecho de ser miembro de la asociación e independientemente de la pena que le corresponda por el delito que pudiera cometer o haya cometido.

5. Gustavo Malo Camacho. Obra citada pág. 31

6. Gustavo Malo Camacho. Obra citada pág. 32.

Se manifiesta la resolución de cometer delitos por el só lo hecho de formar la asociación o banda.

3.2.9 TRAICION A LA PATRIA

Artículo 123.- se impondrá la pena de prisión de 5 a 40 años y multa hasta de 50 mil pesos al mexicano que cometa traición a la patria en alguna de las formas siguientes:

Fracción III.- forme parte de grupos armados dirigidos o asesorados por extranjeros, organizados dentro o fuera del país, --- cuando tengan por finalidad atentar contra la independenciam de la república, su soberanía, su libertad o su integridad territorial o invadir el territorio nacional, aun cuando no exista declaración de guerra.

Pensamos que el presente caso goza de la misma esencia - que el anterior y compartimos la opinión del maestro Alfredo Etcheverry ⁷ en el sentido de que la asociación ilícita se parece en cierta forma a la conspiración con la salvedad de que pensamos que lo mismo ocurre con el presente caso de traición a la patria

Hemos mencionado anteriormente que dentro de la fase externa, quedaban comprendidos los siguientes aspectos: manifesta

7. Citado por Pavón Vasconcelos en su obra "Breve Ensayo sobre la Tentativa". México 1982. págs. 14,15.

ción de la idea criminosa, los actos preparatorios y los actos de ejecución hasta llegar a la consumación. Respecto al primero de los mencionados ya nos hemos referido y por cuanto a los restantes, en el presente apartado no los estudiaremos por ser motivo de análisis de subsecuentes capítulos. Sin embargo, haremos una somera referencia a los actos preparatorios, de ejecución, consumación y agotamiento.

Los actos preparatorios han sido considerados por la mayoría de los autores con un carácter de impunidad, fundamentando que los mismos presentan un carácter equívoco y no entrañan peligro alguno en su realización; sólo desde el punto de vista del autor, puede distinguirse su intención pues objetivamente nada revelan sobre el propósito criminal, así tenemos la compra del cuchillo que bien puede ser utilizado para fines delictuosos o para otro diverso y por tal razón, dicho acto es equívoco.

En contraposición tenemos a los llamados actos de ejecución los cuales a decir de la doctrina, son punibles por entrar en la esfera de consumación sin llegar a llenarla; tienen un carácter unívoco por cuanto su realización expresa de manera objetiva la intención criminosa y por ende peligro de lesión al bien jurídico protegido, aunque más adelante veremos que este criterio no es absoluto. A diferencia de los actos de preparación, los actos ejecutorios, son por sí mismos suficientes para denotar su vinculación con el propósito de ejecutar un determi-

nado delito.

La consumación se presenta cuando una vez agotada la conducta, produciéndose el resultado, se verifica la lesión al --- bien jurídicamente protegido, dicho en otros términos, un delito se consuma si se realizan todos los elementos constitutivos y se produce la lesión al interés jurídico.

Algunos autores añaden al delito consumado, el llamado -delito agotado como último momento de la fase objetiva del iter criminis y que se presenta como la culminación completa de los propósitos del agente, es decir, cuando el autor logra el propósito final perseguido.

4. HISTORIA DE LA TENTATIVA

Un antecedente remoto de la figura de la tentativa lo encontramos en el Exodo XII 12, que olvidándose del criterio tautológico, establece: "el que hiere a un hombre queriéndolo matar, muera por ello".

En el derecho romano, no se llegó a establecer un criterio distintivo entre consumación y tentativa, ni creó término alguno para diferenciar tales grados del delito, es decir, no existió una teoría de la tentativa, lo que no implicó, como lo señala Pavón Vasconcelos, la impunidad de los actos que hubiesen tenido dicha naturaleza, pues se impuso a estos, la misma pena que a los delitos consumados. Así, en el derecho romano al principio no se hizo distinción alguna entre affectus (intención) y effectus (resultado) y todavía durante el imperio tenía plena vigencia el principio "in maleficis voluntas spectatur, non exitus"⁸ (en los delitos debe considerarse la voluntad, no el resultado); sin embargo la tentativa se conoció y reglamentó en épocas posteriores pero sólo en relación a determinados delitos en la Ley Cornelia de Sicariis et veneficis y por un Rescripto de Adriano, en la Ley Julia Majestatis, en la Pomponia de Parricidiis y de Calumniatis, aunque sancionándose con igual pena los actos preparatorios, la tentativa y la consumación.

8. Principio citado por Del Rosal, Juan. "Derecho Penal Español" Madrid - 1960. p. 96.

Ulpiano en el Digesto consagra su célebre frase "Cogitationis Poenam Nemo Patitur" y en el mismo libro Callestratus refiere: "in maleficiis voluntas spectatur, non exitus" (en los delitos se atiende a la voluntad y no al resultado).

Así tenemos que en los orígenes más remotos de la tentativa, se observa el castigo en relación con el resultado material producido pero tal concepción se modifica en el devenir del tiempo para adquirir más importancia el lado "subjetivo" del delito, es decir, la voluntas, en contraposición del exitus.

En el derecho germánico se desconoció primeramente la tentativa, aun cuando posteriormente se equiparó al delito consumado, principalmente en el delito flagrante.

Es hasta el derecho italiano de la Edad Media, cuando se considera a la tentativa como una lesión jurídica de menor importancia que la consumación, castigándose con pena atenuada. De manera que se debe a los autores italianos la elaboración de la teoría de la tentativa quienes recogieron su esencia en el "cogitare, agere, sed non perficere"; fueron ellos quienes lograron establecer la relación existente entre lo intentado y el resultado no producido, buscando una punición atenuada en contraposición a la anterior idea romana.

El derecho longobardo castiga la tentativa con pena atenuada por considerarla como una lesión jurídica de menor importancia que la consumación. También se toman en cuenta la tenta-

tiva inidonea y el desistimiento espontáneo.

Es la Constitutio Criminalis Carolina de 1532, dictada -- por Carlos V, la primera que contiene una definición clara de la tentativa en su artículo 178, con los elementos configurativos del instituto del delito tentado; tales como los actos externos de voluntad criminal y ausencia de consumación del resultado contra la voluntad del agente, constituyendo tales disposiciones de la Carolina, el fundamento del derecho común y de los códigos penales de los estados de Alemania.

He aquí el citado artículo 178: "Así, si alguien se atreve a realizar un acto malo mediante algunas obras externas que pueden ser apropiados para la consumación del acto malo, y, sin embargo, en la consumación de dicho acto malo fuera impedido -- contra su voluntad por otros medios, será castigada penalmente esta voluntad maliciosa de la cual resulta, como se dice, alguna obra mala; pero en un caso más severamente que en otro, en vista de las circunstancias y forma de la cosa".

Respecto a la expresión usada "mediante obras externas -- que puedan ser apropiadas para la consumación", se desprende la diferencia de la tentativa con los actos preparatorios, así como la restricción a los casos de tentativa idónea. En cuanto a la frase "impedido contra su voluntad", establece que el desistimiento espontáneo, no será susceptible de punición.

A partir de la Carolina se empezó a distinguir entre acc--

tos preparatorios y actos de ejecución, éstos como integrantes de la tentativa punible y del delito frustrado.

El Código Josefino de 1787, también goza de cierta influencia al establecer como requisito para que la tentativa sea punible, la realización "de actos dirigidos a la consumación -- del delito", situación que adoptaron también la Ley Francesa -- del 22 del Prairial, año IV, el Código Francés de 1810, el Código Sardo y otros. Así tenemos que el artículo 2 del código penal francés de 1810 constituye el modelo de la evolución de los códigos europeos del siglo XIX en esta materia. Este código -- consagró la fórmula del comienzo de ejecución (commencement - d'execution) para definir la tentativa, recogiendo dicho concepto los códigos penales españoles de 1822, 1848 (art.3o), 1850, 1870 y 1932, así también el código prusiano de 1851 y el alemán de 1871.

A partir de entonces se consagró casi invariable el principio de penar en forma atenuada la tentativa y en algunos casos excepcionales, se equiparó en cuanto a la sanción, el delito frustrado y el consumado.

5. LA TENTATIVA EN NUESTROS CODIGOS

5.1 CODIGO PENAL DE 1871

El código de Martínez de Castro distinguió cuatro grados del delito intencional a saber: conato, delito intentado, delito frustrado y delito consumado.

Respecto de la tentativa o conato, la misma se previó en el artículo 19: "El conato de delito consiste en ejecutar uno o más hechos encaminados directa e inmediatamente a la consumación, pero sin llegar al acto que la constituye". El artículo 20 establecía que sólo era punible la mencionada figura cuando no se llegare a la consumación por causas ajenas a la voluntad del agente, y para la aplicación de la sanción al responsable del conato se pidió que los actos ejecutados dieran a conocer por sí solos o acompañados de algunos indicios, cuál era el delito que el reo tenía la intención de perpetrar y además que la pena a imponerse por él, en caso de haberse consumado, no fuera menor de quince días de arresto o quince pesos de multa. Asimismo, el código de 71 en su artículo 24 estableció que los actos puramente preparatorios carecían de sanción, excepto cuando por sí mismos constituyeran un delito concreto. Tal dispositivo vino a aclarar la duda de si los actos preparatorios entran o no en el concepto de tentativa punible ya sea en el conato o en la

frustración. Observamos entonces que la ley de 71 subordinaba - la punición del conato a la univocidad de los actos por cuanto - establecía: "den a conocer por sí solos o acompañados de algu- nos indicios cuál era el delito que el reo tenía la intención - de perpetrar" y junto con la exclusión de penalidad alguna para los actos preparatorios, vino a desechar la posibilidad del encuadramiento de los actos de preparación en el concepto conteni- do en el artículo 19. Observamos también que este código in- tentó evitar el principio de ejecución para delimitar la tenta- tiva, estableciendo para ello un sistema basado en un criterio de dirección y otro cronológico.

Por lo que hace al delito imposible, al cual llamó delito intentado, lo definió en su artículo 25 como "el que llega has- ta el último acto en que debía realizarse la consumación, si es ta no se verifica por tratarse de un delito irrealizable por -- ser imposible o por ser evidentemente inadecuados los medios -- que se empleen". En esta fórmula a decir de Pavón Vasconcelos - quedan comprendidas las hipótesis de inidoneidad absoluta y re- lativa referidas tanto a los medios empleados como al objeto, - los cuales revelan ausencia de peligrosidad y de antijuridici- dad de la acción. El código de Martínez de Castro en su expo-

sición de motivos, señala como fundamento para la punición del delito intentado, la perversidad revelada por el sujeto a través de los actos realizados y la alarma social que produce. Según Ramón Palacios con tal aserto se castiga el "querer malo, la perversidad del reo, y se olvida la antijuridicidad objetiva." 9

Finalmente el mencionado código, definió al delito frustrado en su artículo 26 como aquél "que llega hasta el último acto en que debía verificarse la consumación si ésta no se realiza por causas extrañas a la voluntad del agente, diversas de las que se expresan en el artículo que precede".

5.1.1 APLICACION DE PENAS EN EL CODIGO DE 1871.

La penalidad establecida para el conato era de un quinto de la pena aplicada al delito consumado; para el delito intentado se establecieron tres reglas: a) cuando se intentare contra persona y bienes determinados y se produzca en persona y bienes distintos, es decir se presentaba en el delito el error en la persona y en las cosas y en tal caso la sanción aplicable era la del delito consumado, b) cuando la consumación se presenta como imposible sólo de presente, pero no en circunstancias o medios diversos, haciéndose acreedor el agente, de un tercio a dos quintos de la pena por el delito consumado,²⁰ c) respecto a

9. Palacios Ramón. "La Tentativa: el mínimo de ilicitud penal" p. 145.

la imposibilidad absoluta, la pena era de 10 a 1000 pesos; para el delito frustrado se estableció: a) cuando el delito contra la persona o bienes de alguno se frustrare, pero se consume en la persona o bienes de otro, se impondrá la pena del delito que resulta consumado y b) fuera del caso anterior se aplicará de 2 quintos a 2 tercios de la pena por el delito consumado.

5.2 CODIGO PENAL DE 1929

Este código en su artículo 22 establece que habrá conato o tentativa "cuando el agente inicia exteriormente la ejecución del hecho delictuoso directamente, por actos idóneos, y no practica todos los esenciales de ejecución que debieran producir el delito por causa o condición que no sea su propio y espontáneo desistimiento".

En esta fórmula se adopta plenamente el llamado comienzo de ejecución, superando con ello la anterior del código de 1871 y aun cuando utiliza la expresión "por actos idóneos", la misma de no haberse establecido, quedaría comprendida de todas maneras dentro del "commencement d'execution" ya que como acertadamente lo establece Ramón Palacios, la ejecución sólo se puede iniciar cuando el medio agrade al bien protegido, y ésto sería imposible si se tratara de actos inidoneos no aptos para lograr el resultado deseado.¹⁰ Por tal motivo se discrimina de la mencio

10. Cfr. *Obra cit.* p. 147.

nada fórmula al delito imposible por inidoneidad total ya sea -
ineficacia de los medios o inexistencia del objeto, no obstante
si queda comprendida la inidoneidad relativa ya sea referida a -
los medios o al objeto. A pesar de que este código regula la --
tentativa inacabada o conato, olvida regular el delito frustra-
do o tentativa acabada al utilizar la expresión "y no practica
todos los esenciales de ejecución".

Asimismo, a pesar de que en su artículo 23 exigía el cri-
terio de la univocidad al establecer el requisito de que los ac-
tos ejecutados den a conocer por sí solos o acompañadas de al-
gún indicio cuál era el delito propuesto, tal disposición salía
sobrando toda vez que dentro del llamado principio de ejecución
se comprende la univocidad de los actos.

5.3 CODIGO PENAL DE 1931.

El código vigente de 1931 prevé la tentativa en su artícu-
lo 12 que establece: "Existe tentativa punible cuando la resolu-
ción de cometer un delito se exterioriza ejecutando la conducta
que debería producirlo u omitiendo la que debería evitarlo, si
aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente".

"Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o -
impide la consumación del delito, no se impondrá pena o medida
de seguridad alguna por lo que éste se refiere, sin perjuicio -
de aplicar la que corresponda a actos ejecutados u omitidos que

constituyan por sí mismos delitos".¹¹

Observamos en primer lugar que el código acepta la existencia de la tentativa impune y la de la tentativa punible, refiriéndose únicamente a la segunda, con lo cual nos conduce a afirmar que "no toda tentativa es punible".

Nos encontramos ya en este código, referencia a las fases del iter criminal al establecer la expresión "la resolución de cometer un delito"; y al hablar de exteriorización, pone de manifiesto que la tentativa sólo puede darse en la fase externa del iter criminis, lo que viene a confirmar el ya consagrado principio "Cogitationis Poenam Nemo Patitur". Asimismo, la ley en comento, trata de evitar el llamado principio de ejecución al hablar de "ejecución de la conducta que debería producir el delito", aun cuando emplea el término ejecución. Estimamos que con la expresión "debería" el legislador hace referencia a la dirección e inmediatez que debe guardar la mencionada conducta en relación a la consumación; aunque viene a crear más confusión por lo que pensamos que era más afortunada la redacción anterior a su reforma. Es decir, el nuevo precepto exige que la conducta ejecutada tenga como consecuencia necesaria y directa el que se produzca el delito, con lo cual excluye de la tentativa punible a los actos preparatorios; así la compra del

11. Texto vigente conforme al decreto de diciembre 29 de 1984 (D. O. Núm. 9 de enero 14 de 1985).

arma o del veneno no constituye una conducta que debería producir un delito.

Nuestro código establece expresamente que la tentativa punible se puede realizar lo mismo en la acción que en la omisión.

Exige además como requisito esencial, que el delito no se consume por causas ajenas a la voluntad del agente, resultando con ello innecesario el segundo párrafo del precepto comentado toda vez que si el delito no se consuma por causas propias al agente, como es el desistimiento espontáneo o el arrepentimiento activo, tal tentativa no será punible según lo establece la última parte del primer párrafo al establecer: "por causas ajenas a la voluntad del agente". Asimismo resulta obvio que cualesquiera otros delitos que se pudiesen cometer aparte de la tentativa, serán punibles.

La actual redacción del artículo 12 así como la anterior a ella, omite la referencia concreta al acto consumativo del delito y prefiere referirse a "producción del delito" en lugar de "consumación del delito".

CAPITULO II.

1. ACTOS DE PREPARACION Y ACTOS DE EJECUCION.

La distinción entre la actividad preparatoria y la actividad ejecutiva se ha tratado de establecer desde los autores citados como Carrara o Romagnosi, elaborándose para ello doctrinas con diversos puntos de vista o criterios.

1.1 DOCTRINA DE CARRARA.

Este autor establece que los actos ejecutivos que constituyen tentativa, deben tener como caracteres la univocidad que manifieste claramente la dirección a un delito determinado y la idoneidad o aptitud de conducir al fin delictuoso. Si un acto no expresa en forma inequívoca la intención del agente, será estimado como preparatorio y si es inidoneo, no puede imputarse como delito. Señala entonces como característica del acto preparatorio su "equivocidad".

Esta doctrina fue criticada señalándose la existencia de múltiples actos de carácter unívoco sin ser ejecutivos sino preparatorios.

Posteriormente Carrara varía su postura y adopta el criterio de "ataque a la esfera jurídica de la víctima". Establece que el acto preparatorio se desenvuelve en la esfera del sujeto activo y el acto de ejecución en la del sujeto pasivo. Distin-

que entre sujeto activo primario (el que realiza la acción ilícita), sujeto activo secundario (los instrumentos utilizados), sujeto pasivo del atentado (el domicilio invadido o la puerta derribada) y sujeto pasivo de la consumación (el hombre a matar o la casa a robar) y señala: "los actos ejecutivos recaen sobre el sujeto pasivo del atentado" es decir, cuando se invade el domicilio o se derriba la puerta para cometer el delito. Los actos preparatorios se desenvolverán entonces únicamente en la esfera del sujeto activo (primario o secundario) del delito.

La dificultad de precisar cuándo los actos continuaban o no dentro de la esfera jurídica del sujeto activo y la existencia de numerosos casos prácticos en donde no existe sujeto pasivo del atentado, originó la crítica a esta teoría¹.

1.2 DOCTRINA DE ERNESTO BELING.

Establece que cada tipo penal tiene un verbo núcleo. Así el de homicidio es "matar", del robo "apoderarse" y sólo habrá comienzo de ejecución cuando se empieza a realizar dicha acción particular ("empezar a matar", "empezar a apoderarse", etc.). De esta manera los actos ejecutivos se colocan dentro del verbo núcleo y los preparatorios caen fuera de él; así el comprar el cuchillo no significa que ya se empezó a "matar" o "lesionar".

1. Cfr. *Gustavo Malo Canacho, ob. cit. p. 58.*

La crítica a esta teoría se fundamentó en la existencia - de casos en donde es difícil establecer cuándo se inicia la ejecución, es decir, cuándo se empieza a "apoderar" o "matar". Así cuando se prepara el veneno en la bebida de la futura víctima, - en sí no se realiza aún una actividad ejecutiva, pero considerada como su complemento natural constituido por la costumbre de la víctima de tomar dicha bebida, la acción adquiere poder ejecutivo micidal.

Esto llevó al autor a elaborar su tesis de los "complementos de la acción" para los casos en donde el sujeto verifica acciones que por sí mismas no producirían el resultado deseado, - pero sabe de antemano que concurrirá con ellas un "complemento" que hará posible el evento, consistente en un acontecimiento natural como el simple transcurso del tiempo, una fuerza o fenómeno físico, o bien en un acto de la víctima o de un tercero, ya actúe éste en forma inocente o culpable; en tales situaciones - el "complemento" no debe separarse del acto, con lo cual éste - no podrá ya ser considerado en forma aislada sino como una unidad. Ejemplo de lo anterior lo encontramos "cuando el autor idea un dispositivo para provocar un incendio, el cual funciona si - un tercero mueve la llave para encender la luz eléctrica".² En este caso el complemento de la acción realizada por el activo, es la actividad realizada por el tercero.

2. Fontán Balestra, Carlos. "Tratado de Derecho Penal". Tomo II. Parte General. Buenos Aires 1966. p. 365.

Esta doctrina es impugnada al establecerse el problema de señalar cuándo deberá estimarse iniciada la acción típica, situación relevante en los delitos donde la acción no ha sido plenamente individualizada o de "forma libre", como es el caso del homicidio el cual puede ser cometido por vías diversas. Frente a ellos ¿ Cuándo se considera iniciada la acción típica ?.

1.3 DOCTRINA DE MANZINI.

Establece como acto de ejecución aquél mediante el cual - se concreta total o parcialmente, un elemento material constitutivo del delito "iniciando la violación efectiva del precepto - principal". Observa como punto fundamental y necesario el inicio de la violación a la norma.

Esta teoría se critica ante la dificultad de fijar con - precisión el momento en el cual se considera iniciada la violación de la norma penal. Maggiore la refuta al establecer el círculo vicioso en el cual se encierra al pretender la existencia del acto ejecutivo cuando comienza la violación de la norma y - señala al mismo tiempo la presencia de tal violación cuando se inicia la actividad ejecutiva.

1.4 TESIS DEL ATAQUE AL BIEN JURIDICO.

No obstante las tesis anteriores, subsistía la duda respecto a si los actos en los cuales no podía establecerse claramente su vinculación con el tipo penal, gozaban de naturaleza -

ejecutiva o no. Así se llegó a considerar por varios autores - (Massari, Zimmerl, Vannini, Mayer, Pannain, Frank y Von Hippel, Mittermaier, etc.), como constitutivos de tentativa no sólo el inicio de la ejecución realizadora de una parte del hecho descrito en la norma penal, sino también el acto precedente lógicamente necesario para la realización inicial del delito.

Esta teoría sostuvo el comienzo de la ejecución cuando - los actos alcanzan a caer dentro de la esfera de protección del bien jurídico, resultando un complemento para la doctrina del - comienzo típico de ejecución. Sin embargo fue criticada al introducir dentro del concepto de tentativa a los actos precedentes, confundiéndose así los actos ejecutivos con los preparatorios.

1.5 DOCTRINA DE BIRKMEYER.

Forma su teoría de la "eficacia causal" en la cual los actos preparatorios tienen el carácter de "condición" y los ejecutivos de "causa". Señala al acto ejecutivo como el coeficiente necesario para la producción del resultado, el cual encuentra - su apoyo en el acto preparatorio (condición) producido en un momento anterior.

A esta teoría se le reprocha el criterio distintivo entre condición y causa por pugnar contra la causalidad misma en donde no se distingue entre esos dos términos. En la cadena de las

causas todas son necesarias y resulta incorrecto hablar de causa en la tentativa, pues precisamente en el delito tentado no se da la relación causal por faltar el resultado.

1.6 DOCTRINA DE IMPALLOMENI.

Para este autor el acto preparatorio tiene como peculiaridad a la causalidad inerte y el acto ejecutivo a la causalidad en movimiento. El criterio distintivo entre uno y otro es el impulso movilizante de la causalidad, así, el veneno comprado constituye causa inerte y cuando se mezcla en la comida o en la bebida, se pone en movimiento tal causalidad (causa dinámica) formándose así el acto ejecutivo.

También fue criticada esta teoría por inadecuada pues en la tentativa al no darse el resultado, deja de tener importancia tal distinción. Asimismo resulta incorrecto hablar de una causa inerte pues la causalidad siempre es dinámica y de esa manera tanto la compra del veneno como el acto de mezclarlo constituyen causa en movimiento.

1.7 TEORIA SUBJETIVA O POSITIVA.

Junto a estas teorías ya expuestas llamadas objetivas por identificar el acto ejecutivo siempre en función de la acción típica concreta o de la existencia objetiva del peligro corrido, se ha elaborado la teoría subjetiva la cual atiende única y exclusivamente a la intención del agente, es decir, se remite a

la "representación" del autor. En esa virtud el peligro objetivo no puede constituir el fundamento de la tentativa sino la "voluntad o intención de delinquir" siempre presente en el sujeto activo.

La teoría subjetiva declara a la voluntad como lo único trascendente en el delito tentado y por eso resulta castigada aquélla y no la ejecución del delito. Von Buri, Garofalo y Ferreri son algunos de los principales expositores de esta doctrina la cual llevó a los tribunales alemanes a penar como tentativa de aborto las maniobras abortivas realizadas en mujer no embarazada.

1.8 DOCTRINA DE BETTIOL.

Para Bettiol es irrelevante hacer la distinción entre actos preparatorios y actos de ejecución, y en su concepto, para la tentativa sólo serán punidos los actos idóneos, es decir, -- cuando tienen en sí aptitud de agredir o lesionar los bienes jurídicos (capacidad de producir el resultado) y se dirijan además de modo "no equívoco" a la comisión del delito, sin existir la posibilidad de dirección a un fin inocente o jurídicamente indiferente.

En síntesis, para este autor se sanciona el acto IDONEO -- realizado con intención de ofender un bien jurídico (UNIVOCIDAD) sin ser necesario establecer si el acto es próximo o remoto al

resultado y sólo se tiene presente la capacidad concreta del mismo para producirlo.

1.9 DOCTRINA DE LUIGI SCARANO.

Para este autor no existe criterio alguno válido de distinción entre actos preparatorios y actos de ejecución y por tanto la solución al caso específico se debe dejar a la prudente apreciación del juez. Con la frase "principio de ejecución", la ley establece su voluntad de otorgar al juzgador la potestad de señalar según su criterio, el punto en el cual la acción violentatoria del derecho ha comenzado por sí misma a dejar visible la intención criminosa del autor.

Establece además como lo único punible en el delito tentado al "fin delictuoso" exteriorizado en actos dirigidos "unívocamente" hacia el delito. La razón de ser de la tentativa radica en la voluntad de castigar a quien ha puesto su intención dirigida al delito y por eso se castiga "el fin de dar realidad a un daño o a un peligro" y no al daño o el peligro en sí.

Scarano le da carácter esencial al "fin del agente" y a la "univocidad" y por eso se sitúa como partidario de la postura subjetiva, dándole preferencia a la intención finalista.

Una vez expuestas estas teorías, nosotros al igual que Pavón Vasconcelos nos adherimos al criterio objetivo o formal

sin dejar de reconocer las dificultades presentadas en la práctica judicial.

1.10 ACTOS PREPARATORIOS Y DE EJECUCION EN EL ARTICULO 12 DEL - CODIGO PENAL.

Es preciso analizar el presente tema en la actual redacción del artículo 12 del Código Penal.

Artículo 12.- Existe tentativa punible cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza ejecutando la conducta que debería producirlo, u omitiendo la que debería evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.

Este artículo fue redactado con la deliberada intención de eludir el término "comienzo de ejecución" y se estableció en su lugar "ejecutando la conducta que debería producirlo". Pretende superar el ya discutido problema de distinción entre actos preparatorios y actos de ejecución como si con ello la ley eliminara esa distinción existente en la realidad de los hechos.

Nuestra actual redacción sigue la tendencia de Delitaliá³ al no preocuparse la ley de establecer cuáles sean actos preparatorios o cuáles ejecutivos, sino únicamente señala la conducta que debe ser punida y la que debe ser impune. El problema radica en saber ¿cuáles serán esas "conductas que deberían producir el delito" exigidas por la ley en su artículo 12 ,

3. Citado por Malo Camacho ob. cit. p. 63.

El apuntar con la pistola hacia la futura víctima ¿ constituye una "conducta que debería producir el delito" ?, consideramos que no pues si observamos la conducta en sí, la misma no debería producir el ilícito y lo mismo ocurre cuando el sujeto empieza a desnudar al menor con el ánimo de accederlo carnalmente pero no lo consigue por la llegada de un tercero. Por tanto la actual redacción se presta a una interpretación en sentido - muy restringido, excluyendo a los actos preparatorios pues ninguno de éstos puede formar una "conducta que debería" producir el delito. Se hace necesario entonces una aplicación e interpretación más amplia del nuevo precepto o más clara ante la dificultad de saber cuándo estamos en presencia de tales conductas.

No obstante lo anterior, sigue vigente la distinción entre actos preparatorios y actos de ejecución.

2. IDONEIDAD Y UNIVOCIDAD DE LOS ACTOS.

Debemos distinguir inicialmente entre idoneidad de los medios e idoneidad de la acción. En el primero de los casos hacemos referencia únicamente a los instrumentos empleados por el agente, lo cual nos llevaría a soluciones inaceptables en la tentativa, pues existen medios idóneos para algunos casos y al mismo tiempo son inidoneos para otros, como cuando se utiliza agua azucarada para matar a un diabético o bien, se emplea un ligero golpe en el cráneo para producir fractura en el sujeto poseedor de un defecto óseo, el cual conocía el agente y ocasiona la muerte de la víctima.

Lo relevante para la tentativa punible no es la idoneidad de los medios, la cual nos lleva a soluciones absurdas por considerar aisladamente tales elementos; la importancia radica en la idoneidad de toda la acción considerada en conjunto con todos los factores y circunstancias concomitantes al actuar mismo, comprendiéndose dentro de ellos a los medios empleados. Así la acción realizada por el sujeto cuando da un puñetazo a otro con posibilidades de quitarle la vida debido a circunstancias personales (gravedad, enfermedad, etc.) de la víctima, debe ser considerada en su conjunto y no únicamente el puñetazo en sí el cual a simple vista resultaría inidoneo para producir el resultado muerte.

Entendemos entonces como idoneidad de la acción, a su po-

tencialidad o eficacia causal para producir la lesión jurídica o resultado lesivo.

Respecto a la univocidad también es aplicable la distinción ya hecha. Debemos distinguir entre univocidad de los medios en sí y de la acción. Lo importante para el derecho es la univocidad de la acción, es decir, deben ser considerados todos los actos en su conjunto y no sólo los instrumentos empleados; esta pluralidad de elementos nos debe manifestar claramente la intención del sujeto de cometer el ilícito.

La acción será unívoca entonces cuando prueba de parte su ya la intención criminal del agente.

La punibilidad de la tentativa encuentra su fundamento en la existencia del peligro corrido, el cual surge sólo cuando la acción es idónea pues si es absolutamente inidonea, nunca habrá posibilidad de lesionar o poner en peligro el bien tutelado. - Por esa razón la idoneidad adquiere un carácter muy importante para la tentativa punible.

Nuestro código penal en su artículo 12 establece: "existe tentativa punible cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza ejecutando la conducta que debería producirlo u omitiendo la que debería evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente".

Al emplear la expresión "debería" los legisladores incluye

ron dentro de éste a la idoneidad de la acción en su conjunto - tal y como la hemos expuesto, aun cuando en ningún momento se - refieren expresamente a lo "idóneo".

Asimismo, se refiere únicamente a los actos en su acepción más restringida y más ejecutiva, pues éstos son los únicos susceptibles de integrar "conductas que deberían producir el delito", como cuando el sujeto apunta a otro su arma con intención de matarlo y justo en el momento en el cual dispara, un tercero le desvía la trayectoria impidiéndole su objetivo. Vemos aquí - claramente la idoneidad de la acción exigida por el código penal y por ello consideramos incluido lo "idóneo" dentro del término "debería".

La intención del legislador pensamos en lo particular no fue restringir la tentativa punible, sin embargo la interpretación de la redacción actual se presta para ello.

La univocidad también se encuentra incluida en el "debería" pues como hemos expresado, si se refiere únicamente a la acción en su acepción más restringida y más ejecutiva, cuando - se llega a ese momento la conducta no puede sino manifestar unívocamente su intención criminal. Así, en el ejemplo dado en el párrafo anterior no podríamos pensar en la actuación del agente con la finalidad únicamente de espantar a la víctima.

3. TENTATIVA Y CONSUMACION.

Según el vigente artículo 12 de nuestro código penal, habrá tentativa punible "cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza ejecutando la conducta que debería producirlo u omitiendo la que debería evitarlo", pero además señala "si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente".

Nuestro precepto exige como requisito esencial la no consumación del delito, pues en caso de acontecer ésta, ya no estaríamos en presencia de tentativa. Es preciso entonces señalar cuándo estamos o no en presencia del delito consumado.

La consumación se presenta cuando se han dado todos y cada uno de los elementos exigidos por el tipo⁴ y si esto no ocurre, el delito no se consuma.

Distingamos entonces entre integración del delito tentado (norma secundaria) y consumación del delito contenido en la norma principal. La primera es la reunión de todos los elementos exigidos por la tentativa en su artículo 12, y la segunda surge cuando se satisfacen cada uno de los componentes típicos exigidos por el tipo referido, así puede ser lesiones, robo, homicidio, etc.

4. Cfr. Saltelli, *Romano Di Falco, Comento Teorico Pratico del Nuovo Codice Penale*, quinta edic. Torino, 1931 Vol. I, parte prima, n. 355. Ramón Palacios, ob. cit. p. 31. Cuello Calón, *Comentarios a la obra de Pessina titulada Elementos de Derecho Penal*, v. 518.

No obstante la referencia a la norma principal, el delito tentado tiene plena autonomía, posee objetividad propia derivada de la lesión potencial al bien jurídico⁵. Por eso la tentativa es perfecta, pues todos sus extremos jurídicos se satisfacen. Así, al decir de Ramón Palacios: "el concepto de perfección - aplicado a tentativa y consumación, lo podemos entender desde - un punto natural y de otro meramente formal o jurídico. Bajo el primero es obvio que la consumación es perfección, por corresponder el acto humano de voluntad con la lesión completa del - bien contemplado en el precepto tipificador, y que tentativa es imperfección, porque falta precisamente el resultado, el más importante de los requisitos del tipo; más jurídicamente estimado el tema, es consumación y perfección el delito tentado, porque se ha violado la norma prohibitiva, pues substituído el resultado por el peligro, verificase ya la subsunción del hecho histórico en los preceptos que previenen y punen el actuar en el que es tá ausente el resultado.

La contradicción entre tentativa y consumación es más bien aparente, pues en el marco del derecho tan se consume el delito tentado como el previsto en la norma principal; se trata de dos momentos diferenciados, y de dos situaciones que el derecho penal castiga para los efectos de la represión⁶. Sólo se considera-

5. Cfr. Pavón Vasconcelos. "Breve Ensayo sobre la tentativa". México 1982.- Edt. Porrúa. pp. 51 y 52. Malo Caviecho Gustavo. "Tentativa del delito". México 1977. p. 8. Ramón Palacios, ob. cit. pp. 29 y 34.

6. Ob. cit. pp. 32 y 33.

rá a la tentativa como delito imperfecto cuando se le oponga a la consumación.

En conclusión, la ley exige en su artículo 12 como requisito para poder imponer una sanción al agente, la integración del delito tentado, es decir, la reunión de todos y cada uno de los elementos exigidos por este numeral (norma secundaria) pero al mismo tiempo exige la no consumación del delito contenido en la norma principal, el cual puede ser robo, homicidio, lesiones, etc.

4. TENTATIVA Y FRUSTRACION.

La tentativa se presenta cuando el agente ha empezado a realizar los actos ejecutivos del delito, pero por circunstancias ajenas a su voluntad no termina los mismos, trayendo como consecuencia la no consumación del ilícito, es decir, no termina de realizar todo el proceso de ejecución sino sólo una parte. Se identifica como tentativa inacabada o propia.

Distinta es la Frustración, la cual se presenta cuando el sujeto ha realizado todos los actos de ejecución los cuales deberían producir el delito, y no obstante no se consume el mismo por causas ajenas a su voluntad. Aquí el agente lleva a cabo todo el proceso ejecutivo y se identifica como tentativa impropia, acabada o delito frustrado.

Ya desde la antigüedad se había distinguido entre tentativa y delito consumado sin distinguir a la primera de la frustración. División Bipartita. Tentativa--Consumación. Posteriormente los clásicos italianos distinguieron el delito tentado del frustrado. División Tripartita. Tentativa--Frustración--Consumación.

Romagnosi al referirse al problema señala a la tentativa como aquella donde la ejecución resulta incompleta tanto subjetiva como objetivamente, y en el delito frustrado la acción es completa en el ámbito subjetivo pero incompleta en el objetivo

en virtud de la no verificación del evento por causas ajenas a la voluntad del actor. Actualmente se habla de tentativa acabada e inacabada.

El texto de nuestro actual artículo 12 del código penal, - no establece expresamente la distinción mencionada y como antes ya lo expusimos, con la frase "conducta que debería producir el delito" parece referirse única y exclusivamente a la acción más restringida y más ejecutiva. Entonces ¿ Cuáles serán esas conductas que deberían producir el delito ?. Tal vez se refiere a las únicas posibles de encuadrar en la tentativa acabada o frustración pues en estos casos se trata de verdaderas acciones en su sentido más ejecutivo y restringido. Así, el sujeto al disparar a otro pero yerra el tiro, efectivamente realiza una conducta, la cual observada en sí debería producir el delito de homicidio y por tanto constituye delito frustrado o tentativa impropia. Diferente es cuando el sujeto está apuntando a otro con su pistola y alguien le arrebatara el arma (tentativa inacabada).

Por lo anterior consideramos infortunada la actual redacción pues se presta a una interpretación sumamente restringida y deja al mismo tiempo impunes verdaderas conductas constitutivas de tentativa. Debió haberse analizado más profundamente sobre esta problemática antes de llevar a cabo la reforma al artículo 12.

Sin embargo, consideramos oportuno hacer la consideración

siguiente. La verdadera intención del legislador no ha sido --pensamos-- el restringir la tentativa en un afán de respeto a la no incriminación de los actos preparatorios, pues no obstante el no establecer de manera literal la distinción entre tentativa acabada e inacabada, la misma siempre estuvo presente en los legisladores al reformar el artículo 12 donde podemos ver en su segundo párrafo la posibilidad del desistimiento del autor sin recibir pena alguna.

Artículo 12.....

Segundo párrafo.

"Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a ésta se refiere, sin perjuicio de aplicar la que corresponda a actos ejecutados u omitidos que constituyan por sí mismos delitos".

Asimismo, al utilizar la expresión "o impide la consumación del delito" hace referencia al arrepentimiento activo.

Si sólo se puede desistir cuando se comienza a ejecutar la acción y no se termina (tentativa inacabada) y arrepentir únicamente cuando se ha terminado de realizar el proceso ejecutivo (tentativa acabada), entonces al establecer ambas figuras el legislador también distinguió entre los dos tipos de tentativa (acabada e inacabada).

Existe por tanto una contradicción entre la intención del legislador al establecer por un lado la posibilidad del desistimiento en la tentativa inacabada, y la literalidad del artículo 12 al restringir la tentativa punible a las "conductas que deberían producir el delito" (tentativa acabada).

En torno al tema nos adherimos a Gustavo Malo Camacho --- cuando señala "aun cuando algunas legislaciones no indican expresamente la división, ello no hace venir a menos una distinción que se localiza en la naturaleza misma de la figura y no en la voluntad del legislador"⁷.

7. Ob. Cit. p. 13.

5. DELITO IMPOSIBLE.

La acción de tentativa punible debe ser idónea pues de lo contrario carecería de potencialidad causal para producir el resultado deseado por el agente. Cuando falta la idoneidad no --- existe jamás la posibilidad de consumarse el ilícito y por tanto no se produce el ESTADO DE PELIGRO necesario en la tentativa. Inidoneidad de la acción significa falta de aptitud para alcanzar el fin deseado por el agente e imposibilidad de la consumación. Lo mismo ocurre cuando a pesar de ser idónea la acción -- realizada, no existe el objeto jurídico tutelado por la norma o bien el objeto material protegido.

Estos criterios de la inidoneidad y la falta de objeto - han sido utilizados tradicionalmente por la doctrina para dis-- tinguir la tentativa punible de la impune (delito imposible). - Así se afirma la existencia del delito o tentativa imposible -- por inidoneidad absoluta o relativa de la acción y por falta absoluta o relativa del objeto.

5.1 INIDONEIDAD ABSOLUTA.

Se presenta cuando la acción desplegada por el activo no puede llegar a tener de ninguna manera la capacidad para poner en peligro el bien jurídico protegido por la ley. Un ejemplo es cuando el sujeto quiere matar a otro con agua azucarada o con - ademanes mágicos.

5.2 INIDONEIDAD RELATIVA.

Tiene lugar cuando los actos realizados por el sujeto no han tenido en sí capacidad de conducir a término el delito querido por las condiciones del sujeto pasivo o por circunstancias excepcionales acompañantes del hecho; pero sí podían conducir a la consumación del delito si se hubiesen dirigido a otros sujetos pasivos o con otras circunstancias. Por ejemplo, cuando se administra el veneno pero en cantidad insuficiente para producir su efecto o se propina en la cantidad debida sin producir consecuencias por ser la víctima de naturaleza inmune a ese veneno.

5.3 FALTA ABSOLUTA DEL OBJETO.

Se da ante la inexistencia de modo absoluto, total y completo de aquella entidad física principal (cosa, persona o condición de hecho) sobre el cual debería recaer la acción criminal. Por ejemplo cuando se apuñala un cadáver con intención de matarlo o las maniobras abortivas en mujer no embarazada.

5.4 FALTA RELATIVA DEL OBJETO.

En este caso, el objeto sí existe pero se hace igualmente imposible la lesión jurídica por no encontrarse presente de manera circunstancial en el lugar y tiempo de realizarse la acción. Por ejemplo cuando se dispara con arma de fuego sobre el lecho vacío, abandonado momentos antes por la víctima elegida.

La tentativa es impune tanto por inidoneidad absoluta de la acción, como por falta absoluta del objeto por estar ausente el peligro real necesario para la tentativa. En cambio ya desde Carrara se sostuvo la punición de la inidoneidad relativa de la acción y la falta relativa de objeto.

Nuestro artículo 12 en su actual redacción no comprende el delito imposible pues como se ha dicho, exige la realización de "una conducta que debería producir el delito". Entonces si una acción es absolutamente inidonea o falta el objeto de manera total, no podrá constituir la mencionada conducta. Es decir, literalmente, no se encuentra contemplado al emplear el término "debería", toda vez que la inidoneidad o la falta de objeto absolutas, no "deberían" producir un delito, así por ejemplo el que pretende matar a otro por envenenamiento con agua azucarada no realiza una conducta que debería producir un delito; cuando se pretende dar muerte a un cadáver, tampoco existirá reproche penal pues su acción no encuadra dentro del artículo 12 del código punitivo porque no se trata de una conducta que debería producir el delito de homicidio.

La expresión "debería" lleva implícita en sí la posibilidad del resultado y si ésta no se da, tampoco se integrará la acción requerida por el artículo 12.

Existirá por tanto una contradicción entre el término "debería" como posibilidad de consumación y el delito absolutamen-

te imposible en donde obviamente ésta nunca se da. ¿Cómo se puede empezar a consumir lo inconsumable ?.

Si una legislación quiere punir al delito imposible, debe establecerlo así expresamente como lo hizo el Código de Martínez de Castro pues al no existir norma alguna sobre su prevención aquél quedará fuera de ella.

CAPITULO III.

1. CONCEPTO DE TENTATIVA.

Después del estudio de los temas anteriores, consideramos adecuado exponer un concepto a nuestro juicio más correcto de tentativa.

"La tentativa punible consiste en la resolución de cometer un delito, manifestada por un comienzo de ejecución o por causas ajenas a la voluntad del agente".¹

a) Resolución de delinquir.- consiste en el aspecto subjetivo, propósito o ánimo criminal.

b) Comienzo de ejecución.- es empezar a realizar la acción típica, o bien puede ser ejecución completa (frustración) sin consumarse el resultado.

c) No consumación del resultado.- el tipo objetivo contenido en la norma principal no debe cumplirse totalmente.

d) Por causas ajenas a la voluntad del sujeto.- la no consumación del resultado no debe ser por causa propia del autor, con lo cual quedan excluidos el desistimiento y el arrepentimiento activo.

1. Artículo 12 del Anteproyecto del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1949.

En este concepto se adopta el principio del comienzo de ejecución eliminándose cualquier referencia de tipo cronológico o de dirección, y se destaca tanto la tentativa propia como la frustración o tentativa impropia. De la misma definición se excluye la sanción para el desistimiento voluntario y el arrepentimiento eficaz.

2. NATURALEZA JURIDICA DE LA TENTATIVA.

2.1 COMO DELITO IMPERFECTO.

Ya el insigne Carrara estableció a la tentativa como un delito imperfecto, oponiéndolo a la consumación. Habla de su degradación en la fuerza física al faltar la lesión al bien jurídico protegido (resultado) y la denomina como de acción imperfecta. Falta la potencia necesaria para llegar al acto consumado. Identifica a la consumación con el delito perfecto y la no consumación o ausencia de resultado con el delito imperfecto o tentativa.

2.2 COMO CAUSA EXTENSIVA DE LA PENA O DEL TIPO.

Se considera también como una causa extensiva de la pena la cual establece una tipicidad específica ubicada más allá del círculo del delito consumado. Así Mezger señala " en tanto que la ley yendo más allá de la realización típica completa (consumación), somete también a una pena un simple torso de delito, - crea en dicho precepto frente a los singulares tipos penales y frente a sus sanciones, una causa de extensión de la pena".²

En similar postura Mariano Jiménez Huerta ubica a la tentativa como un DISPOSITIVO AMPLIFICADOR DEL TIPO y fundamentador de la punibilidad de ciertos actos atípicos en relación - -

2. "Tratado de Derecho Penal" Tomo II. Madrid 1957. Traducción p. 232.

a la norma principal.

2.3 COMO DELITO PERFECTO Y AUTONOMO.

Bettioli identifica a la tentativa como un delito perfecto en sí, pues reúne todos los elementos necesarios para configurar un ilícito. Conjuga la anterior postura con esta última y al mismo tiempo le asigna a la norma secundaria de la tentativa, la -- función de extender la incriminación de la norma principal. Para este autor el delito tentado será imperfecto sólo cuando se le oponga al delito consumado.

Antolisei habla de la combinación de la norma principal y la secundaria o accesoria, formándose así un nuevo título de delito perfecto y autónomo (tentativa).

Ramón Palacios adopta la misma postura e identifica a la tentativa como "un delito autónomo el cual jamás tiene vida por sí, pues es el fruto de la combinación de dos normas incriminadoras; una principal y otra accesoria".³

Pavón Vasconcelos concibe a la tentativa como "un delito perfecto, pues es figura con caracteres propios y punibles. Es delito por sí en razón de su particular estructura y naturaleza diversa al delito consumado, pues tiene objetividad propia, actividad típica singular y sanción específica, aunque atenuada -

3. *Ob. cit.* p. 29.

respecto al delito consumado!"⁴

Al exponer el tema de la consumación, ya nos referimos a la diferencia existente entre la integración de la tentativa -- contenida en el artículo 12 como norma secundaria o accesoria, y la consumación del delito contenido en la norma principal (robo, lesiones, etc.), siendo precisamente esta última la cual no se da en la tentativa punible. Consideramos a la tentativa como un delito fácticamente autónomo y formalmente subordinado pues surge de la combinación de la norma principal con la secundaria, de donde su punición se subordina al tipo concreto, lo cual no basta para negarle su estructura autónoma propia de hecho.

Al iniciar el presente trabajo expusimos la definición de delito y sus elementos, y podemos observar la coincidencia de cada uno de ellos con el delito tentado. ¿ O acaso en la tentativa no se da el hecho, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad ?, ¿ y no tiene señalada una pena a pesar de subordinarse al tipo concreto ?. Se forma entonces un nuevo tipo de delito perfecto.⁵ En este sentido, es ilustrativo lo señalado por Gustavo Malo Camacho: "La Corte de Casación italiana refiriéndose a la norma incluida en el código penal, ha reconocido

4. "La Tentativa". México 1982. pp. 31 y 32.

5. Cfr. Malo Camacho Gustavo, ob. cit. p. 8. Palacios Ramón, ob. cit. p. 29. Sottiol, *Diritto Penale, Parte Generale, Palermo, 1943*, pp. 354. Vannini, *Il problema giuridico del tentativo*, Milano, 1943, p. 128; *Lineamenti di Diritto Penale*, Firenze, 1952, p. 144. Manzoni, Petrocelli, Battaglini, *Antolisei*; citados por Malo Camacho, ob. cit. pp. 7 y 8.

la autonomía de la figura al resolver: El delito tentado es un delito por sí mismo, jurídicamente diverso del correspondiente delito consumado..."(Casación italiana de fecha 3 de marzo de 1939, publicada en *Giustizia Penale*, 1941, 99, m. 1388; casación italiana, de fecha 22 de marzo de 1949, en *Archivio Penale*, 1949, p. 617)⁶.

Podemos conciliar las posturas ya expuestas, y concebir a la tentativa como un delito previsto en una norma específica, - incriminadora y secundaria (artículo 12), la cual tiene como -- función extender la pena señalada en la norma principal y sólo será un delito imperfecto cuando se le oponga a la consumación del tipo concreto (robo, lesiones, homicidio, etc.).

Se observa claramente la necesidad de la existencia de - esa norma específica previsorora del delito tentado para poder in criminarlo. No podrá combinarse la norma secundaria con la prin cipal si no existe la primera y consecuentemente no puede sur-- gir la tentativa punible. Pensar lo contrario es ignorar el --- principio NULLA POENA NULLUM CRIMEN SINE LEGE.

En conclusión, la tentativa considerada en su estructura misma posee caracteres propios y distintos a los del delito con tenido en la norma principal, y requiere para su incriminación la existencia de una norma previsorora.

6. *Ob. cit.* p. 7.

3. ELEMENTOS DE LA TENTATIVA.

La mayoría de los autores coinciden en señalar la existencia de tres elementos esenciales en la tentativa punible, con independencia del ordenamiento legal en donde se contenga:

a) Elemento Subjetivo.- consiste en la intención delictuosa. En la tentativa el sujeto activo no logra su propósito y éste no puede ser otro sino la voluntad dirigida a cometer el delito. El dolo de la tentativa es el mismo del delito y se deduce de la dirección inequívoca de los actos ejecutivos realizados por el agente.

b) Elemento Objetivo.- es la exteriorización de la intención criminal y consiste en los actos realizados por el agente los cuales deben ser de naturaleza ejecutiva. La importancia de la exteriorización de la voluntad es el estado de peligro al -- bien jurídico tutelado.

c) Falta de Resultado por causas ajenas a la voluntad del agente.- el sujeto debe ser detenido en el desarrollo del iter criminis, impidiéndose la consumación del tipo contenido en la norma principal. Debe ser por causas ajenas al sujeto con lo -- cual se excluyen las causas propias como el desistimiento o el

arrepentimiento eficaz.⁷

Nuestro actual artículo 12 del código penal contempla los tres elementos ya mencionados al utilizar expresiones en las cuales se preve cada uno de ellos:

a) "Resolución de cometer un delito".- aquí se hace referencia al primer elemento consistente en el dolo o intención delictuosa. Como dicha resolución sólo puede darse cuando existe la voluntad criminal por parte del sujeto activo, entonces queda excluida la tentativa en los delitos culposos.

b) "Se exterioriza ejecutando la conducta que debería producirlo u omitiendo la que debería evitarlo".- es el elemento objetivo o material consistente en exteriorizar la "Voluntas Criminis" mediante la realización de actos ejecutivos. Como ya lo expresamos en páginas anteriores, literalmente nuestro código tiene una interpretación muy restringida al exigir la realización de una conducta, comprendiéndose dentro de ella a todos los actos ejecutivos (tentativa acabada) y no sólo una parte de ellos (tentativa inacabada), porque estos últimos de ninguna manera pueden constituir una "conducta que debería producir el de

7. Cfr. Fco. Pavón Vasconcelos. "Manual de Derecho Penal Mexicano". Parte General. México 1974. p. 417. Juan Del Rosal. "Derecho Penal Español". - Madrid 1960. p. 95. Fontán Balcestra Carlos. "Tratado de Derecho Penal". - Tomo II. Parte General. Buenos Aires 1966. pp. 355 y 356. Hurtado Guerrero Silda del Rosario. "El disparo de arma de fuego en la legislación penal mexicana". México 1969. pp. 6 y 7.

lito".⁸ Sin embargo ---pensamos--- no fue esa la intención del legislador.

c) "Si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente".- no debe producirse la consumación del tipo - contenido en la norma principal, pues en tal caso estaríamos en presencia del delito concreto y no de tentativa. Con esta expresión nuestro código excluye de punibilidad las causas propias - de inconsumación como son el desistimiento y el arrepentimiento activo. No obstante, en un segundo párrafo el legislador comete el error de establecer por segunda vez la impunidad de estas -- dos figuras mencionadas, lo cual resulta innecesario.

8. Véase al respecto el capítulo II en sus puntos 4. *Tentativa y Frustración* y 2. *Idoneidad y Univocidad de los actos*.

4. DELITOS QUE ADMITEN O NO LA TENTATIVA.

4.1 DELITOS DE OMISION SIMPLE.

Son aquellos en los cuales existe un incumplimiento de la acción esperada a través de la inactividad voluntaria con violación del deber jurídico de obrar. En éstos no se da la tentativa, pues la consumación se logra con la realización de un sólo acto presentado como acción negativa; no se observa esa pluralidad de actos jurídicamente relevantes y necesarios para el delito tentado.

4.2 DELITOS DE COMISION POR OMISION.

A diferencia de los anteriores, en éstos se produce siempre una mutación en el mundo físico exterior al agente (resultado material). Pavón Vasconcelos señala "La esencia de la omisión impropia o comisión por omisión se encuentra en la inactividad voluntaria que al infringir un mandato de hacer acarrea la violación de una norma prohibitiva o mandato de abstenerse, produciendo un resultado tanto típico o jurídico como material"⁹ Es posible la tentativa pues entre la omisión y el resultado -- puede establecerse una separación temporal; la presencia de la conducta diversa a la exigida y esperada conforma un auténtico "Iter" cuya interrupción puede originar la tentativa.

9. "La Tentativa". México 1982. pp. 159 y 160.

4.3 DELITOS CULPOSOS.

Si el elemento subjetivo y esencial de la tentativa lo constituye la intención encaminada a producir el delito, es ilógico pensar en la tentativa de un delito culposo en donde precisamente nunca se da la voluntad criminal.¹⁰

4.4 DELITOS PRETERINTENCIONALES.

Tampoco se da la tentativa por falta del elemento subjetivo o intención delictuosa. Si en este tipo de delitos se produce un daño mayor al querido, resulta incongruente hablar de ejecución tendiente a un resultado no previsto y no querido. Ya -- Manzini rechazaba la tentativa en estos delitos porque si el -- evento más grave no había sido deseado por el agente, resultaba inconcebible una tentativa de lo no ocurrido y no querido.

4.5 DELITOS PERMANENTES.

Son aquellos en los cuales se prolonga sin interrupción -- por más o menos tiempo la acción o la omisión constitutiva del delito. Si se da el delito tentado siempre y cuando la situación interruptora de la serie causal normal del hecho, se presente antes de la realización de la conducta originadora del es

10. Cgt. Gustavo Malo Canaccio, ob. cit. pp. 11 y 12.

tado de antijuridicidad consumando el delito.

4.6 DELITOS CONTINUADOS.

Son aquellos donde existe una pluralidad de conductas le-
sivas, unidad de propósito delictivo e identidad de lesión jurí-
dica. Si es dable la tentativa.

4.7 DELITOS PLURISUBSISTENTES.

En estos delitos la conducta puede fraccionarse en varios
actos y formar un verdadero proceso ejecutivo en el cual es po-
sible la exteriorización de la voluntad en acciones punibles. -
Por ello es posible la presencia de la tentativa.

4.8 DELITOS UNISUBSISTENTES.

Se caracterizan por su inicio y consumación instantánea -
con la realización del delito en un sólo acto y no es posible -
la tentativa por no haber pluralidad de acciones. Por ejemplo -
la injuria, excepto cuando sea en forma escrita pues en este ca-
so, sí existe fragmentación de la actividad.

Sin embargo Pavón Vasconcelos señala: " ¿ Y qué decir del
delito de robo ?. La acción de apoderamiento no permite a nues-
tro entender fraccionamiento en varios actos; es en esencia un
delito unisubsistente y nadie ha dudado de su comisión en grado
de tentativa. ¿ Hay en él un verdadero principio de ejecución -
o acaso se construye aquí la tentativa en función de la acción

precedente y sobre el concepto de agresión al bien jurídico?¹¹

En estos casos estimamos o no la admisibilidad de la tentativa según las particularidades del caso específico.

4.9 DELITOS FORMALES.

Son delitos sin resultado material o de resultado jurídico, consuman el ilícito sin producir consecuencia física. Admiten la tentativa siempre y cuando entre la intención criminal y el peligro se deba recorrer cierto camino. Por ejemplo la bigamia.

4.10 DELITOS MATERIALES.

A diferencia de los anteriores se caracterizan por lesionar real y efectivamente al bien jurídico protegido. Es perfectamente posible la tentativa porque para llegar a dicho resultado material es menester al sujeto recorrer un determinado camino.

4.11 DELITOS DE PELIGRO.

Este tipo de delitos pune la acción cuando ataca a un bien jurídico sin requerir la presencia de una lesión. Si se puede dar el delito tentado por ejemplo cuando se comienza a quitar los rieles o a desatar la embarcación.

¹¹. Ob. Cit. pp. 161 y 162.

4.12 DELITOS HABITUALES.

No es admisible la tentativa porque cada conducta aislada es jurídica, sólo su conjunto se sanciona.

4.13 DELITOS CIRCUNSTANCIADOS.

Si es posible la tentativa porque son susceptibles de valoración la presencia de circunstancias objetivas y subjetivas que afectan la sanción del delito tentado, refiriéndose por tanto a la gravedad del mismo.

5. LA PUNIBILIDAD EN LA TENTATIVA.

En cuanto a la punibilidad de la tentativa, actualmente - la doctrina se muestra partidaria de muy diversas corrientes.

5.1. CORRIENTE ORJETIVA.

Está basada en el llamado "principio de ejecución" como - requisito indispensable en la tentativa; si existe aquél, existe también el estado de peligro como fundamento necesario para aplicar una sanción. La penalidad se establece en función no -- del daño sufrido, el cual no existe sino de la posibilidad de -- consumarse el delito, creándose un estado peligroso para el -- bien jurídico tutelado. Asigna gran importancia a la idoneidad de la acción realizada por el sujeto, pues si careciera de ella, nunca existiría la posibilidad de consumación. Así, se excluyen los casos de delito imposible por no existir de manera alguna - el peligro de consumación.

Para esta corriente no existe pena alguna cuando los actos realizados por el sujeto no constituyen un comienzo de ejecución, y por tal motivo no pueden crear una lesión potencial al bien jurídico protegido.

5.2 CORRIENTE SUBJETIVA.

Para los seguidores de esta postura lo importante es el - acto revelador de una intención criminal y no les importa si es

preparatorio o ejecutivo, si hay comienzo de ejecución o no. --
Prescinden del estado de peligro como fundamento de la tentativa y a su parecer no importa distinguir entre tentativa y consumación pues todas son acciones reveladoras de una voluntad criminal y por tanto acreedoras a pena.

El subjetivismo sanciona la voluntad delictuosa y no el estado peligroso, basta con la exteriorización de la misma a través de actos externos de cualquier naturaleza. Le es indiferente la idoneidad de los actos y la falta del objeto pues aun --- cuando se trate de delito imposible, el autor ya exteriorizó su intención criminal y ello es suficiente para castigarlo no importando si existió o no posibilidad alguna de consumación.

5.3 CORRIENTE POSITIVA.

Forma parte del subjetivismo y establece como fundamento de la penalidad del delito tentado a la peligrosidad del sujeto. Se pena al delincuente peligroso sin importar si exteriorizó su voluntad criminal mediante actos ejecutivos o preparatorios. El sujeto es castigado porque al llevar a cabo su conducta delictiva demuestra cierta peligrosidad, no importa a donde llegue en la ejecución (tentativa inacabada o tentativa acabada). Puede por tanto tratarse de simples actos preparatorios pero reveladores de una peligrosidad en el agente, o bien de actos ejecutivos pero ausentes de peligrosidad alguna; se sancionará el primer caso pero no el segundo. Quedarán incluidos tam-

bién los casos de delito imposible, no obstante la imposibilidad absoluta de consumación.

En lo referente al "quantum" de la pena aplicable a la tentativa, la misma ha cambiado con el curso del tiempo y actualmente se ha olvidado la concepción romana de igualar al delito tentado con el consumado. En Roma se distinguió entre delitos públicos y delitos privados, estableciéndose en los primeros como regla general la equiparación entre consumación y tentativa, y sólo en casos excepcionales consignó penas mínimas para el delito tentado en virtud de tratarse de intereses del estado; en los segundos se ignoró también la diferencia existente entre las dos figuras mencionadas y se dejó impune a la tentativa por no existir el daño efectivo o lesión.

No existió entonces, la aplicación de una pena más benigna para la tentativa y así el código francés de 1791 estableció la impunidad total como regla general en los casos de imperfección del delito, salvo algunos casos excepcionales. En el código de Napoleón del 22 de febrero de 1810, se equiparó la punición del delito tentado con la del consumado y su sucesor el código de 1832 siguió la misma regla.

Al evolucionar el derecho se distinguió ya entre los gra-

dos del ilícito y se rompió con la anterior visión, proclamándose la punición de la tentativa de una manera más leve en relación con la del delito consumado, excepto cuando se trataba de ilícitos graves y peligrosos, atentatorios de la independencia o soberanía del estado porque en este caso se equiparaban las penas.

Entre los códigos adontantes de esta última postura, están el de Alemania de 1871, el de Hungría de 1878, de Noruega de -- 1902, de Argentina de 1921 y el de Perú de 1924.

A partir de entonces, se consolidó en la mayoría de los -- países el sancionar de manera atenuada a la tentativa, sin embargo se adoptó también como medida de política criminal la tendencia a punir de manera excepcional algunos actos preparato--- rios en razón de tratarse de ciertos bienes jurídicos necesitados de una mayor protección por su alta jerarquía.

Ramón Palacios al comentar la reducción de pena para el - delito tentado expresa: "No siendo de la misma entidad política el daño que el peligro corrido, debe corresponder, lógicamente, una diferenciación cuantitativa y cualitativa en la aplicación de la pena".¹²

Entre los autores partidarios de sancionar con pena inferior el delito tentado se encuentran Crivellari el cual señala

12. Ob. Cit. p. 254.

lo injusto de equiparar el peligro de un mal con el mal mismo, y Carrara quien habla de la adecuación entre el hecho y la pena, para justificar la sanción inferior aplicable al delito imperfecta.

Adolfo Prins se muestra partidario de sancionar a la tentativa con pena igual a la del delito consumado. Igualmente Puglia pretende la identidad de sanciones porque la falta de daño material en la tentativa no aminora la gravedad de la violación a la ley.

Actualmente la mayoría de los códigos sanciona de manera atenuada al delito tentado en relación al consumado.

5.4 POSICION DE NUESTRO CODIGO PENAL.

Anteriormente, nuestro código penal condicionaba la penalidad de la tentativa a la temibilidad exhibida por el autor y al grado al cual se hubiere llegado en la ejecución del delito, según la expresa redacción del antiguo artículo 12. Actualmente se ha suprimido tal criterio del texto legal, sin embargo el --juzgador al individualizar la pena --pensamos-- observará forzosamente tales circunstancias pues para la aplicación de las sanciones se debe tomar en cuenta lo establecido por los artículos 51 y 52 del código penal los cuales entre otras cosas hacen re-

ferencia a las circunstancias exteriores de ejecución, las pecu-
liares del delincuente, la naturaleza de la acción u omisión de
los medios empleados para ejecutarla, la extensión del daño cau-
sado y del peligro corrido y la mayor o menor temibilidad del -
agente.

Nuestro ordenamiento legal sigue la doctrina objetiva ---
pues como ya lo vimos en su oportunidad, el artículo 12 requie-
re la idoneidad de la acción realizada por el sujeto para lle-
gar a ese estado de peligro fundamental para sancionar el deli-
to tentado. Asimismo adopta la tendencia de punir a la tentati-
va de una manera atenuada y excepcionalmente establece pena pa-
ra algunos actos preparatorios elevados a la categoría de deli-
tos autónomos. Así tenemos el artículo 63 el cual contiene la -
regla de punición de la tentativa, estableciéndose como sanción
hasta las dos terceras partes de la correspondiente al delito -
si éste se hubiera consumado.

El alcance del precepto mencionado ha sido muy debatido -
por la doctrina y así, algunos autores consideran como penas mí-
nima y máxima aplicable a la tentativa punible exactamente las
dos terceras partes de la mínima y máxima correspondientes al -
delito si éste se hubiera consumado.

Otra corriente precisa el mínimo aplicable en las dos ter-
ceras partes de la pena mínima señalada en la norma incriminado
ra y el máximo en las dos terceras partes de la pena aplicable

si el delito se hubiera consumado.

Un tercer criterio considera como mínimo aplicable al señalado en el artículo 25 del código penal ("...será de tres días a cuarenta años...") pues el artículo 63 no precisa cuál será aquél. La penalidad máxima corresponderá a las dos terceras partes de la señalada por el tipo incriminador para el delito consumado. Respecto a este criterio es ilustrativa la ejecutoria dictada en el juicio de amparo 918/78, fallado el 11 de junio de 1980 por unanimidad de votos cuya tesis aparece publicada en las páginas 44 y 45 de la Segunda Parte del Informe rendido a la Suprema Corte de Justicia de la Nación por su presidente, en el año de 1980 la cual textualmente dice: "TENTATIVA, AMBITO PUNITIVO DE LA (LEGISLACION PENAL FEDERAL). Una adecuada interpretación lógica del artículo 63 del código penal federal, el cual dispone que para sancionar a los responsables de tentativas punibles se les aplicará a juicio del juez.....hasta las dos terceras partes de la sanción que se les debiera imponer de haberse consumado el delito....., permite establecer que, no señalándose en tal precepto el mínimo aplicable, sino sólo el máximo de la misma, debe entenderse que para tal efecto se partirá de lo dispuesto por el artículo 25 del propio ordenamiento, o sea, que el mínimo de la pena de prisión es de tres días, y el máximo, las dos terceras partes de la que se debiera imponer de haberse consumado el delito".¹³

13. Pavón Vasconcelos. "La Tentativa". México 1982. pp. 99 y 100.

Este último criterio ha venido aplicándose por nuestros tribunales. Sin embargo, actualmente nuestro código da un cambio completo para dejar de aplicar el mismo y establece ahora - sí, la manera de encontrar ese mínimo aplicable según el tipo - del cual se trate. No obstante el no haberse reformado el artículo 63 del código penal, el cual sigue estableciendo como sanción de la tentativa punible las dos terceras partes de la correspondiente al delito si éste se hubiere consumado, la interpretación de este precepto se ha venido a aclarar por la ley al adicionarse el artículo 51 del código penal, estableciéndose como punibilidad aplicable, para todos aquellos casos en los cuales se dispongan penas en proporción a las previstas para el delito intencional consumado, la resultante de la elevación o disminución según corresponda de los términos mínimo y máximo de la pena prevista para aquél.

La mencionada adición, no hace otra cosa sino establecer la interpretación del artículo 63 del código penal de acuerdo a la primera de las posturas ya explicadas, es decir, considera como mínimo y máximo aplicable para la tentativa punible precisamente las dos terceras partes del mínimo y máximo correspondientes al delito, si éste se hubiera consumado. Pongamos un ejemplo:

Punibilidad del delito -----	Mínimo		Máximo
si se hubiere consumado.	6 años	a	9 años.
Penalidad del delito tentado.			
Dos terceras partes.-----	4 años	a	6 años.

Entonces la penalidad aplicable en este caso tendrá como mínimo 4 años y como máximo 6 años.

Los tribunales deberán aplicar en consecuencia este criterio y dejar de considerar como pena mínima para la tentativa, la de tres días señalada por el artículo 25 del código penal.

6. DESISTIMIENTO.

Artículo 12 del código penal:

.....
 "Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a éste se refiere, sin perjuicio de aplicar la que corresponda a actos ejecutados u omitidos que constituyen por sí mismos delitos".

Nuestra legislación en el numeral citado hace referencia expresa al desistimiento, lo cual según hemos manifestado resulta innecesario porque ya en su primer párrafo exige para la existencia de la tentativa, la no consumación del delito por causas ajenas a la voluntad del agente. De esa manera si la inconsumación se debe a causas propias como el desistimiento o el arrepentimiento eficaz, no se aplicará sanción alguna.

Desistir es ^minterrumpir la actividad ejecutiva realizada por el autor, como expresión de su libre voluntad de abandonar el designio criminal propuesto e iniciado.¹⁴

Esa impunidad surgida cuando el sujeto desiste tiene su fundamento en una causa de atipicidad. La figura genérica del

14. Pavón Vasconcelos. ob. cit. p. 101.

artículo 12 exige varios requisitos para integrar plenamente -- esa conducta o hecho delictuoso y entre ellos está la no consumación del delito por causas ajenas al agente; si faltara este elemento es decir, si la inconsumación del ilícito tiene su origen en causas propias como el desistimiento o el arrepentimiento activo, entonces no habrá adecuación entre la acción realizada por el sujeto y el tipo legal, no existirá tipicidad. El acto no llega a ser una acción típica de tentativa por falta de un elemento.¹⁵

¿Cuándo se puede desistir en la tentativa?. Únicamente -- cuando no se han realizado todos los actos de ejecución; se desiste de lo iniciado y no terminado. En cambio cuando se ha llevado a cabo toda la actividad ejecutiva, sólo cabe el camino -- del arrepentimiento. Se arrepiente de lo terminado o concluído. Señalamos entonces como límites del desistimiento a la tentativa acabada o frustración por cuanto sólo podrá darse antes de la realización del último acto ejecutivo, es decir en la tentativa inacabada o propia.

En consecuencia el desistimiento implica interrupción de

15. Cfr. Orestes Araujo. "La Tentativa". Montevideo 1958. p. 371. Jiménez - Huerta. "La tipicidad". México 1955, p. 284. Fontán Enríquez Carlos. - "Tratado de Derecho Penal". Tomo II. pp. 401 a 404. Euenos Aires 1966. - Pavón Vasconcelos, ob. cit. p. 196.

la actividad ejecutiva y voluntariedad por parte del sujeto. Es voluntario el desistimiento cuando el sujeto "ya no quiere hacer más aunque podría"; y es involuntario cuando "ya no puede hacer más aunque quisiera": no deben existir consecuencias no favorecedoras que impulsan al agente a desistir, por ejemplo la presencia de la autoridad la cual es notada por el sujeto iniciador de la ejecución del delito y ante la impotencia de no poder llevarlo a feliz término, desiste del mismo.

Para determinar cuándo desiste voluntariamente el agente, es necesario acudir a las circunstancias del hecho para ver si nada ni nadie habría podido impedir su prosecución, se debe demostrar si el sujeto podía de acuerdo a las condiciones imperantes lograr el resultado propuesto. Cuando el ladrón no logra -- abrir de inmediato una puerta, pero puede abrirla con los instrumentos llevados consigo y desiste de hacerlo, estamos en presencia del desistimiento voluntario, pero si renunció a ello -- por ser necesario el empleo de medios superiores a aquéllos, no será voluntario sino compelido por causas ajenas a su voluntad.

El sujeto desiste involuntariamente no sólo cuando le es impedido físicamente el continuar la acción ejecutiva (no puede romper la cerradura para penetrar y renuncia), sino también cuando ese impedimento se le presente psíquicamente al sujeto (el temor no le permitió disparar a su víctima). Lo decisivo es saber si la resolución de interrumpir la acción va acompañada de

la conciencia de poder o no poder consumir el hecho. No es preciso por tanto un desistimiento basado en razones éticas.

Así también se desiste involuntariamente si la causa impulsora o coaccionante al desistimiento es real o presunta, por ejemplo cuando el sujeto renuncia por temor al escuchar los ladridos del perro, cuando en realidad era de la finca vecina o estaba atado.

Nuestra ley para referirse al señalado carácter voluntario, prefiere adoptar la terminología usada por Ferri y Mezger y hablar de desistimiento espontáneo en lugar de voluntario.

El código penal consagra el desistimiento en su artículo 12, pero para la existencia de la tentativa exige la realización por parte del sujeto de "una conducta que debería producir" el delito y una vez efectuada ésta, requiere la inconsumación de aquél por causas ajenas a la voluntad del agente

¿Cuáles serán esas conductas?. Según se ha manifestado en capítulos anteriores, tal expresión sólo puede interpretarse en su sentido más restringido y más ejecutivo pues de otra forma no "debería producir el delito". Así cuando un sujeto apunta hacia otro con el fusil pero no ha disparado aún, no realiza la mencionada conducta pues observada como tal por sí sola no "debería producir el ilícito". En cambio cuando ya hace el disparo pero lo yerra, entonces ahora sí ya ha integrado el requisito exigido por el artículo 12 o sea la "conducta que debería produ

cir el delito", impidiéndose el resultado por una causa ajena a su voluntad, tal vez porque la víctima se movió.

Según el artículo 12 reformado de nuestro código penal, - primeramente debe existir en el sujeto una resolución de delinquir como primer requisito, luego la ejecución de una "conducta que debería producir el delito" y como tercer elemento la no -- consumación de aquél por causas ajenas a la voluntad del sujeto. Estos tres requisitos deben presentarse precisamente en ese orden cronológico pues no puede pensarse en la presencia de la intención criminal cuando ya se ha impedido incluso el resultado, o en la de la inconsumación por causas ajenas cuando ni siquiera se ha exteriorizado la voluntad delictuosa y más aun cuando ésta ni siquiera se ha dado.

El problema radica en saber cuándo se da realmente ese segundo requisito, cuándo estamos en su presencia. ¿Porqué el legislador no habló de comienzo de ejecución o de ejecución de todos los actos para evitar confusiones? o ¿Porqué no pidió tan sólo el inicio de esa "conducta que debería producir el delito", lo cual equivaldría al principio de ejecución?.

Seguimos considerando infortunada la actual redacción del artículo 12 de nuestro código penal, porque ante tal interpretación sería muy difícil la presencia del desistimiento. En el -- ejemplo ya explicado ¿Podría el sujeto desistirse después del -- disparo hecho?. No podría pues en el momento en el cual no se -

produjo el resultado por causas ajenas a su voluntad se integró la tentativa punible. Estaríamos en presencia de una tentativa acabada en donde sólo cabe el arrepentimiento pero no el desistimiento.

Si se diera el desistimiento antes de integrarse la "conducta que debería producir el delito", de todas maneras no sería punible pero no por desistir el sujeto sino porque no se integró la mencionada conducta como requisito para la existencia de la tentativa.

7. ARREPENTIMIENTO.

Artículo 12 del código penal.....
 "Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o -
impide la consumación del delito, no se impondrá pena o
 o medida de seguridad alguna,.....

Nuestro código penal establece la posibilidad del arrepentimiento activo en la tentativa, al utilizar la expresión "impide la consumación del delito". Resulta innecesario porque ya en su primer párrafo la había previsto al exigir la no consumación del delito por "causas ajenas a la voluntad del agente", excluyendo por tanto las "causas propias".

Arrepentimiento activo o eficaz, "es la actividad voluntaria realizada por el autor, para impedir la consumación del delito, una vez agotado el proceso ejecutivo capaz, por sí mismo, de lograr dicho resultado."¹⁶

De esta definición se desprenden varios elementos:

- a) Actividad.- consiste en un hacer o actuar.
- b) Voluntaria.- es aplicable para el arrepentimiento lo dicho anteriormente en este punto para el desistimiento. Es decir, no debe ser impuesto por las circunstancias imperantes del hecho, las cuales lo impulsan o compelen a realizar tal activi-

¹⁶. Pavón Vasconcelos. *ob. cit.* p. 121.

dad.

c) Impediente de la consumación del delito.- no debe darse el resultado como consecuencia de esa actividad voluntaria - desplegada por el agente. Si se impide la consumación por un -- tercero si habrá tentativa punible.

d) Agotación del proceso ejecutivo.- sólo puede darse -- cuando se han realizado todos los actos de ejecución.

Respecto a este último punto, resulta necesario establecer la presencia del arrepentimiento únicamente en la tentativa aca bada, pues es en ésta donde se termina el proceso de ejecución.- Por tanto, señalamos como límite del arrepentimiento eficaz a la tentativa impropia. Por ejemplo cuando el sujeto después de haberle suministrado el veneno a su víctima, se arrepiente y para evitar el desenlace le hace ingerir el contraveneno o llama al médico quien le procura la debida atención. En este caso como - la consumación no se produce debido a una causa propia del acti vo, entonces no se reúnen todos los requisitos exigidos por el artículo 12 para la existencia de la tentativa, específicamente cuando dice "si aquél no se consume por causas ajenas a la vo- luntad del agente". Por ello el arrepentimiento activo como --- "causa propia" al agente, viene a integrar una verdadera causa - de atipicidad pues al no reunirse todos los elementos de la ten tativa punible, no podrá siquiera surgir ésta. Al arrepentimien to es aplicable todo lo dicho sobre este particular en el punto relativo al desistimiento.

Este arrepentimiento activo puede incluir el empleo de -- fuerzas ajenas, siempre y cuando se deba a la libre mano del au tor, tal sería el caso del médico pues no podemos exigirle a -- aquél el desarrollo de esta actividad. Es suficiente la influen cia de la voluntad del autor sobre esas causas o fuerzas extrañas para impedir el resultado inicialmente propuesto a ejecutar.

Debemos distinguir entre arrepentimiento activo o eficaz, y el arrepentimiento post factum. Aquél, impide el resultado como causa de atipicidad; éste, no evita la consumación sino surge una vez producido el delito, pero atenúa sus consecuencias dañosas.

En conclusión: "no puede castigarse al sujeto cuando se - ha arrepentido activamente evitando la consumación del delito, - por no haber realizado una conducta típica".

8. JURISPRUDENCIA SOBRE LA TENTATIVA DE DELITO.

TENTATIVA PUNIBLE: Hay tentativa punible cuando el agente inicia exteriormente la ejecución del hecho delictuoso, directamente, por actos idóneos y no practique todos los esenciales de ejecución que debieran producir el delito, por causa o condición que no sean su propio y espontáneo desistimiento; pero no debe perderse de vista que en una tentativa, domina casi completamente el elemento subjetivo del delincuente.

(Semanao Judicial de la Federación, tomo XXXV, 2a. parte, p. 2349, quinta época. Sentencia del 26 de agosto de 1932, en que la 1a. Sala confirma la sentencia dictada por el juez de distrito).

TENTATIVA PUNIBLE: "...la ley requiere para que se castigue el agente por los actos que no han llegado a la ejecución del delito que concurren las circunstancias siguientes: a) que aquél -- inicie exteriormente la ejecución del hecho delictivo; b) que los actos de iniciación sean directos para la ejecución e idóneos para cometer el delito; c) que la causa por la cual no --- practique todos los actos necesarios para la ejecución no sean su propio y espontáneo desistimiento".

Sobre el delito de violación, estimando que la tentativa de violación no se configura (Semanao Judicial de la Federación", tomo LI, p. 2126, quinta época. Sentencia del 6 de marzo de 1937).

TENTATIVA DE HOMICIDIO: Dos características esenciales indican la tentativa que es punible: el principio de ejecución del hecho material, porque hasta ese momento no hay todavía tentativa, la posibilidad de suspender voluntariamente esta ejecución, porque cuando esta facultad cesa, no existe tentativa, sino que el crimen se ha consumado; y no es punible el hecho ejecutado, --- cuando de las constancias del proceso, se viene a conocimiento de que el agente desistió, de manera voluntaria, de la ejecución del acto punible (Semanario Judicial de la Federación, Tomo LVIII, 3a. parte, p. 3715, quinta época, sentencia del 27 de octubre de 1938).

TENTATIVA, DELITO EN GRADO DE: El Código Penal Vigente en el -- Decreto Federal, no define la tentativa, sino que señala, en -- su artículo 12, cuando es punible, lo cual quiere decir que hay casos en que no lo es.

La punibilidad de la tentativa nace "cuando se ejecutan hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente; la tentativa surge cuando la ejecución del delito se materializa, y ya iniciada la actividad criminal viene -- una circunstancia fortuita a frustrar la voluntad del agente; -- El Código de 1931 ha condicionado los actos de ejecu--- ción, elementos típicos de la tentativa, a dos circunstancias: -- una de causalidad; otra en razón del tiempo. Por la primera, se requiere que los actos ejecutivos se encaminen directamente a --

la realización del delito proyectado, o sea, que por su naturaleza se le vinculen intrínsecamente:.....La segunda circunstancia demanda una concordancia, una contemporaneidad entre los actos de ejecución y el hecho mismo, en tal forma, que aquéllos sean precisamente inmediatos a éste; requisito que descarta, notoriamente, una posible confusión entre actos preparatorios y - actos ejecutivos, pues los primeros demandan forzosamente un -- transcurso de tiempo, que los segundos no requieren. ("Semana-- rario Judicial de la Federación", tomo LVIII, tercera parte, p. - 3716, quinta época. Sentencia del 27 de octubre de 1938).

TENTATIVA: "Si los que pretendieron dar el golpe, dejaron de -- consumarlo por su propia voluntad, en virtud de que advirtieron que la policía estaba cerca de ellos y que había mucho movimiento en el sitio donde trataron de llevar a cabo sus propósitos - antijurídicos, su conducta no se comprende dentro de lo previs- to por la parte final del artículo 12 de la Ley Punitiva, pues este dispositivo requiere, para la existencia de la tentativa, - que el delito con que se le relaciona, deje de consumarse por - causas ajenas a la voluntad del agente" ("Semanario Judicial de la Federación", tomo XCII, p. 1187, quinta época. Sentencia del 2 de mayo de 1947).

TENTATIVA PUNIBLE Y PRETERINTENCIONALIDAD: "Desde el punto de - vista de la ejecución del delito, éste puede ser consumado o in tentado, más no preterintencional, el cual es una subdivisión -

de los delitos intencionales desde el punto de vista de su resultado; los actos imputados al acusado no podrían, en ningún caso, constituir tentativa de un delito diverso del que es consecuencia necesaria y notoria del hecho en que se iba a hacer consistir el de delito, o que es consecuencia previsible de ese hecho, por ser efecto ordinario suyo y estar al alcance del común de las gentes....."("Semanao Judicial de la Federación", tomo CIII, p. 460, quinta época, sentencia del 18 de enero de 1950).

TENTATIVA PUNIBLE EN EL CASO DE COPARTICIPACION:"Aunque es cierto que para que una tentativa sea punible se requieren la ejecución de actos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente, también lo es que esa relación debe existir, no entre los actos que realiza cada uno de los que participan en la tentativa, y la consumación del delito, sino entre el conjunto de actos que realizan los copartícipes, y esa consumación, ya que no puede establecerse una separación de absoluta independencia entre los actos de uno y otro partícipes, pues todos ellos obedecen a un propósito común, y de aceptarse que no existe una relación directa entre el acto del presunto autor intelectual y la consumación, del delito, nunca podría quedar comprendido entre los partícipes que señala el Código Penal, porque su inducción siempre estaría sujeta a la voluntad de un tercero, que no sólo no hubiese desistido de su propósito criminal,

sino que hubiese realizado un principio de ejecución de tentativa punible..." ("Semnario Judicial de la Federación", tomo -- CIII, pp. 461-462, quinta época, sentencia del 18 de enero de 1950. Asimismo, en "Boletín de Información Judicial", año VI (1950), núm. 51, p. 6).

TENTATIVA DE HOMICIDIO: "Cuando se pretende atropellar a una persona con un automóvil, evidentemente que lo que se pretende es privarla de la vida, ya que ese supuesto la muerte es una consecuencia necesaria del hecho en que consiste el delito, o al menos el que lo intenta prevé o puede prever esa circunstancia, por ser efecto ordinario del hecho y estar al alcance del común de las gentes" ("Boletín de Información Judicial", año -- VI, núm. 51, pp. 6 y 7. Sentencia del 18 de enero de 1950).

TENTATIVA PUNIBLE: "El desistimiento de uno de los coparticipes que van a cometer un delito constituye con frecuencia la causa ajena a la voluntad de los demás coparticipes que impide la consumación de la infracción penal, pero no releva de responsabilidad a los demás que persisten en su propósito criminal y que no logran realizarlo únicamente por una causa ajena a su voluntad, como lo es la voluntad del que desiste del propósito" ("Boletín de Información Judicial", año VI (1950), núm. 51, p. 7. Sentencia del 19 de enero de 1950).

TENTATIVA DE UN DELITO IMPOSIBLE: "La imposibilidad para cometer un delito elimina la punibilidad de una tentativa cuando --

los medios empleados son notoriamente inadecuados o no idóneos o bien cuando uno de los copartícipes desiste de su propósito criminal y exclusivamente por esta causa los demás copartícipes no llegan a consumar la infracción penal" ("Boletín de Información Judicial", año VI (1950), núm. 51, p. 7, sentencia del 18 de enero de 1950).

TENTATIVA DELICTUOSA: "El cuerpo de la tentativa de delito consta de dos elementos: la ejecución de hechos encaminados directa e inmediatamente a la comisión de un delito, y la imposibilidad de cometerlo por causas ajenas a la voluntad del agente; de donde se concluye que el elemento voluntad para la consumación de algún acto ilícito penal, debe comprobarse, ya que dicha voluntad es persistentemente presente en la tentativa, hasta el momento en que no se consuma el acto por causas ajenas a ella..." ("Semanao Judicial de la Federación", tomo CIX, p. 1616, núm. 7, quinta época, sentencia del 18 de agosto de 1951).

TENTATIVA: "Si quedó configurada la tentativa, pero no el delito, como ésta tiene sus elementos propios, sería menester que se hubiera acusado por tentativa y se hubiesen demostrado que elementos y sido ésta objeto de la formal prisión; pero si no fue así, como realmente no resulta comprobado el cuerpo del delito consumado el concepto de violación consistente en la falta de comprobación de éste, resulta fundado" ("Semanao Judicial de la Federación", tomo CXII, p. 1950, quinta época).

TENTATIVA INEXISTENTE: "La tentativa punible es un grado de ejecución directa e inmediata de un delito que no llega a su total consumación por causas ajenas a la voluntad del inculpado y si los actos de éste que aparecen demostrados en el proceso son -- equívocos, como los simplemente preparatorios y los de significado ambiguo, no deben considerarse como constitutivos de tentativa". ("Semanao Judicial de la Federación", tomo CXXV, pp. -- 568-569, quinta época, sentencia del 19 de junio de 1955, 875/51).

TENTATIVA: (Legislación del Distrito Federal y Veracruz): "Toca a los jueces y tribunales determinar con sentido justiciero, - atendiendo a la peligrosidad revelada por el agente, cuándo se está o no en presencia de un acto ejecutivo integrante de tentativa. Habrá tentativa punible entonces, cuando los actos reclamados están dirigidos en forma idónea o unívoca a la consuma---ción del evento. Cuando se habla de ejecutar hechos o actos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito fórmula consagrada en el artículo 12 del Código Penal del - Distrito y Territorios Federales, y en lo particular en el -- artículo 10 del Código Penal del Estado de Veracruz, se están - comprendiendo precisamente a los actos idóneos, pues la redacción usada parece referirse no sólo a la dirección de lo hechos sino a su eficacia causal por cuanto al resultado perseguido; - la palabra directa alude, evidentemente, a la univocidad de los actos realizados que, además deben entenderse en cercanía inme-

diata a la consumación" ("Semanario Judicial de la Federación", vol. XIX, la. Sala, pp. 222-223, sexta época, 1094/57).

ROBO. TENTATIVA: "Como la tentativa punible consiste en la ejecución de actos encaminados directa o indirectamente a la consumación de un delito que no llega a realizarse por causas ajenas a la voluntad del agente, es evidente que quien es sorprendido de noche en los momentos de estar forzando la puerta de un carro de ferrocarril cargado con mercancías, incurre en la responsabilidad correspondiente al delito de robo en grado de tentativa". ("Semanario Judicial de la Federación", vol. XXII, p. 177, sexta época, 4885/58).

CONTRABANDO. TENTATIVA: "Si el reo fue sorprendido por los empleados aduanales cuando pretendía introducir la mercancía comisada, omitiendo así el pago de los impuestos arancelarios correspondientes, es inobjetable el juicio del tribunal de alzada al concluir que tal comportamiento revela que si el contrabando no se llevó a término, fue por causas ajenas a la voluntad del acusado, y es bien sabido, conforme a la doctrina que inspira nuestra legislación, que la tentativa se caracteriza porque el agente realiza un principio de ejecución de la conducta que describe el delito perseguido". (Semanario Judicial de la Federación, vol. XXIV, p. 30, sexta época, 3444/58).

TENTATIVA: "No por el hecho de que hubiera quedado incomprobado un delito consumado, obedeciendo la falta de comprobación a la

insuficiencia de prueba, hay razón bastante para considerarlo - como intentado, ya que tentativa es un grado de la ejecución y los elementos integrantes del delito deben quedar comprobados - con datos procesales de fuerza legal" ("Semanao Judicial de - la Federación, vol. XXV , p. 115, sexta época, 1259/59).

TENTATIVA HOMICIDIO: "Si está plenamente comprobado que el reo juntamente con otros sujetos, acudió a un lugar con el deliberado propósito de dar muerte, por venganza, a otra persona, pero de ninguna de las constancias procesales se infiere que haya habido actos de ejecución ni se efectuó otra actividad que la - búsqueda de la víctima, no puede decirse que se realizaran hechos encaminados directa e inmediatamente a la ejecución del ho micidio y que éste, no se produjera por causas ajenas a la volun tad del reo y de sus acompañantes". ("Semanao Judicial de la Federación", vol. XXIX, p. 81, sexta época, 4345/59).

TENTATIVA DE HOMICIDIO: (Legislación de Sonora). "Si la declara ción del ofendido y la confesión de todos y cada uno de los acu sados, ponen de manifiesto que los acusados y quejosos se pusie ron de acuerdo en que su intención al golpear a dicho ofendido fue el privarlo de la vida, y estimaron que lo habían logrado - al dejarlo inconsciente y arrojarlo a un pozo con un nivel de - agua superior a su estatura, y el hecho de que dicho ofendido - no haya fallecido se debió a su resistencia física que frustró las intenciones de los acusados, es indudable, que existió una

tentativa de homicidio ya que de acuerdo con lo que dispone el artículo 10 del Código Penal de Sonora, existe tentativa cuando se ejecutan hechos encaminados a la realización de un delito, - si éste no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente" ("Semanario Judicial de la Federación", vol. XXXIII, p. 102, sexta época, 7480/59).

TENTATIVA: "Si el delito de robo no llegó a consumarse, porque los agentes activos del delito fueron sorprendidos al ir a consumarlo esos hechos encajan en la previsión del artículo 12 del Código Penal Vigente en el Distrito Federal y Territorios, ya que tendían directa e inmediatamente a la realización del robo, que no llegó a consumarse por causas ajenas a la voluntad del grupo de acusados; y el delito cometido fue el de robo en grado de tentativa". ("Semanario Judicial de la Federación", vol. LXIV, núm. 5, p. 1089. Sentencia del 17 de abril de 1960).

TENTATIVA DE EVASION DE PRESOS: "Si bien en algunos delitos, como los de culpa o imprudencia e incluso en algunos intencionales, como los de omisión --abandono de atropellados-- no es con figurable la tentativa, sin embargo la tónica general para los de realización dolosa, es que admiten esta etapa del iter criminis, como en los casos de excepción de evasión de presos, en -- que normalmente el evadido no amerita represión --excusa condicionada-- a menos que realice la fuga en concierto y unión con otro u otros presos, o cuando ejerce violencia sobre las personas; de ahí que si en la especie, el acusado adquirió armas, --

las repartió entre los inodados y les asignó el papel que debían desempeñar, pero la evasión no se consumó por causa ajena a su voluntad, ya que guardia y el director del penal contestaron los disparos que efectuaron, es indudable que el delito que de en la fase externa denominada tentativa, no siendo conculcatoria de garantías, la sentencia que así lo estimó". ("Semanaario Judicial de la Federación". vol. LXXXVIII, p. 33, sexta época, 8456/62).

FALSIFICACION DE BILLETES, DELITO DE, EN GRADO DE TENTATIVA: -- "El artículo 12 del Código Penal, vigente en el Distrito Federal, establece que la tentativa es punible, cuando se ejecutan hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas a la voluntad del infractor. Esta categoría jurídica en la actual legislación no hace sino resumir, bajo la denominación genérica de tentativa, los grados del delito intencional, que la antigua legislación admitía bajo las nociones de conato y delito frustrado, siendo sus constitutivas, según hace notar el profesor Makowski, en el proyecto que presentó durante la conferencia internacional de unificación del derecho penal reunida en Varsovia, -- las siguientes: es una acción emprendida con fin delictuoso, dirigida hacia la realización de ese fin, y frustrada. Si el delito, agrega el mismo autor, es una acción comprendida y manifestada por un hombre, realizando un fin delictuoso, la tentativa es una acción dirigida de una manera directa hacia la realiza-

ción de un acto delictuoso que se frustra por causa independiente de la voluntad del agente, es decir, merced a dicha causa, - no se comete la infracción pensada. Ahora bien, si el acusado - contrata con otra persona la falsificación de billetes de un -- Banco Americano para ponerlos en circulación, y la segunda dejó en casa del primero todos los instrumentos y útiles, y la falsificación se llevó a cabo sólo en parte y en una de las caras de los billetes legítimos, y en esa situación se hace la aprehensión del acusado, existe el delito de falsificación en grado de tentativa punible, puesto que la imitación de los billetes de - banco que se pretendió llevar a cabo, con una ostensible intención delictuosa, se frustró por una causa absolutamente independiente de la voluntad de los delincuentes, como lo es la de haber sido descubiertos y aprehendidos por la policía, y la sentencia que impone pena en tales condiciones, no es violatoria - de garantías". Semanario Judicial de la Federación. Tomo LVI, - p. 300, quinta época.

VIOLACION, TENTATIVA DEL DELITO DE: "De acuerdo con el artículo 12 del Código Penal, vigente en el Distrito Federal, la tentativa es punible cuando se ejecutan hechos encaminados directamente a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente. Este precepto fija una regla general para todos los delitos, y aun cuando existen excepciones, como la que consagra el artículo 205 del mismo código, - tratándose del delito de corrupción de menores, y la que esta--

blece el artículo 261 que se refiere al delito de atentados al pudor, etc., en tales excepciones no está comprendido el delito de violación, y por tanto, debe estarse a la regla general, de que dicho delito puede ejecutarse en grado de tentativa. De conformidad con el artículo 265 del Código Penal, los elementos materiales del delito de violación consisten en la existencia de la cópula; en que ésta se verifique sin consentimiento de la -- persona ofendida y en que se verifique por medio de la violencia física o moral. Ahora bien, si la ofendida es mayor de nueve años y menor de diez, como una persona de esa edad está imposibilitada psicológicamente para otorgar su consentimiento para que se copule con ella, puesto que aquél implica un proceso mental que concluye con una determinación, no puede afirmarse que una persona preste su consentimiento para algo que desconoce, y si la ofendida por su edad, desconocía el fin perseguido por el acusado, y así se desprende de su declaración, debe presumirse que no prestó su consentimiento; por otra parte, la circunstancia de la gran desproporción entre las fuerzas físicas y morales entre el acusado y la ofendida, por la edad de ambos y porque el acusado, además de ser hombre adulto es de constitución robusta, hace presumir la violencia física y moral. Además, si la ofendida afirma que el acusado, por medio de la violencia la poseyó, esa declaración es sumamente verosímil, si está confirmada por la existencia de las lesiones sufridas por la ofendida y si no hay prueba de que la menor hubiese sido desflorada y sólo existe el desgarramiento del pironé, no puede tenerse por --

comprobado el cuerpo del delito de violación, pero sí el de tentativa de violación, ya que el acusado ejecutó todos los actos encaminados directa e inmediatamente a la realización de dicho delito, y si no se consumó, fue por causas ajenas a la voluntad del agente". Semanario Judicial de la Federación. Tomo LXXX, p. 209. Quinta época.

TENTATIVA DE HOMICIDIO: "La ley requiere para que exista la tentativa de un delito, la concurrencia de dos elementos constitutivos a) un principio de ejecución de una acción delictiva, --- cierta, precisa, y b) una suspensión de dicha acción delictiva, - por causa o accidente que no sea el propio y espontáneo desistimiento del agente activo del delito; pero no se acreditó el grado que se analiza y de que se acusa al reo si los actos exteriores de ejecución no fueron completos, precisos y determinados a su logro, y no pueden estimarse como tales, el haber sacado una pistola, o haber hecho ademán de sacarla". Semanario Judicial de la Federación. Tomo XCII, p. 1785. Quinta época.

TENTATIVA, ROBO: "Si el reo acudió al lugar del robo después de planearlo, pero no hubo actos ejecutivos con relación al aludido delito patrimonial, porque no se realizó hecho alguno respecto al apoderamiento de los bienes ni se comprobó la existencia de éstos en el domicilio del presunto ofendido, sancionar por dicho delito, equivale a punir la sola intención, lo cual pugna no sólo con el Derecho Positivo, sino también con la doctrina - que unánimemente acepta el antiguo principio de ULPIANO: "Cogi-

tationis Poenam Nemo Patitur". El artículo 12 del código aplicable sanciona la tentativa sólo cuando se ejecutan hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito, - si éste no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente. Y si tanto el reo como su coacusado acudieron a casa del -- ofendido con el decidido propósito de robar, pero no alcanzaron a realizar actos encaminados a la realización de ese delito, -- por ende, no se inició, puesto que es evidente que no se realizaron actos pertenecientes propiamente al tipo del delito de robo.

Es sabido que precisamente la tentativa se caracteriza -- por la ejecución del delito, o como dicen los tratadistas, en la realización de actos materiales que penetran en el núcleo del tipo es decir, que se traducen en la iniciación de la acción -- principal en la que el delito consiste". Semanario Judicial de la Federación. Tomo XXXVI, p. 89. sexta época.

TENTATIVA DE ROBO, ALLANAMIENTO DE MORADA: "Si consta que el - acusado cuando penetró a una casa ajena iba inerme y en segundo período de alcoholismo, según se desprende de la certificación médica respectiva, es evidente que no se configuró la tentativa de robo, porque el acusado no realizó ningún acto de ejecución, demostrativo de que su voluntad se encaminara directa e inmediatamente al apoderamiento de lo ajeno; en realidad, sólo se cometió el delito de allanamiento de morada, pero como éste no fue objeto de la acusación, ya no es posible imponer la sanción por

dicho ilícito. Es de explorado derecho que para que haya tentativa se requiere, como dicen los tratadistas, la ejecución de - actos materiales que penetren en el núcleo del tipo, y penetrar en el núcleo del tipo, según la doctrina, consiste en realizar algo en relación con la acción principal descrita por la ley; - con acierto dice Sebastián Soler que la tentativa estriba en -- iniciar la acción principal en la que el delito consiste, para lo cual es ilustrativo pensar en el verbo que la expresa". Sem nario Judicial de la Federación. Tomo XLIV, p. 107. sexta época.

CAPITULO IV.

Hemos hecho hasta aquí, el estudio del delito tentado a la luz de la actual redacción del artículo 12 de nuestro código penal, sin analizar la exposición de motivos ni el proceso legislativo sufrido por la iniciativa de ley de 1984, la cual trajo consigo la ya citada reforma, precisamente para evitar hasta este punto donde hemos llegado, alguna influencia por parte de la misma y vernos de alguna manera limitados en cuanto a nuestra libre interpretación del mencionado precepto. No quisimos antes de los puntos tratados, consultar los motivos expuestos por la iniciativa de ley ni la interpretación dada en los mismos respecto al alcance perseguido por la reforma con la nueva redacción del artículo 12, porque quisimos ver, si efectivamente, se alcanzaron los objetivos propuestos, o si el nuevo texto contraría su verdadero espíritu al admitir una interpretación totalmente diferente. Por ello, preferimos iniciar nuestro estudio -- con el análisis de los temas y principios jurídicos inherentes a la tentativa, analizando cada uno de ellos de acuerdo al actual artículo 12.

Consideramos llegado el momento de analizar ahora sí, la iniciativa de ley para reformar el mencionado artículo, su exposición de motivos y el proceso legislativo de la misma.

1. INICIATIVA DE LEY.

La iniciativa de Reforma al Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal, surgió del Ejecutivo Federal quien la hizo llegar por conducto del secretario de gobernación a la Cámara de Senadores como cámara de origen, el 23 de octubre de 1984.¹

Tal iniciativa obedeció a una continuación de las reformas al código penal iniciadas por el Presidente Constitucional de nuestro país en el año de 1983, como una renovación a fondo de los aspectos centrales de la legislación punitiva. Con ese mismo propósito de fundada actualización en la cual se apoyó la iniciativa de 1983, hizo llegar al Senado el proyecto de 1984 con el objeto de conferir modernidad y equidad al sistema punitivo.

Este proyecto en la parte relativa al delito tentado y a la proporción de su penalidad decía en sus términos:

INICIATIVA DE REFORMAS AL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, EN MATERIA DE FUERO COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL.

Artículo 10.- se reforman los artículos.....12,51,
.....del código penal.....para

1. Cfr. Diario de Debates del Senado. Núm. 18 del 24 de Octubre de 1984.

quedar como sigue:

Artículo 30.-.....

Artículo 6.-.....

Artículo 12.- existe tentativa punible cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza ejecutando la -- conducta que debería producirlo u omitiendo la que debería evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.

Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a éste se refiere, sin perjuicio de aplicar la que corresponda a actos ejecutados u omitidos que constituyan por sí mismos delitos.

Artículo 51.....

En los casos de los artículos 60, fracción VI, 61, 63, 64, 64 bis y 65 y en cualesquiera otros en que este código disponga penas en proporción a las previstas para el delito intencional consumado, la punibilidad aplicable es, para todos los efectos legales, la que resulte de la elevación o disminución, según corresponda, de los términos mínimo y máximo de la pena prevista para aquél. Cuando se trate de prisión, la pena mínima nunca será menor de tres días.

Artículo 193.....

2. EXPOSICION DE MOTIVOS.

Por cuanto hace a la exposición de motivos del Proyecto - de Reformas al Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero Común, y para toda la República en materia de Fuero Federal, en lo referente a la tentativa y al cómputo de su penalidad establecía lo siguiente:

"TENTATIVA"

"Esta iniciativa plantea importantes cambios en el artículo 12, para mejorar el concepto técnico de la tentativa punible, por una parte, y proteger a las potenciales víctimas de los delitos, por la otra.

En el primer párrafo propuesto para el artículo 12, se habla, como suele hacerlo la teoría penal, de la exteriorización de la resolución de cometer el delito, ejecutando la conducta - que debe producirlo u omitiendo la que debe evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente. Como se ve, la fórmula abarca tanto la tentativa acabada como la inacabada y, además, comprende por igual los delitos de acción y - los de omisión, cosa que no ocurre en la actualidad.

Por otra parte, se regula el desistimiento espontáneo. Es to se apoya principalmente en la necesidad de evitar la consuma ción de delitos y proteger, así, a las potenciales víctimas del ilícito. Las reglas propuestas acerca del desistimiento no im--

plican, en su caso, la impunidad de actos ya realizados por el sujeto, cuando éstos constituyan delitos por sí mismos y sea posible, por ende, independizarlos del delito a que se contrae el desistimiento.

PENAS PROPORCIONALES.

El proyecto sugiere una importante adición al actual artículo 51 del Código Penal, para resolver adecuadamente, colmando el vacío que prevalece y superando interpretaciones contradictorias, el problema de cómputo o fijación de pena que se presenta cuando la propia ley penal estipula que ciertas conductas se sancionen en forma proporcional a la pena que corresponda al delito intencional consumado.

Ejemplo de lo anterior, por citar sólo una hipótesis, es el artículo 63, referente a la tentativa, que ordena sancionar ésta con hasta las dos terceras partes de la sanción que se debiera imponer si se hubiese consumado el delito. Surge el problema de precisar cómo se computan esas dos terceras partes. Lo propio ocurre con otras hipótesis consideradas en la iniciativa, como son las de algunos delitos imprudenciales, concurso, complicidad correspectiva, reincidencia, preterintención y varias más.

En vista de lo anterior, el propuesto segundo párrafo del artículo 51 expone la forma de establecer el denominado "tramo

de punibilidad", en los casos en que se ha hecho referencia, -- que es el resultante de la elevación o la disminución, según corresponda, de los términos mínimo y máximo de la pena prevista para el delito intencional consumado".

Como podemos observar, de la exposición de motivos expuesta se desprende por un lado el deseo firme de mejorar el concepto técnico de la tentativa y por el otro, el de proteger a las víctimas potenciales de los delitos. Asimismo se deja ver tal y como habíamos pensado, la verdadera intención de la reforma en el sentido de abarcar tanto la tentativa acabada como la inacabada. Sin embargo como una verdadera lástima el texto actual no cristaliza tal propósito al aceptar una interpretación muy restringida en su sentido más ejecutivo, tal y como lo hemos venido sosteniendo por las razones aducidas en anteriores puntos ya analizados.²

En atención a este último punto cabe hacer la consideración siguiente:

El texto actual --consideramos-- aun cuando la exposición de motivos no lo menciona, sigue los mismos lineamientos seguidos por el Anteproyecto de Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal, elaborado por el Instituto Nacional de Cien--

2. Véase el punto 4 del capítulo II relativo a TENTATIVA Y FRUSTRACION y el punto 6 del capítulo III sobre DESISTIMIENTO.

cias Penales en el año de 1983,³ pues la redacción es casi la misma a excepción de ligeras variantes. Para este efecto transcribimos el artículo relativo:

ANTEPROYECTO.
CAPITULO II.
TENTIVA.

Artículo 13.- existe tentativa punible cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza ejecutando u omitiendo, en parte o totalmente, la conducta que debería producir o evitar el resultado, si aquella se interrumpe o el resultado no acontece por causas ajenas a la voluntad del agente.

Existe tentativa imposible cuando no se puede realizar el delito por inidoneidad de los medios empleados o por inexistencia del bien jurídico u objeto material.

Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se impondrá pena o medida de seguridad alguna, a no ser que los actos ejecutados u omitidos constituyan por sí mismos delitos.

Como se observa la redacción casi no varía, sin embargo - póngase especial atención cuando establece "en parte o totalmente". Con esa expresión viene a disiparse el tremendo error cometido por nuestro actual artículo 12 pues al decir "en parte", -

3. Publicado en "Revista Mexicana de Justicia 84". núm. 3, vol. II. Julio-Septiembre. México 1984.

hace referencia a la tentativa inacabada, así como a la acabada cuando establece "totalmente". Es decir, los redactores del Anteproyecto de Código Penal de 1983 elaborado por el Instituto Nacional de Ciencias Penales, sí tuvieron visión del enorme problema que acarrearía el no precisar tal distinción y establecieron la existencia de tentativa punible aun cuando sólo se iniciara esa "conducta que debería" producir el delito.

Seguimos considerando por tanto equivocada la redacción actual del artículo 12 del código penal pues debió haberse previsto de alguna manera, de acuerdo con su exposición de motivos, la existencia de la tentativa inacabada; tal vez como lo hizo el anteproyecto citado.

De la exposición de motivos tampoco se hace referencia a la existencia del delito imposible dentro del mencionado artículo 12, lo cual viene a corroborar nuestra postura expuesta en el sentido de no incluirlo en aquél. Así también los redactores del anteproyecto de código penal de 1983 citado están de acuerdo en la necesaria existencia de un precepto por separado para sancionar el delito imposible y por tal razón establecieron como se observa en la parte transcrita, por un lado un segundo párrafo al artículo 13 para prever el delito imposible, y por el otro una norma específica (artículo 62) para su penalidad, la cual transcribimos a continuación:

ANTEPROYECTO DE CODIGO PENAL DE 1983.

Artículo 62.- en el caso de la tentativa imposible, se aplicará al agente hasta un tercio de la pena que le correspondería al delito que quiso realizar.

En cuanto al desistimiento espontáneo, aun cuando ya señalamos lo innecesario de establecerlo en un segundo párrafo, el mismo obedece, según se desprende de la exposición de motivos, a razones de política criminal por cuanto sigue lo señalado por Edmundo Mezger en el sentido de "establecer un puente de plata" para el sujeto, evitando la consumación de los delitos y protegiendo así a las potenciales víctimas.

En lo relativo a la adición del artículo 51 del código penal, la exposición de motivos es muy clara al señalar su propósito de resolver los problemas suscitados en el cómputo de las sanciones cuando la ley establece las penas en forma proporcional a la correspondiente al delito intencional consumado. La nueva adición está totalmente acorde con la exposición de motivos y resuelve así el anterior vacío de la ley. No comentamos en este apartado el contenido del nuevo artículo 51 porque ello fue motivo del punto referente a la punibilidad de la tentativa.

3. PROCESO LEGISLATIVO.

3.1 CAMARA DE SENADORES.

La iniciativa de ley fue enviada por el Presidente de la República para sus efectos constitucionales, por conducto del secretario de gobernación al Senado como cámara de origen el día 23 de octubre de 1984, misma fecha en la cual fue leída y repartida en forma impresa a los senadores, recibíendose y turnándola a las Comisiones Unidas: Segunda de Justicia y Primera y Segunda del Departamento del Distrito Federal para el dictamen respectivo.⁴

El 3 de diciembre de 1984 las Comisiones Unidas, reunidas en la sala de comisiones "Francisco Zarco" de la honorable Cámara de Senadores, emitió su dictamen el cual señala en su parte conducente las siguientes consideraciones:

"Para mejorar el concepto técnico de la tentativa punible, la iniciativa plantea, importantes cambios en el artículo 12, por una parte, propone la fórmula que abarca tanto la tentativa acabada como la inacabada, además comprende por igual los delitos de acción y los de omisión, cosa que no ocurre en la actualidad.

Por otra parte, se regula el desistimiento espontáneo, -

4. Cfr. Diario de Debates del Senado. Núm. 18, 24 de Octubre de 1984.

apoyándose principalmente en la necesidad de evitar la consumación de delitos, y proteger a las potenciales víctimas del delito.

En relación a las penas proporcionales, el proyecto sugiere superar las interpretaciones contradictorias que se han dado en la práctica respecto del problema del cómputo o fijación en forma proporcional a la pena que corresponda al delito intencional consumado.

Por lo anterior, se propone un segundo párrafo al artículo 51 de este ordenamiento, para exponer la forma de establecer el llamado "tramo de punibilidad", en los casos a que se ha hecho referencia, como es el resultante de la elevación o disminución, según corresponda de los términos mínimo y máximo de la pena prevista para el delito intencional consumado".

Con fundamento en las consideraciones anteriores, las comisiones suscriptoras de dicho documento, propusieron a la honorable asamblea la aprobación del proyecto sin hacer modificación alguna respecto al delito tentado, aceptando en sus términos los artículos 12 y 51 propuestos.⁵ En fecha 5 de diciembre de 1984 se le dió primera lectura al dictamen.

En fecha 6 de diciembre de 1984 se dió cuenta de la segunda lectura del dictamen de las comisiones ante la honorable ---

5. Cfr. *Diario de Debates del Senado. Núm. 31 del 5 de Diciembre de 1984.*

asamblea y se puso a discusión en lo general y en lo particu--- lar, sin haber impugnación alguna, recogién dose la votación y - aprobándose por 45 votos.⁶ En tales condiciones la Minuta Pro- yecto de Decreto pasó a la honorable Cámara de Diputados para sus efectos constitucionales.

3.2 CAMARA DE DIPUTADOS.

A esta cámara se remitió proveniente del Senado la Minuta Proyecto de Reformas, la cual fue leída y entregada en forma im presa a los diputados, turnándose a la Comisión de Justicia de esa honorable Cámara para la elaboración del respectivo dicta- men.

Se dió primera lectura al dictamen elaborado, ante la ho- norable asamblea de la Cámara de Diputados.

Respecto a este punto, consideramos prudente señalar la -- parte relativa del dictamen en donde la Comisión de Justicia se adhiere a los razonamientos del Presidente de la República y de la legisladora, así como los puntos en los cuales hace refe- rencia a la tentativa:

"Las reformas propuestas tienen las siguientes caracterís- ticas primordiales:

c) Se mejora el concepto técnico de la tentativa punible,

6. Cfr. Diario de Debates del Senado. Núm. 32 del 6 de Diciembre de 1984.

mediante importantes cambios introducidos al artículo 12. La fórmula propuesta en la iniciativa sobre esta cuestión abarca tanto la tentativa acabada como la inacabada; del mismo modo comprende por igual los delitos de acción y los de omisión, regulándose el desistimiento espontáneo del sujeto, con base en la necesidad de evitar la consumación de los delitos y de proteger a las potenciales víctimas.

d) Para superar las contradictorias interpretaciones que en la práctica se han dado en torno al problema del cómputo o fijación en forma proporcional a la pena que corresponda al delito intencional consumado, se agrega un segundo párrafo al artículo 51 del código penal a comento, estableciéndose que la punibilidad aplicable es la que resulte de elevar o disminuir, según corresponda, el mínimo y el máximo de la pena prevista para el delito intencional consumado".

"El Senado de la República tuvo a bien aprobar en sus términos las reformas solicitadas por el Ejecutivo Federal a excepción de la que se refiere al artículo 379 del código penal, por virtud de que el propio ordenamiento contempla la figura del robo de famélico como excluyente de responsabilidad, y que debe ahondarse en el estudio de la misma".

"Por su parte, la suscrita Comisión de Justicia de la Honorable Cámara de Diputados ha decidido hacer suyos los razonamientos que fundan tanto la iniciativa del C. Presidente de -

la República, como el dictamen de la honorable legisladora y la minuta correspondiente, habida cuenta de que las reformas y derogaciones que se postulan, resultado evidente de la ya mencionada consulta nacional sobre administración de justicia y seguridad pública, donde se recogieron valiosas aportaciones de las universidades, el foro, los colegios de abogados, de los órganos directamente vinculados con la impartición de justicia y, - sobre todo, de amplias, variadas y diversas capas sociales, corrigen lo necesario e incorporan al ámbito de la legislación penal del orden común y federal criterios que apuntan mejores y más técnicas y equitativas soluciones para tutelar los intereses de la comunidad....."

Se llevó a cabo la segunda lectura del dictamen ante los diputados el día 29 de diciembre de 1984 y en virtud de las consideraciones transcritas, la Comisión de Justicia sometió a la honorable asamblea la aprobación del proyecto de decreto sin hacerle ninguna modificación y aceptándolo en sus términos: poniéndose a discusión en lo general y haciendo uso de la palabra el diputado Pablo Castellón Alvarez para expresar a nombre de los diputados integrantes de la Comisión de Justicia pertenecientes a los grupos parlamentarios del Partido Acción Nacional, Partido Socialista Unificado de México y Partido Demócrata Mexi

cano, su deseo de votar en contra del dictamen y del proyecto de decreto por la viciada y negativa practica parlamentaria impuesta a las comisiones de la honorable Cámara de Diputados, -- consistente en aprobar en forma mecánica y por el peso de las mayorías partidistas, las iniciativas provenientes del Senado, y no por la confrontación civilizada de argumentos teóricos de los miembros de las mismas comisiones. Asimismo señala la actitud cerrada y prejuiciada de la mayoría en esa cámara respecto a la opinión y participación de la oposición. Sin embargo resaltemos la ausencia de discusión alguna respecto a la tentativa -- como interés principal de nuestro trabajo.

Al no hacer alguien más uso de la palabra, se procedió a tomar la votación en lo general y en lo particular del proyecto, aprobándose por 225 votos. Se pasó al Ejecutivo para sus efectos constitucionales.

CONCLUSIONES

- En la tentativa se dan casi todos los momentos integrantes del "iter criminis"; desde la ideación hasta los actos ejecutivos, sin llegar a la consumación.
- La actual redacción del artículo 12 del Código Penal del Distrito Federal, sí contempla la distinción entre actos preparatorios y actos de ejecución, no obstante no mencionar expresamente su diferencia.
- Con la expresión "conducta que debería", el actual artículo 12 comprende la idoneidad y univocidad de la conducta como elementos integrantes de la tentativa punible; en los delitos consumados constituyen el nexo causal.
- El artículo 12 señala los elementos para sancionar la tentativa; se refiere única y exclusivamente a un hecho más restringido y necesariamente ejecutivo.
- Para evitar conflictos en la aplicación del artículo 12, resulta indispensable una redacción que mencione expresamente tanto la tentativa acabada como la inacabada.
- El mismo código penal no sanciona el delito imposible, más no es necesario que éste se mencione expresamente.
- La tentativa es punible en razón de su particular estructura, tiene objetividad propia y sanción específica, aun-

que atenuada respecto al delito consumado.

---- Durante el proceso legislativo del actual artículo 12 del Código Penal del Distrito Federal, no se suscitó discusión en ninguna de las cámaras, ni se modificó el proyecto presentado por el Ejecutivo Federal.

BIBLIOGRAFIA GENERAL

- FONTAN BALESTRA, Carlos. "Tratado de derecho penal". Tomo II. Parte General. Edit. Abeledo Perrot, Buenos Aires 1966.
- MALO CANACHO, Gustavo. "Tentativa del delito". Instituto de Investigaciones Jurídicas. México. U.N.A.M. 1971.
- PAVON VASCONCELOS, Fco. "Breve ensayo sobre la tentativa" 3a. Ed. Edit. Porrúa, S.A. México 1982.
- CARRARA, Fco. "Teoría de la tentativa y de la complicidad o del grado en la fuerza física del delito". Traducción con un prólogo y notas de Vicente Romero Girón. 2a. Ed. corregida y anotada. Edit. de Góngora. Madrid, centro. 1926.
- PALACIOS, Ramón. "La tentativa; el mínimo de ilicitud penal". Imprenta universitaria. México. 1951.
- DEL ROSAL, Juan. "Derecho penal español". 1a. Ed. Edit. Alvarez de Castro. Madrid 1960.

- CASTELLANOS, Fernando. "lineamientos de derecho penal". -
Parte General. Edit. Porrúa. 6a. -
Ed. México. 1971.
- ABARCA, Ricardo. "El derecho penal en México". Se-
rie B. Volúmen III. Edit. Cultura.
México.
- HURTADO GUERRERO, Gilda del Rosario. "El disparo de arma de
fuego en la legislación penal mexi
cana. Edit. San José. México 1969.
- SOLER, Sebastián. "Derecho penal argentino". 3a. --
reimpresión. Tomo II. Edit. T.E.A.
Buenos Aires. 1956.
- MEZGER, Edmundo. "Tratado de derecho penal". Tomo -
II. Traducción de la 2a. edición -
alemana (1933) y notas de derecho
español por José Arturo Rodríguez
Muñoz. 3a. Ed. Edit. Revista de de
recho privado. Madrid. 1957.
- PAVON VASCONCELOS, Fco. "Manual de derecho penal mexicano"
Parte General. 3a. ed. Edit.: Po-
rrúa México. 1974.

- MUÑOZ CONDE, Fco. "El desistimiento voluntario de --
consumar el delito". Casa Edito---
rial. Barcelona, Bosch. 1972.
- NUÑEZ BARBERO, Ruperto. "El delito imposible". Universidad
de Salamanca. Colección de memo---
rias y trabajos científicos. Sala-
manca. 1963.
- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. "Derecho penal mexicano". Parte
general. Edit. Porrúa. México 1980.
- FRANCO SODI, Carlos. "Nociones de derecho penal". Parte
General. 2a. Ed. Ediciones BOTAS.
México 1950.
- MAGGIORI, Giuseppe. "Derecho penal". Tomo II. Edit.
TEMIS, Bogotá. 1954.
- CARRARA, Fco. "Programa de derecho criminal" Par
te General. Vol. I Edit. TEMIS. Bo
gotá 1956.
- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl "Código penal anotado". Edit. -
CARRANCA Y RIVAS, Raúl. Porrúa. México 1985.
- BRAVO RAMIREZ, Germán. "El desistimiento voluntario de la
tentativa". Revista jurídica de la
Universidad de Puerto Rico. Vol. L,
nos: 1-2, 1981 Río Piedras, Puerto
Rico.

- HIM, Víctor M. "El intento de suicidio en el servicio de urgencias del hospital -- Santo Tomás de la Cd. de Panamá". Cuadernos panameños de criminología. No. 10, Nov. 1981, Panamá.
- JESUS PRIETO, Hugolini D. "Tentativa: diversos criterios penales, (opiniones sostenidas en juicio)". Anuario de la facultad de derecho. No. 4 1973. Mérida, - Venezuela.
- PEREZ VIERA, Edgardo. "El desistimiento voluntario de la tentativa". Revista jurídica de la Universidad de Puerto Rico. Vol. L. nos. 1-2, 1981 Río Piedras, Puerto Rico.
- RODRIGUEZ ALVAREZ, Luis. "La tentativa de homicidio en la jurisprudencia romana". Anuario de historia del derecho español. Serie 1a. Tomo XLIX, No. 1, 1979. Madrid, España.
- SANDOVAL RODRIGUEZ, Fco. de Jesús. "La punibilidad en la tentativa". Revista mexicana de justicia". Vol. No. 19 julio-agosto, 1982. México.

- VELA TREVINO, Sergio. "La antijuridicidad en la tentativa". revista mexicana de justicia. México.
- NOVOA MONREAL, Eduardo. "Reflexiones sobre el concepto y los límites de la tentativa". Derecho penal y criminología. Vol.VII, No. 23, mayo-agosto 1984. Bogotá, Colombia.
- ISLAS, Olga. "La tentativa en el derecho penal mexicano". Revista mexicana de --- ciencias penales. Año III, No. 3, julio 1979, junio 1980. México.
- RAMIREZ, Elpidio. "La tentativa en el derecho penal mexicano". Revista mexicana de -- ciencias penales. Año III, No. 3, julio 1979, junio 1980, México.
- RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo. "Delito imposible y tentativa de delito en el código penal español". Anuario de derecho penal y - ciencias penales. Tomo XXIV, Fase. II, mayo-agosto 1971. Madrid, España.

- STROHM, Erick. "La ubicación de la tentativa". Jurisprudencia argentina. Año XXVII. No. 2350. 28-sep.-1965. Buenos Aires, Argentina.
- VAZQUEZ ABAD, Angel M. "Iter criminis, tentativa y delito frustrado". Universidad Pontificia Bolivariana. Vol. XXV. No. 91-196-. Medellín, Colombia.
- PAVON VASCONCELOS, Fco. "La tentativa". Revista Criminalia. Año XXV. Marzo, No. 3, 1959.
- GARCIA RAMIREZ, Sergio. "Justicia y reformas legales". -- Cuadernos del Instituto Nacional de Ciencias Penales. núm. 14. Mé--xico 1985. Primera Edición.
- "Leyes Penales Mexicanas". Tomo V. Instituto Nacional de - Ciencias Penales, México 1981.
- "Revista Mexicana de Justicia" 84, Núm. 3 Vol. II. julio--septiembre 1984. Procuraduría General de la República, Procuraduría General de Justicia del D.F. Instituto Nacional de Ciencias Penales. Consejo Editorial.

- "Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho". En homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa. Ediciones Pannedille. Buenos Aires - Argentina 1970.
- "Parte general de la reforma penal de la República Federal Alemana". Traducción y presentación por el Dr. E. Raúl Zaffaroni. Biblioteca mexicana de prevención y readaptación social. Serie legislación extranjera 1. Secretaría de Gobernación. México 1975.
- Revista "Derecho Penal Contemporáneo". Seminario de derecho penal. Facultad de derecho, U.N.A.M. -- núm. 20, mayo y junio 1967. México.