

186
291

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO



FACULTAD DE DERECHO



SECRETARIA DE EDUCACION PUBLICA
SECRETARIA DE CULTURA Y FOLCLORE
SECRETARIA DE ECONOMIA

BREVE ANALISIS JURIDICO SOBRE LA TENTATIVA

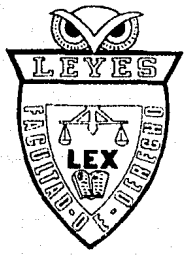
T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

PEDRO CRUZ RAMIREZ



TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



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

PROLOGO

CAPITULO PRIMERO

DEL ITER-CRIMINIS (CAMINO DEL DELITO)

1.- NOCION	4
2.- FASES DEL ITER-CRIMINIS	5
3.- FASE SUBJETIVA O INTERNA	8
a) Ideación	12
b) Deliberación	13
c) Decisión o Resolución	14
4.- FASE OBJETIVA O EXTERIOR	16
a) Manifestación de la Resolución	20
b) Actos Preparatorios	22
c) Actos Ejecutivos	26
d) Consumación	28
5.- DIFERENCIA ENTRE ACTOS PREPARATORIOS Y ACTOS EJECUTIVOS.	30
a) Criterio Temporal o Cronológico	31
b) Criterio de la Equivocidad o de la Univocidad	31
c) Criterio del Ataque a la Esfera Jurídica Ajena	33
d) Criterio Deducido de la Norma	34
e) Criterio de la Eficiencia Causal	35
f) Criterio de la Causalidad Operante o Activa	36
g) Criterio del Peligro Corrido	37
h) Criterio del Comienzo Típico de Ejecución	38
i) Criterio Subjetivo	39
j) Opinión Nuestra	41

6.- CUADRO SINOPTICO DEL ITER-CRIMINIS	42
--	----

CAPITULO SEGUNDO

DE LA TENTATIVA (CONATO)

1.- ANTECEDENTES	43
a) En el Derecho Romano	43
b) En el Derecho Bárbaro	45
c) En el Derecho Conónico	46
d) En el Derecho Neolatino	47
e) En el Derecho Post-Neolatino hasta el Iluminismo	49
f) En el Derecho Mexicano	51
2.- CLASES DE TENTATIVA	56
3.- TENTATIVA ACABADA	59
a) Concepto	59
b) Elementos	62
4.- ARREPENTIMIENTO ACTIVO O EFICAZ	74
a) Concepto	74
b) Elementos	75
5.- ARREPENTIMIENTO POST-FACTUM	77
a) Noción	77
6.- TENTATIVA INACABADA	77
a) Concepto	78
b) Elementos	79
7.- DESISTIMIENTO	83
a) Concepto	84
b) Elementos	85
8.- CONCEPTO DE TENTATIVA CONTEMPLADO EN EL ARTICULO 12 DEL- CODIGO PENAL VIGENTE Y ANALISIS DEL MISMO	86

9.- NATURALEZA JURIDICA DE LA TENTATIVA	88
a) Como Delito Imperfecto	88
b) Como Causa de Extensión de la Pena	89
c) Como Dispositivo Amplificador del Tipo	91
d) Como Delito Autónomo	94
e) Criterio Nuestro	94

CAPITULO TERCERO

DE LA PUNIBILIDAD DE LA TENTATIVA
Y ALGUNAS HIPOTESIS

1.- CRITERIOS QUE PRETENDEN FUNDAR LA PUNIBILIDAD	98
a) En Razón al Peligro Corrido	98
b) En Razón de la Alarma Social	100
c) En Razón a la Turbación Provocada en el Sujeto Pasivo y en la Alarma Social	101
d) En Razón de la Violación Voluntaria de un Precepto .	103
e) En Razón a la Peligrosidad Revelada	104
f) El que Justifica la Menor Punibilidad	105
g) El que Adopta el Código Penal para el Distrito Fede-- ral	105
2.- DELITOS QUE ADMITEN LA TENTATIVA Y DELITOS QUE NO LA -- ADMITEN	106
a) Delitos que No Admiten la Tentativa en Cuanto a su -- Culpabilidad	107
b) Delitos que Admiten la Tentativa en Atención a su -- Culpabilidad	110
c) Delitos que Admiten la Tentativa en Orden a la Conduc <u>ta</u>	111
d) Delitos que Admiten la Tentativa en la Clasificación-- que Atiende a su Resultado	114
3.- EL DISPARO DE ARMA DE FUEGO EN RELACION A LA TENTATIVA .	117
a) Noción y Comentario	117

b)	Problemática sobre la Autonomía de la Fracción I del Artículo 306 del Código Penal	119
c)	¿Admitirá Tentativa el delito de Disparo de Arma de Fuego?	121
d)	El Disparo de Arma de Fuego y el Concurso de Delitos	122
4.-	EL ATAQUE PELIGROSO EN RELACION A LA TENTATIVA	123
a)	Noción y Comentario	123

CAPITULO CUARTO

DE LA JURISPRUDENCIA DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA
DE LA NACION

Jurisprudencia y Comentarios	127
--	-----

CONCLUSIONES	157
------------------------	-----

BIBLIOGRAFIA	162
------------------------	-----

P R O L O G O

El delito es objeto de estudio de la Ciencia Penal, pero no olvidemos que también es objeto de la Criminología, las dos ciencias estudian el desarrollo del delito; la segunda de las ciencias enunciadas, basa su estudio en una teoría criminológica, que en opinión de Bernaldo de Quiroz "no es mas que una antigüedad regalada al museo de las curiosidades científicas. Es la doctrina según la cual, en el curso de su vida, los delinquentes van pasando desde las formas más leves de las infracciones penales a las más graves, sin que jamás puedan empezar por las especies - - atroces de los delitos". La Ciencia Penal, estudia al delito desde un punto de vista jurídico analizando el desarrollo de la vida del mismo desde que es ideado o concebido (aspecto subjetivo) hasta que llega a la consumación (aspecto objetivo) a todo este desarrollo del delito clasicamente ha sido denominado, en la doctrina penal, como teoría del "Iter-Criminis" o "Camino del Delito"; teoría que aparece y es desarrollada en forma brillante por los juristas italianos del siglo XIII (prácticos) enfocando gran atención a las conductas que sin ser delitos eran sancionados como tales, o bien como delitos atenuados; estas conductas que tenían la intención de llegar a la consumación de un delito, pero que no -- llegaban fueron denominados "conatus", es decir, lo querido y no logrado (tentativa), figura que desde su aparición ha desatado -- cuestionamientos en relación a su existencia, definición, naturaleza jurídica y sobre su punibilidad. Problemáticas que nos han -- llegado, ya que dicha figura se encuentra plasmada en nuestro ordenamiento penal; y en relación a la práctica judicial no hay criterio unanime que justifique su existencia y demás planteamientos mencionados sin que hayan sido resueltos en forma satisfactoria; -- como se apreciará en el desarrollo del presente trabajo.

Con la exposición anterior, queda justificada la -- denominación del presente trabajo (Breve Analisis Jurídico sobre-

la Tentativa), el cual consta de cuatro capítulos; en el primero de ellos denominado "Del Iter-Criminis", analizamos en forma sintética y sistemática cuales son las etapas del camino del delito, que momentos pertenecen a la esfera subjetiva y cuales a la objetiva, es decir, se estudia desde la ideación a la consumación y al agotamiento, dedicando gran parte del capítulo a -- los criterios más destacados que tratan de explicar cual es la diferencia entre actos preparatorios y actos ejecutivos, punto que consideramos de suma importancia ya que es la base para determinar cuando estamos ante la figura de la tentativa. En -- igual forma, se exponen las críticas que se han formulado a las teorías que pretenden señalar o indicar en forma tajante que acto es preparatorio y cual es ejecutivo.

En la segunda parte del presente trabajo, denominada "De la Tentativa" es dedicado al estudio de la tentativa - abarcando los antecedentes, desde el derecho romano hasta el derecho contemporáneo, para posteriormente introducirnos en los - antecedentes nacionales a partir de la época independiente; en -- igual forma, se analizan cuantas clases de tentativa existen, - ya que entre la teoría bipartita y la tripartita existe confu--sión respecto de lo que la segunda corriente (tripartita) denomi--na delito frustrado; se analiza el concepto de tentativa, cua--les son los elementos que la integran; se estudia a las figuras del arrepentimiento, desistimiento y arrepentimiento post-fac--tum, las cuales tienen algunas semejanzas con la tentativa. Tam--bién analizamos el concepto de tentativa plasmado en nuestro ordenamiento penal; al final del presente capítulo se plasman los criterios más sobresalientes, referentes a su naturaleza jurfdica.

En el tercer capítulo denominado "De la Punibilidad y algunas Hipotesis", se exponen algunos de los criterios - que pretenden fundar o justificar la punibilidad de la tentativa, analizando a la luz de dichos criterios los preceptos de --

nuestro ordenamiento penal que señalan las penas aplicables en caso de tentativa, emitiendo nuestra opinión sobre la corriente que acoge nuestro Código Penal. Por otra parte, analizamos que delitos pueden admitir tentativa y que delitos no, para lo cual nos permitimos hacer una clasificación en forma sistemática; para finalizar con dicho capítulo, son estudiados los delitos de disparo de arma de fuego y ataque peligroso (artículo 306 fracciones I y II), que en realidad son tentativas tipificadas.

Por último y para culminar con el presente trabajo, tenemos el cuarto capítulo, que se refiere al análisis de la jurisprudencia y ejecutorias emitidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en relación a la doctrina, permitiéndonos hacer algunos comentarios.

Con el presente trabajo, no pretendemos resolver las problemáticas existentes en la teoría del *Iter-Criminis*, en especial de la figura de la tentativa, sino únicamente analizamos a ésta a la luz de los diversos criterios y corrientes existentes en la Ciencia Penal, haciendo algunos comentarios y advirtiendo los puntos más discutidos en la doctrina, proponiendo siempre una solución, la cual esperamos sea de alguna utilidad para nuestros compañeros y sirva de motivación para que expongan y apliquen sus criterios en la práctica judicial y con ello tratar de mejorar la impartición de justicia.

Ciudad Universitaria, enero de 1990.

CAPITULO PRIMERO

DEL ITER-CRIMINIS (CAMINO DEL DELITO)

1. N O C I O N .

De los prácticos* en adelante, toda la teoría de la tentativa gira en torno al concepto del iter criminis, surge la célebre definición de Alciato: Aliud crimen, aliud conatus; hic in itinere illud in meta est (una cosa es el crimen y otra el conato; éste está en el camino; aquél en la meta). Todos los delitos, menos los llamados instantáneos, que perficiuntur único actu; tienen un desenvolvimiento propio, ya que la acción en la cual consisten, se descompone en una cantidad de actos que constituyen otras etapas del proceso criminoso. Sólo en estos delitos que tienen un iter, un camino, se puede hablar de la tentativa (1). En tal sentido, es incuestionable que al tratar de realizar un breve análisis jurídico sobre la tentativa, como trataremos de hacerlo en el desarrollo de este trabajo, es necesario dar un panorama de como se integra el iter criminis, o sea, el camino del delito. Empezaremos a enunciar algunas nociones de diferentes juristas sobre lo que debe de entenderse por iter criminis.

Franco Sodi señala que "bajo la designación de iter criminis se entiende, conforme a la opinión dominante, el camino que sigue el delito desde que nace o aparece como idea en la mente humana, hasta el instante en que se consuma totalmente" (2) el maestro Castellanos Tena, refiriéndose al iter criminis nos indica: "el delito se desplaza a lo largo del

* Se le dió ese calificativo a los juristas Italianos de los siglos XIII al XVII.

(1) MAGGIORE GIUSEPPE, Diritto Penale II, Trad. Ortega T., Ed. Temis, Bogotá 1972, Pág. 69.

(2) FRANCO SODI, Nociones de Derecho Penal, Ed. Botas, México, 1940, Pág. 97.

tiempo, después de que apunta como idea o tentación en la mente; hasta su terminación, recorre un sendero o ruta desde su -- iniciación hasta su total agotamiento" (3); por su parte el jurista chileno Novoa Monreal señala: "la realización de un hecho delictuoso tiene normalmente un desarrollo progresivo que comienza con la idea de ejecutarlo, que nace en el sujeto activo y que concluye con su total consumación material, en plena conformidad con las exigencias del tipo correspondiente" (4); por último enunciamos la idea que nos da Fontán Balestra, quien opina que: "el hecho delictuoso se genera en la mente del autor y se exterioriza en actos, hasta llegar al total agotamiento del delito. Este proceso psicofísico es denominado, desde la época de los 'prácticos' iter criminis" (5).

Por nuestra parte, nos atrevemos a decir que debe de entenderse por iter criminis o camino del delito, el proceso de generación de un delito, el cual se inicia en la mente del posible delincuente, como una simple idea para culminar de manera objetiva con la consumación, pasando por una serie de momentos en ese trayecto.

2. FASES DEL ITER CRIMINIS.

"Si consideramos el delito desde el punto de vista dinámico, es decir, en su devenir descubrimos que no aparece improvisadamente, como Minerva de la cabeza de Júpiter, sino -- que se realiza en el mundo exterior pasando normalmente por distintas fases" (6), "desde este punto de vista, (generalmente se

- (3) CASTELLANOS TENA, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Ed. Porrúa, México 1984, Pág. 275.
- (4) NOVOA MONREAL, Curso de Derecho Penal Chileno, Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile 1966, Pág. 125.
- (5) FONTAN BALESTRA, Tratado de Derecho Penal II, Parte General, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1966, Pág. 356.
- (6) ANTOLISEI FRANCESCO, Manuale di Diritto Penale, Trad. Del - Rosal y Angel Torino, Ed. Uteha, Argentina 1960, Pág. 341.

se habla al respecto del iter criminis) es preciso distinguir dos momentos: el de ejecución (entendida en sentido amplio y el de consumación, que en los delitos dolosos aparecen precedidos por el momento de la ideación, o sea, por la fase en que el delito se concibe" (7).

De la idea anterior se desprende que Antolisei -- acepta tres fases en el iter criminis que son: ideación, ejecución y consumación se aclara que estas tres fases las señala para los delitos dolosos, y unicamente la ejecución y la consumación, será para los delitos culposos, en tal sentido, se observa que a la ideación la ubica como toda una fase, que es la interna, olvidándose de los otros momentos; por lo que respecta a la ejecución y la consumación, les asigna una fase a cada momento, cuando dichos momentos pertenecen a la esfera exterior, sin en cambio él hace alusión a los actos preparatorios.

Por su parte Zaffaroni señala "el 'iter criminis' desde el surgimiento de la idea criminal hasta el agotamiento del delito, hay una serie de etapas en la realización del mismo, cabe distinguir las siguientes: concepción, decisión, preparación, comienzo de ejecución, culminación de la acción típica, acontecer del resultado, agotamiento del hecho... no todas estas etapas son punibles, no lo son, en principio, aquellas que acontecen en el fuero interno del sujeto, aunque se exteriorizan en una mera manifestación de propósitos" (8); por su parte Fontán Balestra apunta "en este espacio que va desde la idea de la consumación, se distinguen cuatro etapas: a) la idea; b) los actos preparatorios; c) los actos de ejecución; d) consumación" (9).

De las citas anteriores, se desprende que dichos autores señalan los momentos integrantes de iter criminis sin -

(7) ANTOLISEI FRANCESCO, Ob. Cit., Pág. 341.

(8) ZAFFARONI EUGENIO R., Teoría del Delito, Ed. Ediar, Buenos Aires 1973, Págs. 671 y 672.

(9) Ob. Cit., Pág. 356.

precisar cuales momentos pertenecen a la fase interna y cuales a la fase externa, aunque el primero de los autores hace alusión a un "fuero interno" el cual no es punible.

Por su parte el tratadista Luis Carlos Pérez hace manifiesta su adhesión al criterio de Roux, al hacer mención de las fases que integran el iter criminis, indica "siguiendo una orientación común, se dice, que el proceso objetivo del delito se integra por: a) la fase oral; b) los actos preparatorios; -- c) la tentativa o comienzo de ejecución; d) la fase consumativa" (10).

De la opinión del autor antes citado, se le hace la misma crítica, en el sentido de que tampoco señala la existencia de la fase interna y unicamente se refiere a la fase objetiva, también se hace notar que considera como momento integrante de la esfera objetiva a "la tentativa o comienzo de ejecución" y posteriormente señala la fase consumativa; con esto se observa la clara contradicción en que incurre el autor citado, en la lógica, de que si hay tentativa no puede existir la consumación, ya que al presentarse la primera, podriamos decir que, se trunca el camino del delito y por lo tanto no hay consumación.

Refiriéndose al punto en cuestión, es decir, a las fases que integran el iter criminis, expone Jiménez de Asúa lo siguiente: "el iter criminis supone la investigación de las fases por las que pasa el delito, desde la ideación hasta el agotamiento. Todo lo que ocurre desde que la idea nace en la mente del criminal hasta el agotamiento del delito, esto es, todo lo que pasa desde que la idea entra en él hasta que consigue el logro de sus afanes, tiene dos fases fundamentales: interna y externa -sigue exponiendo el autor citado- en puridad, no existen más que estas dos fases; pero estudiándolas concienzudamente, interfieren entre ellas, otras dos intermedias: las resolu-

(10) PEREZ LUIS CARLOS, Tratado de Derecho Penal I, Ed. Temis, Bogotá 1967, Pág. 615.

ción manifestada y el delito putativo. En la primera no existe todavía la fase externa porque no se trata de actos materiales, más que de una acción expresiva de resolución (proposición, --conspiración y provocación). Tampoco en los casos de delito putativo hay una exteriorización del propósito de delinquir porque el delito sólo lo es en la mente del autor; uno de ellos, -- el más importante es el caso conocido en la doctrina como -- -- 'error al revés' --añade el jurista español-- en la fase interna actualmente impune y la externa existen varias zonas intermedias y de ellas, dos principalmente merecen un examen detenido. La resolución manifestada ha sido objeto de estudio sobre tres formas conocidas en Francia: la proposición, la conspiración y el complot; pero nosotros descartaremos la última porque el --complot no es más que un modo de conspiración" (11).

La opinión del maestro Jiménez de Asúa, nos parece confusa, en el sentido de que señala la existencia de dos --fases intermedias, y por último, asienta que entre la fase interna y la externa existen varias zonas intermedias, en tal --sentido no sabemos si en realidad existen dos o varias zonas --intermedias, por otra parte, no explica la razón para llamar --las "zonas intermedias".

Hasta el año de 1963 el maestro Pavón Vasconcelos, se adhería al criterio que sustentaba el jurista español Jiménez de Asúa, en el sentido de que señalaba la existencia de fases intermedias; actualmente el maestro Pavón Vasconcelos enseña "tradicionalmente distingánsen el iter criminis (camino del delito), la fase interna de la externa, llamadas también --subjetiva y objetiva..., por tal razón no compartimos la --idea expresada por Jiménez de Asúa, de colocarla en la zona --intermedia entre las fases interna y externa" (12), ésto últi-

(11) JIMENEZ DE ASUA, La Ley y el Delito, Ed. Hermes, México - 1986, Págs. 459 y 464.

(12) PAVON VASCONCELOS, Breve Ensayo sobre la Tentativa, Ed. --Porrúa, México 1964, Págs. 9 y 11.

mo lo señala al referirse a la ubicación de la "resolución manifestada".

El maestro de Pisa al respecto ha señalado "todo delito supone una acción externa; y las acciones externas se componen en diversas fases físicas, así las internas se componen de diversas fases morales" (13); por su parte el profesor Carranca y Trujillo indica: "en el iter criminis, o sea, según los prácticos italianos del siglo XIII en adelante, el camino que recorre el delincuente para dar vida al delito, pueden advertirse en dos fases: interna o psíquica y la externa o física. En la vida del delito concurren una actividad mental y una muscular" (14). A su vez Maggiore ha dicho: todo delito tiene una historia que se desarrolla a través de dos fases, una interna y subjetiva, externa y objetiva la otra" (15).

Refiriéndose a las fases que integran el iter criminis, Frías Caballero ha anotado: "estudiamos el iter criminis en su acepción clásica. El delito recorre un camino que tiene su partida en un acto interno. De aquí el estudio de dos fases: interna y externa... el iter criminis supone la investigación de las fases por las que pasa el delito, desde la ideación hasta el agotamiento del delito, ésto es, todo lo que pasa desde que la idea entra en él hasta que consigue el logro de sus afanes tiene dos fases fundamentales: interna y externa" (16).

El maestro Celestino Porte Petit C. en sus cátedras ha enseñado de manera acertada, que las fases que integran el iter criminis son dos: la fase subjetiva o interna y la fase --

(13) CAPRARA FRANCESCO, Programma di Diritto Criminale dettato nella Regia Università di Pisa, Trad. Ortega Torres, Ed. Temis, Bogotá 1971, Parágrafo 345.

(14) CARRANCA Y TRUJILLO, Derecho Penal Mexicano Parte Gral. -- Ed. Porrúa, México 1982, Pág. 639.

(15) Ob. Cit. Pág. 69.

(16) FRIAS CABALLERO, El Proceso Ejecutivo del Delito, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires 1956, Págs. 16 y 17.

objetiva o externa, negando la existencia de algunas otras zonas a la que hacen alusión algunos estudiosos, criterio con el cual estamos de acuerdo.

De igual manera sostienen el criterio, de que el iter criminis se integra de dos fases, una interna o subjetiva y la otra externa u objetiva, los penalistas tales como Abarca (17), Cuello Calón (18), Del Rosal (19), Franco Sodi (20), Herrera Gutiérrez (21), Malo Camacho (22), Novoa Monrreal (23), - García Ramírez (24), entre otros.

3. FASE SUBJETIVA O INTERNA

Una vez que hemos señalado que el iter criminis se integra de dos fases, que son la fase interna y la fase externa, pasaremos a analizar qué momentos integran cada una de éstas. - Abordando en este rubro a la fase interna o subjetiva.

"En esta primera fase sólo pueden interesar a la - conciencia moral y religiosa, como tentación o pecado de pensamiento. Para reprimirlos sólo están llamados el sentimiento del deber y Dios (nemo inducas in tentationem) (no nos dejes caer en la tentación). De simple idea, el delito se convierte en voluntad y deliberación (voluntas sceleris) (voluntad delictiva). Por eso la iglesia enseña que el pecado actual se comete con -- pensamiento, palabras, obras y omisiones" (25).

- (17) ABARCA RICARDO, El Derecho Penal en México, Ed. Jus, México 1941, Pág. 369.
- (18) CUELLO CALON, Derecho Penal T. I, Ed. Bosch, Barcelona - - 1971, Pág. 605.
- (19) DEL ROSAL JUAN, Derecho Penal Español T. II, Madrid 1959, Pág. 94.
- (20) Ob. Cit., Pág. 97.
- (21) HERRERA GUTIERREZ, Los Grados en la Vida del Delito, Revista "CRIMINALIA", Vol. VIII, México 1942, Págs. 503 y 504.
- (22) Ob. Cit., Pág. 26.
- (23) Ob. Cit., Págs. 125 y 126.
- (24) GARCIA RAMIREZ, Derecho Penal Ed. UNAM, México 1983, Pág. 36.
- (25) MAGGIORE GIUSEPPE, Ob. Cit., Pág. 70.

De la cita anterior Maggiore acepta que la primera fase del iter criminis, es decir, la fase subjetiva se integra por la idea, la voluntad y la deliberación. Al respecto Antolisei, indica "la fase de la ideación, se desenvuelve en la interioridad de la psique del reo y culmina con la resolución delictiva" (26).

Por su parte el maestro Carranca y Trujillo, refiriéndose a los momentos que integran la fase subjetiva, ha indicado "a la primera pertenece la idea criminosa, motivo de liberación y resolución" (27).

De los momentos que para el maestro Carranca y Trujillo, integran la fase en estudio, nosotros no haremos alusión a "el motivo", ya que tendríamos que analizar si el sujeto se -- determina por sí mismo, es decir, si existe el libre albedrío, o bien, si existen causas o motivos que lo determinan y que lo conducen a la delincuencia.

Al respecto Jiménez de Asúa dice "la fase interna sólo existe mientras el delito, encerrado en la mente del autor, no se manifestó exteriormente... surge primero lo que los escolásticos llamaban la tentación. La idea de delinquir aparece en una resolución criminal" (28). Refiriéndose al punto de estudio, Cuello Calón ha afirmado "en el desarrollo del delito (iter -- criminis de los antiguos prácticos) hay que distinguir momentos de diversa índole, unos de índole interna (como la deliberación, la voluntad, la intención, la resolución de cometer el delito)" (29); por último nos permitimos dar la idea del jurista Franco-Sodi quien afirma "en la fase interna del iter criminis encontramos: a) la idea delictuosa... b) deliberación... c) la intención y voluntad de delinquir. Esta fase interna no es punible,-

(26) Ob. Cit., Pág. 341.

(27) Ob. Cit., Pág. 639.

(28) Ob. Cit., Pág. 459.

(29) Ob. Cit., Pág. 605.

pues el sólo pensamiento escapa, por una parte a la represión - y, por otra, no causa daño alguno ni a los particulares, ni a la sociedad" (30).

De las citas anteriores se desprende que en la mayoría de los autores que tratan el tema no existe mucha variación en lo referente al punto en cuestión.

Por nuestra parte nos limitaremos a decir, que la fase interna o subjetiva del iter criminis se integra por tres momentos que son: a) la ideación, b) la deliberación y c) la resolución; con éste último momento queda integrada la primera fase; dicho momento puede quedar en la mente del sujeto y nunca exteriorizarse, no teniendo trascendencia penal, por eso acertado es el principio "Cogitationem poenam nemo patitur" del juris consulto romano Ulpiano, el cual fue recogido en el libro Segundo de la Séptima Partida del título 31.

De igual manera señalan la no punibilidad de la fase subjetiva, basados en el principio del jurisconsulto romano-Ulpiano; Carranca y Trujillo (31), Antolisei (32), Fontán Balestra (33), Novoa Monrreal (34), Zaffaroni (35), Garfía Ramírez -- (36), entre otros.

Una vez que hemos señalado cuales son los momentos que integran la fase subjetiva o interna del iter criminis, trataremos de dar una idea de cada uno de los momentos enunciados.

a) IDEACION.

En esta primera fase, refiriéndose a la ideación,-

- (30) Ob. Cit., págs. 97 y 98.
 (31) Ob. Cit., pag. 639.
 (32) Ob. Cit., Pág. 341.
 (33) Ob. Cit., Pág. 356.
 (34) Ob. Cit., Pág. 125.
 (35) Ob. Cit., Pág. 672.
 (36) Ob. Cit., Pág. 36.

Maggiore opina que "sólo puede interesar a la conciencia moral y religiosa, como tentación o pecado de pensamiento. Para reprimirlo sólo estan llamados el sentimiento del deber y Dios - (nemos inducas in tentationem) (no nos dejes caer en la tentación)" (37), o bien como lo enuncia Jiménez de Asúa "la idea de delinquir aparece en la mente del sujeto. Este puede rechazarla o no" (38).

Por su parte Franco Sodi ha acentado: "la idea delictuosa que se presenta como reacción de un estímulo del mundo exterior" (39). Necesario es decir y recalcar, nuevamente - que la idea criminosa, o la que algunos autores señalan que -- aparece como una "reacción" o "estímulo", no es materia del punto en estudio y dicha cuestión, pensamos, que debe de ser - analizada cuando se estudia al delincuente, según la escuela - penal a la que uno se apegue, ya sea la clásica o la positivis- ta.

Por su parte Pavón Vasconcelos, refiriéndose a la ideación manifiesta, "que este momento se produce al surgir - en la mente del sujeto la idea de cometer un delito y que puede ser rechazada en forma definitiva, o bien, quedar suprimida en un principio y surgir nuevamente esta idea, iniciando la deliberación" (40).

Por nuestra parte señalamos que con la ideación - inicia la fase subjetiva, siendo el momento en el cual el suje- to (que puede ser delincuente) crea la idea y forma de como -- realizar una conducta delictiva y posteriormente delibera.

B) DELIBERACION.

(37) Ob. Cit., Pág. 69.

(38) Ob. Cit., Pág. 469.

(39) Ob. Cit., Pág. 97.

(40) PAVON VASCONCELOS, Manual de Derecho Penal Mexicano, Ed. - Porrúa, México 1984, Pág. 435.

"De simple idea, el delito se convierte en voluntad y deliberación" (41), "por ésta, se entiende el proceso - - psíquico de lucha entre la idea criminosa y aquellos factores - de carácter moral o utilitarios que pugnan contra ella. Entre el momento que surge la idea criminal y su realización puede -- transcurrir un corto tiempo o un intervalo mayor, según sea el ímpetu inicial de la vida y de la calidad de lucha desarrollada en la psique del sujeto" (42), es decir, a la idea "le sigue -- una deliberación, que pondera las ventajas y los inconvenientes que a la realización del hecho puede significar" (43), o como dice Jiménez de Asúa "el sujeto ya delibera. Piensa en el pro y en el contra" (44). Por su parte el maestro Franco Sodi refiriéndose a la deliberación entiende como tal "a la lucha entre la idea criminal y las fuerzas inhibitorias, lucha que, si son vencidas las últimas, tiene como resultado, la intención" (45).

Consideramos que la noción de deliberación dada -- por los diversos autores que fueron citados no existe mucha diferencia, en tal sentido manifestamos que entendemos por deliberación el momento en el cual el sujeto, una vez que ha ideado - y en su mente existe la idea criminal, éste enfrentará sus principios morales, religiosos y/o éticos para tomar una resolución y realizar o no la conducta delictiva que se propone.

c) DECISION O RESOLUCION.

"A la deliberación le sucede la resolución de cometer el delito, si el sujeto no rechaza la tentación" (46), es - decir, "una vez que el sujeto ha deliberado y si las fuerzas --

(41) MAGGIORE GIUSEPPE, Ob. Cit., Pág. 70.

(42) PAVON VASCONCELOS, Manual, Ob. Cit., Págs. 435 y 436.

(43) NOVOA MONREAL, Ob. Cit., Pág. 125.

(44) Ob. Cit., Pág. 459.

(45) Ob. Cit., Pág. 98.

(46) NOVOA MONREAL, Ob. Cit., Pág. 125.

morales inhibitorias son vencidas, se tiene la intención y voluntad de delinquir" (47); y Jiménez de Asúa apunta "de esta de liberación puede salir de nuevo rechazada la idea. Pero puede determinar una resolución criminal que aún no manifestada exteriormente es capaz de sufrir dos procesos: uno quedar anulada en el agente, otro, salir de él" (48).

Cabe aclarar que en cuanto a la idea que da el - - maestro Franco Sodi, la intención viene aparejada desde el momento que hay ideación; por otro lado, la idea que nos da el - jurista Novoa Monreal, es de cuestionar, ¿en el momento que el sujeto rechaza la tentación no habrá resolución?, pensamos que si, esto lo confirma Jiménez de Asúa cuando señala la resolu- - ción, que aún no manifestada es capaz de sufrir dos procesos.

El maestro Pavón Vasconcelos al respecto ha señala do "pero si éste -refiriéndose al sujeto- persiste en la idea - criminoso, después de haberse agotado el conflicto psíquico de la deliberación, se ha tomado ya la resolución de delinquir" -- (49), finalmente, refiriéndose a la resolución, Malo Camacho ha dicho "que es el tercer momento, por su parte, implica la adopción a una respuesta a la deliberación anterior, respuesta que habrá de operar con la base para el inicio de la actividad a -- partir de ese momento exteriorizada" (50).

Nosotros consideramos que la resolución es el momento que le sucede a la deliberación, mismo que puede ser de - dos formas: a) el sujeto decide no realizar la conducta delictiva, es decir, abandona la idea criminoso o b) el sujeto decide -realizar la conducta delictiva ideada, quedando agotada con este momento la fase interna o subjetiva del iter criminis.

(47) FRANCO SODI, Ob. Cit., Pág. 98.

(48) Ob. Cit., Págs. 459 y 460.

(49) Manual, Ob. Cit., Pág. 436.

(50) MALO CAMACHO, Tentativa del Delito, Ed. UNAM, México 1971, Pág. 27.

4. FASE OBJETIVA O EXTERNA

Como lo apuntamos anteriormente con la resolución queda agotada la fase interna del iter criminis; por lo que ahora pasaremos al estudio de la segunda fase de éste, es decir, - al estudio de la fase objetiva o externa, la cual consideramos la más importante ya que en ésta existe trascendencia jurídica desde el momento de que se afectan, o bien, se pueden afectar - los bienes jurídicos tutelados por la ley.

Jiménez de Asúa al referirse a la fase externa ha señalado que "ésta ya se manifiesta y sale a la luz por actos - incluso de preparación, agregando, que interfieren entre la fase interna y la fase externa fases intermedias, enunciando a la resolución manifestada y al delito putativo, y afirma, que - en la resolución manifestada no existe fase externa, pero posteriormente indica, que la manifestación de voluntad presupone -- que el individuo ha salido de lo interno, por último asienta, - que la fase externa se inicia con actos de preparación (51).

De la noción dada por el jurista español se observa las contradicciones en las que incurre, ya que señala que - la fase externa se manifiesta por actos incluso de preparación, dando a entender con ello, que se puede manifestar de otra manera, y lo afirma al decir que la manifestación de la voluntad -- presupone que el individuo ha salido de lo interno.

Bernaldo de Quiróz se limita a decir "la segunda - fase se denomina 'actos externos' que se subdividen en actos -- preparatorios y actos de ejecución" (52), criterio semejante lo señala Sebastian Soler (53) y Gustavo Malo Camacho (54).

(51) Ob. Cit., Pág. 459.

(52) BERNALDO DE QUIROZ, Derecho Penal Part. Gral., Ed. Cajica, Puebla México, Pág. 102.

(53) SOLER SEBASTIAN, Derecho Penal Argentino, Ed. Argentina, - Buenos Aires 1956, Pág. 223.

(54). Ob. Cit., Pág. 26.

Por su parte el jurista chileno Novoa Monreal opina "... en la segunda fase, externa y objetiva, el sujeto que -- tiene resuelto cometer un delito empieza a dar los pasos necesarios para llegar al fin propuesto. Con ello su propósito delictuoso se proyecta ya en el mundo exterior. Algunos de los actos de que se vale para cumplirlo estan distantes de la consumación misma pero gradualmente se van acercando a ésta con actos más -- próximos y directos hasta que llega finalmente a su meta" (55).

A efecto de saber como se integra la fase objetiva del iter criminis, Guillermo Sauer da su opinión (56), la -- cual nos permitimos concretar en el siguiente cuadro sinóptico:

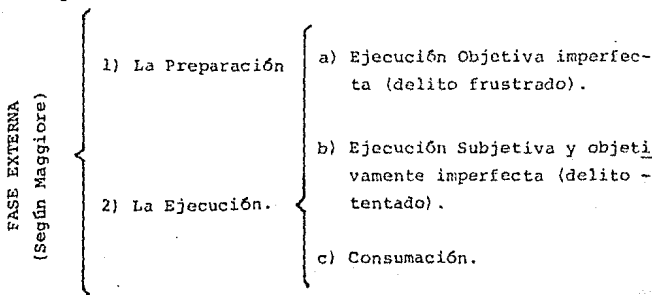
FASE EXTERNA (según Sauer)	a) Actos Preparatorios	1) Preparaciones más lejanas.
		2) Preparación más próxima.
	b) Ejecución del hecho concreto. (conducta ejecutiva en sentido amplio).	1) Principio de ejecución. (tentativa).
		2) Conducta ejecutiva stricto sensu (consumación).
e) Fin de la ejecución. (propósito o meta).		

A su vez el jurista italiano Maggiore ha dicho -- "una vez que el pensamiento criminoso sale del momento interno -- y se proyecta en el mundo exterior encontramos en el proceso ejecutivo del delito. Lógicamente hablando todo lo que sigue al pensamiento criminoso es ejecución. Pero la doctrina y la ley --

(55) Ob. Cit., Pág. 125.

(56) SAUER GUILLERMO, Allgemeine Strafrechtslehre, Trad. del Rosal y José Cerezo, Ed. Bosh, Barcelona 1956, Pág. 164 y -- 165.

han subdividido este proceso ejecutivo en varios períodos o momentos, que van desde el principio hasta el agotamiento del delito" (57), en igual forma, nos permitimos sistematizar los momentos que señala el autor citado:



Al respecto el tratadista español Luis Carlos Pérez al referirse a la fase externa, y siguiendo a Roux, tal como lo manifiesta, integra dicha fase con "los actos preparatorios, la tentativa o comienzo de ejecución y la fase consumativa" (58), Cuello Calón afirma "los momentos externos de la vida o desarrollo del delito son: la preparación, la tentativa y la consumación" (59) y de igual manera Puig Peña (60) señala un criterio semejante.

De los autores antes citados consideramos que no supieron precisar su opinión, o bien, la misma es equivocada, pues debieron hacer hincapié y señalar que la tentativa puede darse en la fase en estudio, es decir, en la fase objetiva y no señalarla como un momento integrante de esta fase, ya que, al presentarse la tentativa, queda truncado el camino del delito, o sea, en la tentativa no se da la consumación del delito, por-

(57) Ob. Cit., Pág. 70.

(58) Ob. Cit., Pág. 615.

(59) Ob. Cit., Pág. 605.

(60) PUIG PEÑA F., Derecho Penal II, Ed. Nauta, S. A. Barcelona 1959, Pág. 207.

tal razón, no se puede hablar de momento sucesivos, ésto es, - tentativa y consumación.

El jurista Franco Sodi Carlos, refiriéndose a la - fase exterior, misma que él la denomina "acción física", afirma que "se integra de cuatro momentos los cuales son: manifesta--- ción de ideas, actos preparatorios, actos ejecutivos y actos de consumación" (61). Así también lo señalan los juristas mexica-- nos Raúl Carranca y Trujillo (62) y Castellanos Tena, éste últi-- mo afirma "con la manifestación principia la fase externa, la - cual termina con la consumación" (63).

Por nuestra parte manifestamos que la segunda fase del iter criminis, es decir, la fase exterior u objetiva, se in-- tegra por los siguientes momentos: a) manifestación de la reso-- lución, b) actos preparatorios, c) actos ejecutivos y d) consu-- mación, aclarando que dicha fase no siempre se inicia con la ma-- nifestación de la resolución, ya que el sujeto activo no siem-- pre manifiesta la idea criminal que se propone realizar, concre-- tándose a realizar los actos preparatorios, en tal sentido la - fase en estudio se puede iniciar con la manifestación de la re-- solución, o bien, con los actos preparatorios. Cabe hacer men-- ción que algunos penalistas como son Guillermo Sauer (64) y Be-- tiol (65) consideran como momento que integra a la fase exte--- rior al agotamiento, momento que para algunos autores lo denomi-- nan "consumación material", entre ellos destacan Hans Welzel -- (66) y Raúl F. Zaffaroni (67), explicando que con el agotamien-- to, el sujeto activo logra el fin propuesto, o sea, la consuma-- ción del delito. Consideramos acertada la opinión del jurista-- italiano Silvio Ranieri en el sentido de "considerar al agota--

(61) Ob. Cit., Pág. 97.

(62) Ob. Cit., Pág. 640.

(63) Ob. Cit., Pág. 275.

(64) Ob. Cit., Pág. 165.

(65) BETTIOL GIUSEPPE, Diritto Penale, Trad. Pagano José León, Ed. Temis, Bogotá 1965, Pág. 468.

(66) WELZEL HANS, Das Duetsche Strafrecht, Trad. Bustos Ramírez y Yáñez Pérez, Ed. Jurídica de Chile, Chile 1970, Pág. 260

(67) Ob. Cit., Pág. 678.

miento como momento posterior a la realización del delito" (68), es decir, con la consumación se agota para nosotros el iter criminis; en tal sentido, nos permitimos esquematizar la fase externa u objetiva del iter criminis de la siguiente manera:

FASE EXTERIOR

- a) Manifestación de la resolución.
- b) Actos preparatorios.
- c) Actos ejecutivos.
- d) Consumación.

Una vez que hemos señalado cuales son los momentos integrantes de la fase objetiva o externa del iter criminis trataremos de dar una noción de cada momento; primeramente daremos a conocer algunas opiniones de distinguidos penalistas de lo -- que ellos entienden por cada uno de esos momentos.

a) MANIFESTACION DE LA RESOLUCION.

Como hemos indicado, la fase exterior del iter - - criminis en algunas ocasiones se inicia con la manifestación de resolución, refiriéndose a ésta, Zaffaroni manifiesta: "no todas las etapas del iter criminis son punibles, no son punibles las que acontecen en el fuero interno aunque se exterioricen en una mera manifestación de propósitos. Ello obedece al elemental principio de cogitationis nemo patitur" (69); "es sólo reprimible excepcionalmente, ya que el agente expone sus intenciones.- En otros términos, por las amenazas proferidas públicas o privadamente" (70).

(68) Ob. Cit., Pág. 40.

(69) Ob. Cit., Págs. 671 y 672.

(70) PEREZ LUIS CARLOS, Ob. Cit., Pág. 616.

Consideramos que la manifestación de resolución es un momento que pertenece a la fase objetiva, momento en el cual el sujeto exterioriza de manera oral la intención o finalidad - de cometer algún delito, es decir, en el momento en el cual mediante la palabra el individuo exterioriza su idea criminal y - dicho momento excepcionalmente es punible.

Hemos señalado que la manifestación de resolución - excepcionalmente es punible, con esto no pretendemos decir que la Ley tenga un precepto que señale una pena para este momento, sino que de estas manifestaciones de resolución, el legislador - crea delitos y les asigna una pena, pero ¿porqué se pena este momento? responde Sauer "en general se inclina la legislación y - la jurisprudencia en hacer retroceder ampliamente la frontera - de la tentativa, por motivos políticos... cuando más valioso es el bien protegido y reprochable la voluntad, tanto más sube también la peligrosidad concreta propia de la tentativa y se des- - plaza hacia atrás con ello el 'principio de la ejecución'" (71).

Nosotros opinamos, que efectivamente el legislador por motivos políticos sanciona excepcionalmente a la manifestación de resolución delictiva, ya que de esta manera se protegen bienes de suma importancia del Estado o de los particulares. -- Sin embargo pensamos que no es correcto hablar de un retroceso - de la frontera de la tentativa, desplegándose con ello el "prin - cipio de ejecución", ya que a cada momento se le asigna un a lu - gar en el Iter Criminis, por tal razón un momento diverso (ma - nifestación de resolución) no puede ocupar el lugar de otro - - (principio de ejecución), sino que a estas manifestaciones de - resolución se les da el rango de delitos (delitos sui generis) - y por lo tanto se les asigna una pena, aunque en estricto rigor jurídico y por sus características propias no es correcto lla - marlos delitos.

(71) Ob. Cit., Pág. 116.

El jurista español Jiménez de Asúa ha dicho "que - la resolución manifestada es una zona intermedia entre la fase-subjetiva y la fase objetiva y señala como formas de manifestación de la resolución a la proposición, conspiración y a la provocación, afirmando que en Francia hay tres formas de manifestación de resolución que son conocidas como la proposición, la --conspiración y el complot, pero para el autor citado el complot es un modo de conspiración" (72). En nuestra legislación, como-señalamos, excepcionalmente se sanciona la manifestación de la-resolución, con ésto no pretendemos decir que el Código Penal - señale que dicha resolución se castigará o sancionará con una - determinada pena, sino que el legislador crea de este momento - delitos en particular, y dichos delitos, o mejor dicho, manifes-taciones de resolución elevadas a rango de delito, las podemos-encontrar plasmadas en los artículos 125, 130, 131, 135 frac---ción I, 141, 191, 209 y 282 de nuestro Código Penal vigente.

b) ACTOS PREPARATORIOS.

La primera noción aparece en el tiempo de los prác-ticos para ellos los actos preparatorios son los actus remotus, tal como lo señala Guillermo Sauer al decir "actos preparato---rios: a) preparaciones más lejanas (comprar el arma de fuego, -procurarse el instrumento de robo), b) preparaciones más próxi-mas (dirigirse al lugar del hecho)" (73); por su parte el maes-tro de Pisa afirma: "son preparatorios de modo absoluto los ac-tos en que falta por completo el carácter de principio de ejecu-ción, de manera que aún cuando las declaraciones del sindicado-demuestren como cierto que estaban dirigidos a un delito, sin -embargo, no pueden castigarse como tentativa sin cometer injusticia, por razón de un defecto que esta en su naturaleza, éstos- es, falta de todo comienzo de peligro actual.

(72) Ob. Cit., Págs. 459 y 464.

(73) Ob. Cit., Pág. 164.

En cambio son preparatorios de manera contingente o condicional los actos que respecto de terminada intención -- del agente pueden tener índole de comienzo de ejecución del delito y pueden ofrecer un principio de peligro actual pero que muy a menudo deben de considerarse como meramente preparatorios por la carencia de la univocidad, y dejarse impunes, porque no se tiene la certeza de que tenderían a un delito.

Pero los actos externos que no constituyen tentativa punible, porque son meramente preparatorios pueden ser tales o de modo absoluto o de manera contingente que es decir -- "condicional" (74).

Por su parte Antolisei siguiendo la enseñanza de los maestros clásicos ha acentado "los clásicos italianos consideraron inicialmente que para llegar a una discriminación entre unos y otros, debía de atenderse a la dirección del acto. En tanto que ésta es equívoca, o sea, el conato que puede conducir a un delito o a un hecho lícito o indiferente, el acto es meramente preparatorio" (75). Como se observa los autores -- antes citados dan una noción de acto preparatorio basado en el criterio de la equivocidad, teoría formulada y desarrollada de manera brillante por Carrara, aunque, posteriormente como veremos, abandonó dicho criterio; adoptan el criterio de la equivocidad también; Abarca (76), Cuello Calón (77), Franco Sodi -- (78), Pavón Vasconcelos (79), entre otros.

Por otro lado los almacenes también han creado su -- concepto de actos preparatorios; enseña Beling "para comprender el significado del 'principio de ejecución' debe tenerse --

(74) CARRARA FRANCESCO, Ob. Cit., parágrafo 358.

(75) Ob. Cit., Pág. 349.

(76) Ob. Cit., Pág. 369.

(77) Ob. Cit., Pág. 605.

(78) Ob. Cit., Pág. 98.

(79) La tentativa, Ob. Cit., Pág. 16.

presente que este concepto significa una clase determinada de - las posibles maneras en que una acción puede no adecuarse a un delito-tipo. Este concepto debe, pues, comprenderse, por una -- parte, en el campo de la 'carencia de tipicidad', pues las acciones plenamente adecuadas al tipo ya están reguladas por medio de las figuras delictivas autónomas.

Por otra parte, la tentativa no comprende todos - los casos de 'carencia de tipicidad', pues una acción con la -- cual la ejecución del delito-tipo se 'comienza' no es lo mismo que una acción no adecuada al tipo, ahora bien, dentro del círculo de las acciones no típicas se diferencia: a) acciones que -- todavía no son adecuadas, acciones preparatorias..." (80).

De la noción del autor alemán, se desprende que - hay acciones que carecen de tipicidad, pero que no deben de con fundirse todas estas, pues una de las acciones carentes de tipi cidad es la tentativa, pero en esta debe de tenerse presente -- "el principio de ejecución" del delito, por lo que debe de en tenderse que éstos son los actos ejecutivos, que para la doctri na alemana son actos de tentativa, y en consecuencia serán actos preparatorios aquellas acciones donde no hay "un principio de - ejecución", siendo en consecuencia estas acciones no adecuadas.

Dando a conocer otra noción de actos preparatorios de la doctrina germana es la que nos da el Doctor Maurach Rein-- hart, quien indica preparación es aquella forma de actuar que -- crea las condiciones previas adecuadas para la realización de un delito planeado, por un lado debe de ir más allá para la realización del simple proyecto interno (mínimo), sin que, por otro, deba de iniciar la inmediata realización típicamente relevante de la voluntad delictiva máxima" (81).

(80) BELING VON ERNST, Grundzüge des Strafrechts, Trad., Sebastian Solera, Ed. De Palma, Buenos Aires 1944, Pág. 100.

(81) REINHART MAURACH, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil - EIN LEHRBUCH, Trad. Juan Córdoba, Ed. Ariel, Barcelona, España 1962, Pág. 168.

De la doctrina alemana podemos desprender y señalar que para determinar que actos son preparatorios y que actos son ejecutivos se debe de fijar la atención en torno a un "Comienzo de ejecución", siendo actos ejecutivos los que constituyen una tentativa, ya que con éstos se empieza a entrar al núcleo del tipo, por exclusión, serán actos preparatorios aquellos que no constituyen una tentativa o un "comienzo de ejecución".

Jiménez de Asúa, siguiendo el criterio germano, - al parecer nuestro, resume de manera clara que "actos preparatorios, son aquellos que no constituyen la ejecución del delito proyectado, pero que se refieren a este delito en la intención del agente, que tienden así a preparar su ejecución; son, por ejemplo, el hecho de procurarse un arma para cometer el delito, el de armarse de ganzúas y rondar la casa, etc." (82). Siguen también la corriente alemana, Fontan Balestra (83), Novoa Monreal (84), Puig Peña (85), Sebastian Soler (86), entre otros.

Los tratadistas de manera casi unánime siguen el criterio de que los actos preparatorios no deben de ser sancionados; en nuestro Código Penal vigente no se encuentra precepto alguno que señale la punibilidad de estos actos, en cambio, como lo hace notar Mezger "los simples actos preparatorios son, en principio impunes. Ellos no impide sin embargo, que la ley, por especiales motivos y especiales casos los incluya expresamente o en la punibilidad o haga de ellos un propio delito" -- (87), es decir, la ley les da el carácter de delito y los san-

(82) Ob. Cit., Pág. 471.

(83) Ob. Cit., Pág. 356.

(84) Ob. Cit., Pág. 130.

(85) Ob. Cit., Pág. 208.

(86) Ob. Cit., Pág. 223.

(87) MEZGER EDMUNDO, Tratado de Derecho Penal, Tomo II, Trad. - Rodríguez Muñoz, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid -- 1957, Pág. 243.

ciona como tales; refiriéndose al punto en cuestión Maurach - Reinhart ha señalado "... creación de delito especiales. Este recurso estriba en configurar como tipos autónomos, actos preparatorios de determinados delitos especialmente peligrosos por el valor del bien jurídico atacado... los actos preparatorios - representan autónomos tipos de delito (delicta sui generis)" -- (88).

Como hemos anotado anteriormente en nuestro Código Penal no existe precepto que señale la sanción de los actos preparatorios, sin embargo, contiene "tipos" que en estricto sentido jurídico no son delitos, es decir, en nuestro Código Penal - hay actos preparatorios que se les ha dado el carácter de delitos y se sancionan como tales, éstos se encuentran plasmados en los artículos 162 fracciones II, III, IV y V; 194 fracciones I, II y III; 234; 239; 240; 241; 242 fracciones I, II, IV y V; - - 243; 244; 246; 247 fracción III; 253 fracciones I, II y III; y 256 todos del Código Penal vigente para el Distrito Federal.

c) ACTOS EJECUTIVOS.

Al igual que los actos preparatorios, trataremos - de dar a conocer los diferentes criterios que sustentan algunos autores en lo referente a lo que se debe de entender por actos ejecutivos, cuestión que al igual que el punto anterior presenta sus problemáticas. Observamos que los criterios sustentados por los estudiosos del derecho son los mismos que manifiestan - al referirse a los actos preparatorios, pero de manera contrapuesta, es decir, para los prácticos, principalmente, se habla de actus remotus (acto remoto o lejano) y actus proximus (acto-próximo), para los clásicos se entiende como acto preparatorio- los actos equívocos y ejecutivos los actos unívocos, en la doctrina alemana, se sostiene que los actos que constituyen tenta

tivas, son los que se refieren a la periferia del núcleo, o entran al núcleo del tipo, es decir dichos autores manifiestan -- que hay un principio de violación a la norma, y por lo tanto, -- hay un comienzo de afectación al bien jurídico tutelado, en cambio son actos preparatorios los que no constituyen un principio de ejecución del delito.

El maestro de Pisa, al referirse a los actos ejecutivos, señala "la tentativa comienza, cuando los actos antijurídicos adquieren univocidad hacia el delito. Mientras son equívocos no son sino actos preparatorios... cuando se tornan unívocos, esto es, cuando sin duda alguna se dirigen al delito, toman el carácter de actos de ejecución" (89), siguen el criterio de Carrara los penalistas Antolisei, Pavón Vasconcelos, Franco-Sodi, entre otros.

Por su parte el penalista alemán Guillermo Sauer-- opina "ejecución del hecho concreto ('conducta ejecutiva' en -- sentido amplio), a) principio de ejecución (abordar y apuntar -- al contrario, abrir la puerta de la vivienda ajena o la puertadel armario), esto es 'tentativa'" (90). Otro criterio es el de Hans Welzel, quien apunta "un hacer punible empieza fundamentalmente cuando el autor mismo inicia la acción insoportable desde un punto de vista ético social, esto es, con la tentativa" (91). Y por su parte Vanini, hace notar que "los actos que inician la externa realización del hecho modelado por el precepto penal, -- son los actos ejecutivos; toda actividad que les preceda se cumple con dependencia de un decisivo propósito delictuoso, más no -- es todavía el delito" (92).

Finalmente el criterio que sustenta Jiménez de --

(89) CARRANZA FRANCESCO, Ob. Cit., Parágrafo 393.

(90) Ob. Cit., Pág. 165.

(91) WELZEL HANS, Das Deutsche Strafrecht, Trad. Bustos Ramírez y Yáñez Pérez, Ed. Jurídica de Chile, Chile 1979, Pág. 260.

(92) VANINI OTTORINO, Actividad Ejecutiva y Actividad Preparatoria del Delito, Trad. Ramón Palacios, Revista "Criminalia", México 1952, Pág. 111.

Asúa, es el siguiente "para que haya acto ejecutivo, precisará que se realice lo que llamaríamos el núcleo del tipo, o mejor-dicho, se necesita que el agente desarrolle su conducta, en la actividad expresada por el verbo principal de la definición, - es decir, cuando se habla de homicidio, que es matar a un hombre, hay que comenzar a matar, cuando se habla de robo hay que empezar a robar... en suma: hay comienzo de ejecución cuando - se penetra en el núcleo del tipo o se inicia las referencias a los medios de acción de una conducta, de otro modo legítima o que diferencian unos tipos de otros, viéndonos precisados a recurrir a la lesión del bien jurídico o a su riesgo eficaz cuando la práctica lo exija" (93), criterio semejante lo señalan - Cuello Calón (94) y Castellanos Tena (95).

d) CONSUMACION.

El problema de la consumación se presenta sobre todo en cada caso concreto, ya que es difícil aplicar su postulado general y fijar el momento consumativo para cada delito, - por otro lado es necesario hacer alusión a la consumación y al agotamiento, ya que algunos estudiosos hacen mención a la consumación formal y a la consumación material, ésta última es -- considerada para otros autores como agotamiento, señalando -- que éste es un momento de la fase exterior y que consiste en - el momento en el cual el sujeto activo logra la finalidad que se proponía con la comisión del delito, dentro de ellos podemos enunciar a Guillermo Sauer (96), Hans Welzel (97), Zaffaroni (98), Jiménez de Asúa (99), Del Rosal (100), entre otros.

- (93) Ob. Cit., Págs. 478 y 479.
 (94) Ob. Cit., Pág. 607.
 (95) Manual , Ob. Cit., Pág. 279.
 (96) Ob. Cit., Pág. 665.
 (97) Ob. Cit., Pág. 260.
 (98) Ob. Cit., Pág. 678.
 (99) Ob. Cit., Págs. 492 y 493.
 (100) Ob. Cit., Pág. 113.

Algunos otros autores adoptan la postura de que -- el agotamiento del delito es sinónimo de consumación, porque -- cuando se ha realizado todos sus elementos constitutivos y también lo ha sido la lesión del bien jurídico, la infracción de -- que se trata se ha agotado por cuanto sólo falta su perfeccionamiento; tal como sostiene Bettiol (101).

Por su parte Silvio Ranieri, al señalar la distinción entre la consumación y el agotamiento ha afirmado de una manera clara y muy acertada, que el delito cuando ha producido todos los efectos dañosos que son consecuencia de la violación, es el agotamiento, pero señala que es un período posterior a la consumación (102). Con esto apoyamos nuestro criterio en el sentido de considerar a la consumación como el último momento de la fase objetiva o externa, y el agotamiento será un momento -- posterior y que queda comprendido fuera de esta fase, que al decir del iter criminis, no nos interesa mucho si el autor logró la finalidad que se proponía con la comisión de un determinado delito, sino que solamente nos interesa el momento en el cual -- el delito se perfecciona, o sea, se consuma.

Manzini considera que un delito está consumado, -- cuando la causa imputable ha producido enteramente el evento -- previsto por la norma incriminadora en la integridad de todos -- los elementos exigidos por ella, y se ha verificado la eventual condición de punibilidad que dependa del hecho culpable (103); -- por su parte Antolisei enseña que "el delito consumado es cuando el hecho concreto responde exacta y completamente al tipo -- abstracto delineado por la ley en una norma incriminadora especial" (104). Por último tenemos la noción que da Maggiore, - --

(101) Ob. Cit., Págs. 473 y 474.

(102) Ob. Cit., Pág. 40.

(103) MANZINI VINCENZO, Trattato di Diritto Penale Italiano, -- Vol. III, Trad. Sentis Melendo, Ed. Ediar, Buenos Aires - 1949, Págs. 165 y 166.

(104) Ob. Cit., Pág. 342.

quien señala "hay consumación cuando se verifican todos los -- elementos esenciales puestos por la ley -- señalando como elementos -- al sujeto, al objeto, la acción y el resultado, y afirma, -- si faltara alguno de dichos elementos se tendría un delito im-- perfecto" (105). También dan una noción de consumación, la cual no varía mucho en esencia de las anteriores, Franz von Liszt -- (106), Edmundo Mezger (107), Maurach Reinarth (108), Pessina -- (109), Fontan Balestra (110), Puig Peña (111), entre otros.

5. DIFERENCIA ENTRE ACTOS PREPARATORIOS Y ACTOS -- EJECUTIVOS.

El presente punto a tratar es una de las problemáticas más debatidas en la ciencia penal, ya que los estudiosos -- que analizan dicha cuestión tratan de hacer válido, en forma -- universal su razonamiento, en el cual señalan la diferenciación que existe entre los actos preparatorios y los actos ejecuti-- vos; mucho se ha escrito en torno a este punto surgiendo de esta manera los diversos criterios existentes, pero como es de es perarse inmediatamente se les formulan críticas en las cuales -- se objeta su validez universal.

En la mayoría de las cuestiones penales los autores han dado una solución apelando a una de estas tres -- orientaciones: a) Objetiva; b) Subjetiva y c) Mixta; a las que se adicionan otras posturas, claro está que sin desnaturalizarlo que es consustancial a la tentativa, ésto es la 'resolución' de delinquir" (112).

(105) Ob. Cit., Pág. 65.

(106) Ob. Cit., Pág. 2.

(107) Ob. Cit., Pág. 233.

(108) Ob. Cit., Pág. 170.

(109) PESSINA ENRIQUE Elementos de Derecho Penal, Trad. González del Castillo, Ed. Reus, Madrid 1936, Pág. 467.

(110) Ob. Cit., Pág. 356.

(111) Ob. Cit., Pág. 229.

(112) DEL ROSAL JUAN, Ob. Cit., Pág. 98.

A continuación trataremos de dar una noción de los criterios sustentados por los estudiosos del derecho, mismos -- que consideramos son los más sobresalientes.

a) CRITERIO TEMPORAL O CRONOLOGICO.

El primer ensayo data de los tiempos de los prácticos, con Jaboco Menochio (siglos XVI y XVII), y en él se trató de fijar la distinción por la mayor o menor cercanía de los actos respecto a la realización del tipo penal (actus remotus, remotissimus, propinquus et proximus). La clave como puede apreciarse, era sumamente vaga (113), es decir todo versaba, en este criterio, en una relación temporal desde los actos de preparación en relación con la finalidad que se proponía el sujeto - activo, siendo los actos preparatorios los actus remotus y los actos ejecutivos los actus proximus.

"Champtomunal, adherido a este criterio, alegó la necesaria relación, directa e inmediata con el delito cuya comisión ha sido propuesta por el agente, del acto considerado como ejecutivo.

Massari objetó que el factor tiempo es común a todos los fenómenos y por esa razón no puede ser considerado como elemento identificador de la naturaleza del acto. Por otra parte, generalmente la actividad ejecutiva requiere la realización de una pluralidad de actos, resultando errado tratar de identificar el acto ejecutivo con una singular manifestación de la -- voluntad" (114).

b) CRITERIO DE LA EQUIVOCIDAD O DE LA UNIVOCIDAD.

(113) VILLALOBOS IGNACIO, La Dinámica, Ob. Cit., Pág. 178.

(114) PAVON VASCONCELOS, La Tentativa, Ob. Cit., Págs. 44 y 45.

Carmignani seduciendo momentáneamente aún al propio Carrara subrayó el carácter equívoco, criterio que alcanzó gran prestigio, aunque posteriormente Carrara lo abandonó para acoger en definitiva el criterio del ataque a la esfera jurídica.

En el criterio de la univocidad, según Carrara, - se funda la distinción entre tentativa próxima y tentativa remota. La tentativa comienza cuando los actos antijurídicos adquieren univocidad hacia el delito, mientras son actos equívocos no son sino actos preparatorios y no configuran una tentativa políticamente imputable. Y cuando se tornan unvocos, esto es, cuando sin duda alguna se dirigen al delito toman el carácter de actos de ejecución, para Carrara la ejecución del delito expresa una serie de fases que son distintas de las de preparación y de las de consumación y que este criterio debe buscarse en el sujeto pasivo de los actos externos que se quieren definir - - - agrega el maestro de Pisa- cuando éstos recaen en el sujeto activo, primario o secundario, del delito, son actos preparatorios; y cuando inciden en el sujeto pasivo de la tentativa, son actos ejecutivos, recalca el autor mencionado, los actos preparatorios se distinguen de los actos ejecutivos mediante la univocidad y que aquéllos no son nada, refiriéndose a los preparatorios, y que los actos ejecutivos son tentativa remota (115).

"Esta tesis a primera vista es extraordinariamente sugestiva, ha sido de plano porque aceptada de un modo absoluto, conduce a consecuencias prácticamente inadmisibles, ya que sería arbitrario llamar ejecutivos a todos los actos aún -- claramente dirigidos al resultado y, al revés, existen actos -- que por sí mismos no relevan la intención criminal (que serían preparatorios en la doctrina de Carrara) y que por todos en cambio, son clasificados de tentativa" (116), es decir, "el crite-

(115) CARRARA FRANCESCO, Ob. Cit., Parágrafo 398.

(116) PUIG PEÑA, Ob. Cit., Pág. 208.

rio de la univocidad es indudablemente útil en la determinación de los actos punibles de tentativa, más resulta insuficiente si se le pretende emplear para distinguir los actos preparatorios de los ejecutivos; un acto unívoco puede sin embargo no ser - - ejecutivo (117).

c) CRITERIO DEL ATAQUE A LA ESPERA JURIDICA AJENA.

El mismo Carrara, una vez que había creado su doctrina basada en la univocidad, presente salvedades a la misma - que desvirtuaron su tesis inicial, en un esfuerzo por crear un verdadero criterio para diferenciar los actos ejecutivos de los preparatorios, propone el criterio del ataque a la esfera jurídica ajena, acogido en definitiva por él.

Para el eminente jurista italiano, este criterio consiste en que "una acción es ejecutiva cuando lesiona el bien protegido por la norma y será preparatoria la acción que no - - ofende la norma puesta como protección de ese bien, señalando - que, en el homicidio el sujeto pasivo de la consumación es el - hombre a quien se quería dar muerte, y en el hurto es la cosa - que se quería robar y será sujeto pasivo de la tentativa el domicilio invadido o la puerta derribada para penetrar en la casa con el fin de cometer el homicidio o el hurto, a la inversa, se rán actos preparatorios aquellos que recaen solamente sobre el sujeto activo (sea primario o secundario) del delito que se -- prepara; la acción de quien se prevee de escoplos o de escalera con el propósito de servirce de esos elementos para fines del - hurto, recae sobre lo que será sujeto activo secundario del hurto cuando éste se cometa" (118).

La crítica formulada a esta teoría, principalmen-

(117) PAVON VASCONCELOS, La Tentativa, Ob. Cit., Pág. 47.

(118) SCARANO LUIGI, Ob. Cit., Pág. 33.

te se hace consistir en el concepto de "esfera del sujeto pasivo", es decir, cual es la esfera jurídica de la persona en cuyo daño va a ser cometido un delito, en otras palabras, si una persona con el ánimo de dar muerte a otra apunta su arma y se - - apresta a oprimir el gatillo, viola ya el derecho a la vida, -- luego entonces ¿se podría violar un derecho de mayor jerarquía si se llega a la consumación?. Por eso este criterio no puede ser acogido para diferenciar los actos preparatorios de los ejecutivos, dado que no es posible hablar propiamente en la tentativa, de una agresión a un derecho, ya que en la tentativa al no existir lógicamente la consumación, se presupone que todavía no se lesiona el bien jurídico que la norma protege.

d) CRITERIO DEDUCIDO DE LA NORMA.

El exponente principal de este criterio es el juriconsulto Romagnosi, para este autor "la idea de tentativa no necesita ni de examen para que sea inteligible ni de que se deduzcan pruebas para que sea convalidada, señala el autor citando, nace espontáneamente de la naturaleza y del concepto simple de las cosas, aclara, que ha establecido que todo acto digno de pena humana, en todo delito social, la ejecución externa y física de un pensamiento libre y conciente es la única característica fundamental sobre la cual se levantan y se basan los demás atributos del delito, concluye el jurista, la idea de ejecución del delito no sólo entra en la noción de la tentativa, sino que debe ser su única característica fundamental" (119), en tal razón para determinar el comienzo de la acción delictuosa, necesario es observar el hecho típico descrito por la ley, y este es el momento que señala la distinción entre actos de ejecución y actos de preparación, o sea, la actividad surge cuando comienza la violación de la norma penal.

(119) ROMAGNOSI GIANDOMENICO, Génesis del Derecho Penal, Trad.- González Cortina y Guerrero Jorge, Ed. Temis, Bogotá 1956, Parágrafos 661 y 662.

El criterio antes propuesto tampoco ha resuelto - el problema planteado, aunque ha sido perfeccionado; a este criterio se le objeta que si la norma preve la consumación del delito y el hecho tentado, como es lógico, no alcanza la consumación, no es claro comprender como puede ser violada la norma -- por el hecho que se ha realizado; por eso Maggiore acertadamente afirma "efectivamente hay acto ejecutivo cuando comienza la violación de la norma y que tal violación comienza cuando empieza la actividad ejecutiva, por tal razón es evidente el círculo vicioso que encierra dicha tesis" (120), es decir, el problema de establecer el punto en que comienza la actividad ejecutiva, es remplazado por el de buscar el punto en el cual comienza la violación de la norma, en consecuencia el problema queda insoluto, ya que no determina cuando comienza la violación y cuando la actividad ejecutiva.

e) CRITERIO DE LA EFICIENCIA CASUAL.

Scarano al dar a conocer en qué consiste el contenido de este criterio, invoca al jurista Birkmeyer, el cual señala "que la diferencia entre actos de preparación y actos de ejecución corresponde a la existencia entre causa y condición - ya que, mientras el acto de preparación sería una simple condición, el acto ejecutivo sería una causa verdadera y propia del resultado criminoso. El acto ejecutivo no sería de los coeficientes, sino el coeficiente necesario para la producción del resultado, sin el cual se podría obtener un resultado pero no - aquel en determinadas circunstancias, en determinado tiempo y - espacio, se hubiera producido; los actos de ejecución son acciones que producen el hecho y por tal motivo se revelan como peligrosos, Scarano continúa su explicación citando a Bindig, al -- contrario los actos de preparación solamente ponen las condiciones para hacerlo posible y por consiguiente no son peligrosos" (121).

(120) MAGGIORE GIUSEPPE, Ob. Cit., Pág. 73.

(121) Ob. Cit., Págs. 22 y 23.

Se critica a esta teoría porque hay contradicción en el principio de causalidad, ya que en la cadena de causas --son igualmente necesarias y no hay entre ellas diferencia cualitativa sino cuantitativa. En la tentativa, es evidente la falta de producción del resultado, en consecuencia no hay causalidad; por otra parte no se alcanza a comprender porque precisamente -la última de las condiciones haya de considerarse como causa, y por lo tanto, como momento de ejecución, por tal razón, no es posible distinguir por este medio los actos de ejecución de los actos de preparación.

f) CRITERIO DE LA CAUSALIDAD OPERANTE O ACTIVA.

Este criterio es debido a Impallomeni, según cita el maestro Pavón Vasconcelos; "para Impallomeni, la causalidad-inerte es peculiar en el acto preparatorio; en el ejecutivo tal causalidad se pone en movimiento hacia el fin delictuoso querido. Así planteada la cuestión, es el impulso movilizador de la causalidad lo distintivo entre uno y otro acto" (122), "en tanto que el veneno se ha comprado y está pronto para mezclarse a las viandas, hay una causalidad criminosa inerte, puesto que na da se ha hecho para que según el plan criminoso sea ingerido el veneno; pero cuando el veneno se mezcla a las viandas se le ha puesto en condiciones de ejercitar su eficacia y, por lo tanto, se ha dado impulso y movimiento a una actividad dirigida a realizarlo; se ha hecho una cosa necesaria para conseguir el efecto criminoso deseado; y así estamos en el iter criminis y, por consiguiente, en la tentativa" (123).

A este criterio al igual que los demás se le han formulado sus críticas, y se dice que tampoco es adecuado y por lo tanto no resuelve el problema, ya que en la tentativa, preci

(122) La Tentativa, Ob. Cit., Pág. 61.

(123) Scarano Luigi, Ob. Cit., Pág. 31.

samente porque la acción es incompleta no puede encontrarse los elementos potenciales del delito consumado, es decir, si la causa activa es causa en cuanto produce el efecto, la distinción no tiene sentido, porque es precisamente donde se deberá de -- observar la distinción; por otro lado también se le objeta -- que la causalidad nunca es inerte, la adquisición del veneno -- es, en la estructura de las acciones criminosas, tan necesaria -- como su mezcla en las viandas; debe agregarse también, que no -- sería posible reconocer la tentativa en algunas manifestaciones criminosas, tales como los delitos formales, en los que es imposible distinguir una causalidad inerte de una causalidad activa, dado que la acción se identifica totalmente con el resultado.

g) CRITERIO DEL PELIGRO CORRIDO.

Este criterio "tiene como principal exponente a - Feuerbach, quien señala que la tentativa es punible porque con ella se viola una norma, y la norma se viola exponiendo a peligro un bien jurídico -Scarano invoca a Carrara para agregar- la intención es idéntica a la del delito consumado, pero el elemento físico consiste no en el daño causado sino en el peligro corrido. Intención y peligro; he ahí los dos elementos de la tentativa, el primero representa el elemento moral, el segundo, el elemento físico -Scarano agrega- el peligro efectivo e inminente es, por lo tanto, el índice diagnóstico y seguro para distinguir los actos ejecutivos de los de preparación. El acto de disparar en nuestra dirección es un acto ejecutivo en cuanto que - solamente él -y no el acto preparatorio de cargar el arma- hace correr peligro a nuestra integridad personal" (124).

Tampoco esta tesis resuelve el problema planteado, ya que si el disparo de un arma de fuego no ha dado en el blanco, es evidente que, como ha fallado no hay ninguna relación de

(124) Scarano L. Ob. Cit., Págs., 37 y 38.

causalidad entre aquél y el resultado temido, por lo tanto, el peligro no existe, es decir, el disparo en esas circunstancias no tenía la capacidad de producir daño, no era peligroso; porque entonces el agente debería ser castigado por la voluntad de peligro y admitir que la gravedad de peligro debería de hacer - cambiar la clasificación del hecho, por decir, un hecho debería de ser rebajado de tentativa de homicidio a lesiones, o simplemente a tentativa de lesiones, llegándose a la absurda conclusión de que la tentativa, puede existir en los delitos de peligro, que además de estar desprovistos de resultado, debería de considerárseles como delitos privados de peligro, al menos que se admita la hipótesis de un peligro, de peligro.

h) CRITERIO DEL COMIENZO TÍPICO DE EJECUCION.

Este criterio es creado por Ernest Von Beling, y lo explica diciendo que "en la tentativa, por oposición al delito consumado, se vincula con las figuras delictivas autónomas - a las que la tentativa se refiere, de modo que el delito-tipo - de una figura, es representado en un simple comienzo de ejecución; por ejemplo, en lugar del requisito 'matar a un hombre', - está el requisito de 'comenzar a matar a un hombre', así para - que exista tentativa debe de ser de una manera objetiva y además culpablemente" (125), es decir, quien comienza a realizar - el verbo del núcleo, comienza a ejecutar la acción particular - del tipo, en tal sentido el comienzo de ejecución establece la línea de separación entre los actos preparatorios y los actos ejecutivos, ya que éstos últimos no son ninguna forma adecuada al tipo. Según la opinión del jurista Jiménez de Asúa, "Beling - ha venido a solucionar el problema, aunque reconoce que dicha - doctrina necesita proseguir elaborándose y a menudo complementarse con el criterio del ataque al bien jurídico" (126).

(125) Ob. Cit., Pág. 99.

(126) Ob. Cit., Pág. 478.

A esta teoría se le han formulado críticas, dentro de las cuales se dice que "al empezar a matar" se esta matando, o bien, "al empezar a violar" se esta vilando, y al no llegar a la consumación, o bien, si el hecho delictuoso propuesto queda en grado de tentativa no se puede decir que exista una intromisión a la actividad señalada por el núcleo del tipo, en consecuencia, dicho acto no será ejecutivo, sino preparatorio, siguiendo la lógica de este criterio; por otro lado, no se puede "empezar a matar" y después "dejar de matar", si el hecho se quedó en grado de tentativa; por lo que el criterio sustentado por el jurista alemán tampoco es del todo feliz para determinar con precisión la diferencia entre los actos preparatorios y los actos ejecutivos, que sea aceptada por los estudiosos de la materia.

I) CRITERIO SUBJETIVO.

"Von Buri introdujo la teoría subjetiva en la jurisprudencia de Reichgericht, a pesar de haber anteriormente -- privado en la doctrina y en algunos textos legales para caer -- después en plena decadencia" (127); Edmundo Mezger explica "que desde el año de 1962 aparece Von Buri como nuevo fundador de la teoría subjetiva y que parte de las siguientes consideraciones: 'la propia esencia de la tentativa es precisamente la falta de algún momento del tipo objetivo del delito consumado. Pero si en ese tipo objetivo de delito consumado falta siquiera el más-pequeño momento, resulta la total realidad objetiva en absoluto irrelevante, pues objetivamente no existe una lesión jurídica completa ni una mitad, ni siquiera una parte de la misma. Por ello es indiferente que el sujeto se haya servido de medios -- idóneos o inidóneos para realizar su voluntad, o que haya dirigido estos medios contra un objeto idóneo o inidóneo. El fracaso del acto es conceptualmente esencial a toda tentativa; de --

(127) PAVON VASCONCELOS, La Tentativa, Ob. Cit., Pág. 62.

modo que en ausencia de todos los criterios objetivos, el punto de vista subjetivo, que todo sitúa en el sentido o creencia del agente, es el único compatible con la lógica" (128). En síntesis dicha teoría subjetiva toma como base la representación del autor para determinar "un principio de ejecución", y sería un acto ejecutivo cuando el agente considere que con ese acto estaba ejecutando el delito propuesto.

El Dr. Reinarth señala que "la teoría subjetiva, con el deseo de castigar exclusivamente la voluntad mala, olvida los límites propios del tipo que, ni siquiera en la tentativa, puede castigar más que la voluntad mala manifestada con relevancia típica -ésta es la diferencia fundamental con la teoría subjetiva formulada con relación a la tentativa inidónea; en este lugar es esta teoría la indicada-. El 'comienzo de la ejecución' constituyen una característica objetiva, cuyos límites no pueden ser transgredidos por la consideración del plan del autor, agrega el Dr., que tentativas de llegar a un compromiso entre las dos teorías parten, por lo general, de la teoría subjetiva que debe ser ampliamente neutralizada por la incorporación de características objetivas o individualizadoras. Hasta ahora no se ha podido imponer" (129). Este criterio llevó al Supremo Tribunal Alemán a penar como tentativa de aborto las maniobras abortivas realizadas en mujer no embarazada. La teoría subjetiva, llega a igualar al delito tentado y a la consumación; y se le critica, pues pierde su significación de acuerdo con tal imposibilidad, pues declara a la voluntad como lo único trascendente en el delito tentado, resultando inaceptable en la doctrina, pues castiga la voluntad o la intención de cometer un delito, y no la ejecución del mismo; por otra parte también se le critica ya que castigaría como delito continuado la voluntad del sujeto en el delito imposible.

(128) Ob. Cit., Pág. 246.

(129) Ob. Cit., Pág. 179.

j) OPINION NUESTRA.

Es de recordar, que los delitos se pueden "cometer" tanto por una "acción", o bien, por una "omisión" no obstante casi todos los autores que hemos leído, únicamente se refieren a -- los "actos preparatorios" y a los "actos ejecutivos" mismos que -- denotan "acción", es decir, solo analizan el aspecto positivo de la conducta, lo cual da la impresión que olvidan o desconocen que los delitos también se pueden lograr por una "omisión", que es el aspecto negativo de la conducta, misma que comprende dos fases o -- aspectos, la primera será preparatoria y la segunda ejecutiva o -- productora del resultado, así al hablar de la conducta en su fase preparatoria o ejecutiva se entiende que abarca tanto la acción -- como la omisión, no obstante y con la finalidad de evitar confu-- ciones utilizaremos la denominación común.

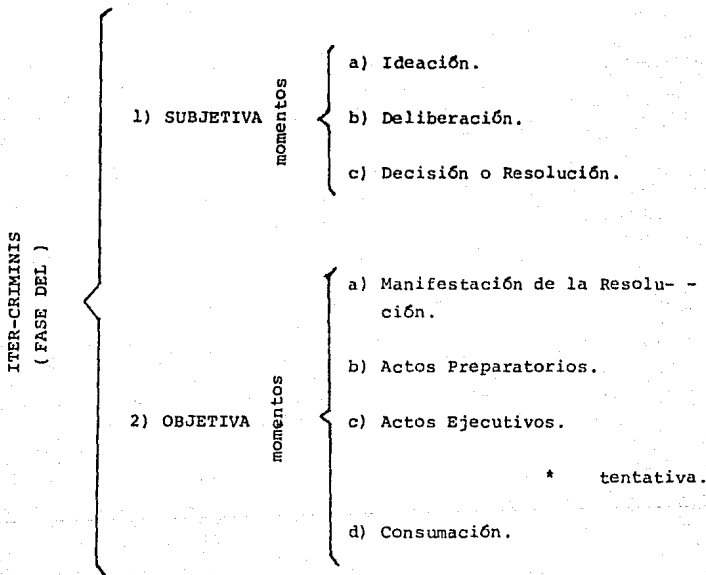
Para lograr la diferencia entre "actos preparato-- rios" y "actos ejecutivos", se debe de atender a un criterio mixto; por una parte, se atenderá el aspecto subjetivo (dolo o intención del agente), y por otra, se tomará en cuenta el aspecto obje tivo (la propia conducta, sus medios, etc.), en consecuencia nos atrevemos a decir lo siguiente:

Será acto ejecutivo, aquella fase de la conducta -- que se realiza con la finalidad de cometer un delito llenando implícito la idoneidad de medios y que en cierto momento se podría producir el resultado deseado. En tanto, será acto preparatorio -- aquella fase de la conducta, que de acuerdo a la finalidad propuesta que el agente, éste logra la idoneidad o los medios eficaces.

No obstante lo anterior, para delimitar en forma un poco más precisa, debe de tenerse la representación de un hecho --

concreto que en relación a la práctica judicial esta delimitación quedará a la prudente apreciación del juzgador.

6. CUADRO SINOPTICO DEL ITER-CRIMINIS.



Agotamiento.- Momento posterior al Iter-Criminis.

* La figura de la tentativa no es momento de la fase objetiva, sino que al existir dicha figura queda interrumpido el Iter-Criminis y por tanto no se llega a la consumación.

CAPITULO SEGUNDO

DE LA TENTATIVA (CONATO)

1. ANTECEDENTES

a) EN EL DERECHO ROMANO.

En la época de la fundación de Roma (753-509 a.C.) predomina el carácter sagrado de la pena, el cual perdura a lo largo del período Regio, pero a su vez también se va gestando otra etapa para el derecho, es decir, mientras el carácter sagrado va disminuyendo, se afirma en cambio, el de la venganza pública, ejercida por el poder político. En realidad, el rey es también el sacerdote y tiene plena jurisdicción criminal, el *Ius Vitae et Necis*, sobre autores de delitos públicos (Crimina). Pero tal vez, ya en el momento de la fundación de la ciudad y en forma indudable posteriormente, existen *Crimina Publica* que son reprimidos por órganos propios, como es el caso del *Perduellio* (atentado a la seguridad del Estado), del *Parricidium*, es decir, la muerte de un jefe de grupo familiar (*Pater*), no la muerte de un hombre (*Homicidium*), -que es de época más reciente-, y el *incensus*, es decir, rehusarse a soportar las cargas militares.

Con la caída de los reyes (509 a.C.) y la instauración de la República, el derecho pierde aún más el carácter de expiatorio, especialmente porque la Constitución Republicana separa el culto del gobierno, es así como el derecho penal entra a otra fase, misma que se caracteriza en la lucha de poder público, primeramente para limitar y para prohibir la venganza privada, y a su vez reservarse la exclusividad de la represión de los delitos. En el primer período de la República, sobresale, la Ley de las Doce Tablas (453-451 a.C.), que contiene normas de diversa naturaleza, muchas de derecho penal, sobre todo-

se encuentran en las tablas VIII-XII, en ellas se determina con precisión que delitos son privados, deduciéndose que fuera de esos casos la venganza privada es ilícita; el ejercicio de la venganza privada sólo es permitida en el caso de Membri Ruptio (mutilación), Furtum Manifestum y Furtum Licio et Lance Conceptum (encubrimiento), en el primer caso es lícito producir un mal idéntico al sufrido (Talio), en los otros casos se admite la venta como esclavo fuera del Estado (Extra Tiberim).

Al surgir el Imperio, se van afirmando otros órganos del magisterio penal, y es por el siglo III d. C., donde los tribunales de los funcionarios imperiales se transforman en el órgano ordinario de la jurisdicción penal (Judicia Publica-Extra Ordinem), estos órganos estatales conducen el proceso desde el principio al fin. Es en esta época del Imperio, surge y es válido el principio: "In Maleficis Voluntas Spectatur, Non Exitus" (En los delitos debe de considerarse la voluntad, no el resultado), posteriormente, es con la recopilación Justiniana donde se plasma la admirable máxima romana del jurisconsulto Ulpiano: "Cogitationes Poenam Nemo Patitur".

Con respecto a la tentativa, en la legislación Justiniana hay una ausencia de esta figura, es decir, los romanos desconocían a la tentativa, ya que no tenían el término, o bien, la palabra técnica para describirla y asimismo para diferenciarla de la consumación, sin embargo, en la última fase del derecho romano, el hecho de que el delito querido no hubiese sido completamente realizado, se encontraba en ocasiones considerado como circunstancia atenuante, aunque no era una regla general y solo era admitida en cuanto a los delitos de monedas. Fuente (1), (2) y (3).

- (1) GRISPIGNI FILIPPO, Diritto Penale Italiano, Trad. Isidoro de Benedetti, Ed. Depalma, Buenos Aires 1948, Págs. 91 y ss.
- (2) MANZINI VINCENZO, Trattato di Diritto Penale Italiano, - - Vol. III, Trad., Sentis Melendo, Ed. EDIAR, S.A., Buenos Aires 1949, Págs. 169 - 171.
- (3) BERNALDO DE QUIROZ, Derecho Penal, Ed. José M. Cajica Jr., - Puebla, México 1949, Págs. 101 - 103.

b) EN EL DERECHO BARBARO.

Con la caída del Imperio Romano, inicia la época o Período Bárbaro - feudal, que se extiende desde la invasión longobarda hasta los gobiernos comunales, es decir, del siglo VI al siglo XI, en esta época, en la rama del derecho penal, prevalece el derecho germano, y cuyas fuentes más importantes podemos mencionar el Edicto de Rotario (643), las Leyes de Liutprando y las Leyes de Raquí (743), la característica de este período reside en la acrecentada potestad del Estado, sobre todo, debido a la afirmación de la Monarquía, que agregó la legislación regia a los antiguos derechos populares; todo el período que va del siglo VI al siglo XI, es una lucha contra la venganza de -- sangre.

El Estado sólo reprime los hechos contrarios a sus propios intereses, en orden a las ofensas individuales, en un primer tiempo ayuda a la venganza justa; otras veces, si el particular no la ejerce, lo sustituye el rey--prosigue la evolución del derecho --; se establece la prohibición de la Faida* para -- los delitos menores, con el tiempo para los más graves; hasta -- que al fin el poder público asume por completo la punición de -- los delitos, dejando a los particulares sólo el resarcimiento -- del daño. En cuanto a la naturaleza de la pena pública, la finalidad de mera venganza va cediendo el campo lentamente a la intimidación.

Mientras tanto, bajo la influencia de la iglesia -- que va en la pena el medio de alejar el mal y difundir el -- bien entre los hombres, también la corrección y la enmienda del reo, son tomadas en consideración afirmándose a veces el principio de justicia. En el derecho bárbaro tienen gran importancia, los juicios de Dios, las ordalias, el duelo judicial, en el cual

*Esta era una pena impuesta al ofensor y a la Sippe a la que -- pertenecía, misma que consistía en la enemistad como consecuencia de la venganza. En la ejecución de esta pena se tenía que -- abandonar a la familia de la víctima.

el juez adjudicaba la razón al vencedor de la lucha.

Por lo que respecta a las formas de manifestación del delito, según los principios del derecho bárbaro, cuando no existía daño, no podía existir pena, por eso, según se dice, que en el derecho bárbaro no sólo existe una regla general sobre la punibilidad de la tentativa, sino que ésta, tampoco es penada en casos particulares, por consiguiente, al no existir una regla general para la tentativa, ésta es desconocida en un principio para el derecho germánico, aunque posteriormente se equiparó al delito consumado, principalmente en relación al -- flagrante delito. Fuente consultada (4) y (5).

c) EN EL DERECHO CANONICO.

El derecho penal canónico, fue un derecho vigente de la Edad Media, dado que existían grandes relaciones entre - el Estado y la Iglesia, esta última a su vez ejercía jurisdicción penal, no solamente sobre los clérigos, sino también sobre los laicos. Este derecho se desarrolló lentamente al crecer el número de hechos que se consideraron delitos, las principales fuentes del derecho canónico fueron: los Libri Poenitentiales, el Decreto di Graziano, las Decretali di Gregorio - IX, el libro di Bonifacio VIII y las Clementine; de la Unión - de estos ordenamientos o legislaciones, con exclusión de los - Libri Poenitentiales, resultó el Corpus Iuris Canonici, recopi- lación que fue hecha a fines del siglo XIV.

La importancia del derecho canónico en el derecho penal radicó en el haber reaccionado en contra de la concepción objetiva del delito, derivada del derecho germánico, insistien-

(4) GRISPINGI FILIPO, Ob. Cit., Págs. 104 - 106.

(5) MEZGER EDMUNDO, Tratado de Derecho Penal, Tomo II, Trad. Rodríguez Muñoz, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid España 1957, Págs. 224 y 225.

do en el principio "In Malefisis Voluntas Spectatur, Non Exitus" (en los delitos debe de considerarse la voluntad no el resultado), y exigía que en todo delito se buscará y se encontrará el Animus; sin embargo debe de excluirse que el derecho canónico - existiera la punición de la sola intención criminal, dado que - siempre se requerían hechos externos; desde el siglo IV los pecados que eran sometidos a penitencias y expiaciones puramente eclesiásticas, consideraron que la sola intención criminal no - debería de ser punible jurídicamente, es decir, acogen la máxima "Cogitationis Poenam Nemo Patitur" del jurisconsulto Ulpiano.

Por lo que respecta a la tentativa, las fuentes - no proporcionan la existencia de una noción o una fórmula técnica, aunque algunos autores señalan que ciertos casos de tentativa era penados, pero no como tal, sino como delito consumado, - aunque de manera más benigna; por tal razón se considera que en el derecho penal canónico tampoco se conoció la figura de la -- tentativa. Fuente consultada (6), (7) y (8).

d) EN EL DERECHO NEOLATINO.

En la época neolatina renace y predomina nuevamente el derecho romano y el sentimiento de la civilización clásica, claro está con todas las innovaciones adquiridas a través -- del tiempo. Con la influencia de la aplicación del derecho romano, empiezan a florecer nuevos juristas, surgen así, los romanistas de la primera escuela denominados "Los Glosadores", estos estudiosos, hacían de las fuentes romanas, no sólo lo que se refiere al derecho civil, sino también en lo referente al derecho penal.

-
- (6) PESSINA ENRIQUE, Elementos de Derecho Penal, Trad. González del Castillo, Ed. REUS, Madrid 1957, Págs. 224 y 225.
 (7) DEL ROSAL JUAN, Derecho Penal Español, Ed. S. Aguirre Torre, Madrid 1969, Págs. 95 y 96.
 (8) GRISPIGNI FILIPPO, Ob. Cit., Págs. 104 a 107.

En la segunda mitad del siglo XIII surge una segunda escuela de los romanistas denominada de los "Comentadores" "Prácticos" o "Bartolistas", esta escuela predomina de la mitad del siglo XIII al siglo XVII, dentro de la primera etapa de esta escuela podemos enunciar a Alberto de Gandino (1310), Jacobo Belviso (1335), Bonifacio de Vitalini (1340) y especialmente a Bartolo (1356). Dentro de la segunda fase, que es la culminación de esta escuela y que va del siglo XVI a finales del siglo XVII, destacan Ipolito de Marsiliis (1529), Egidio Bosi (1547), Jiulio Claro (1575), Deciano (1581), Menochio (1607) y de modo especial Prospero Farinacio (1618), autor de la "Praxis et Theorica Criminalis". Los juristas de esta escuela siguen un método práctico, es decir, exponen su doctrina y explican el derecho penal de acuerdo con el desarrollo del proceso, pero fundamentalmente se basan en el derecho romano, mismo que lo transforman y lo complementan con arreglo a las costumbres vigentes, a las fuentes bárbaras, al derecho de la iglesia y a los usos judiciales. Fuente consultada (9).

Esta escuela tiene sus inicios con Guido da Suzzara, que al parecer fue autor de un tratado denominado "De Ordine Maleficiorum" y con Rolandino de Romancii, quien habría escrito un tratado semejante, sin embargo, tales obras hasta la fecha no han sido encontradas. En cambio se tiene el "Tractatus de Maleficiis", escrito por Alberto de Gandino en 1262, dicho autor fue juez y a su vez discípulo de Guido da Suzzara, "en este libro, que es tal vez el más antiguo tratado de derecho penal que pudieramos invocar, el autor plantea los problemas, nuevos hasta entonces, de estudiar las distintas posiciones en que pueden encontrarse la voluntad criminal y el afecto delictuoso. A este efecto, Alberto de Gandino, distingue las cuatro figuras siguientes: Primera: 'Qui cogitat, nec agit, nec perfecit', es decir, el que piensa cometer un delito, pero no hace nada para lograrlo, ni por tanto produce ningún efecto criminal. Este es

(9) GRISPINGNI FILIPPO, Ob. Cit., Págs. 108 y 109.

el caso de los meros actos internos. Segunda: 'Qui cogitat et agit, sed non perficit': el que piensa y hace, pero no consigue; caso en el cual se ha penetrado en los actos externos, habiendo realizado el sujeto alguno, a pesar de lo cual el evento criminal no se ha producido; éste es el caso en que aparecen confundidos todavía, sin diferenciarse aún, la simple tentativa de delito y el delito frustrado. Tercera: 'Qui cogitat et agit perficit': el que piensa, obra y consigue; es decir, el delito consumado, sin que Alberto de Gandino distinga tampoco en esta figura si el delito producido es o no el mismo que el sujeto se habría propuesto ejecutar. Cuarto: 'Qui agit et perficit, sed non cogitat': el que hace y consigue un efecto criminal, pero sin quererlo; figura está fuera de la doctrina de que ahora tratamos, por referirse, en cambio, a la del delito culposo. Por tanto, a mediados del siglo XIII, la doctrina del iter criminis se ha formado casi de improviso" (10), surgiendo así con esta teoría, la figura del conatus, basada en la brillante locución de Gandino "Qui cogitat et agit, sed non perficit" y en consecuencia la diferencia entre el crimen y el conatus o tentativa, tal como lo hace notar en esa época el jurista Andrea Alciato, en su célebre definición "Aliud crimen, Aliud conatus; hic in itinere; illud in meta est" (una cosa es el crimen y otra el conato; ésta está en el camino; aquél en la meta).

e) EN EL DERECHO POST-NEOLATINO HASTA EL ILUMINISMO.

Como manifestamos la teoría del iter criminis se empieza a formar a mediados del siglo XIII, inspirados en el derecho penal romano y culminando a fines del siglo XVII, en donde el derecho penal se encuentra formado de manera total como una ciencia, gracias a la escuela de los prácticos de la Italia medieval. Posteriormente toda esta doctrina pasa a los países -

(10) BERNALDO DE QUIROZ, Ob. Cit., Pág. 102.

extranjeros, especialmente a Alemania, gracias a la literatura-jurídico-popular (Klagspiegel), ejerciendo gran influencia sobre las nuevas legislaciones penales de aquel tiempo, dentro de las cuales destaca la Bamberger Halsgerichtsordnung, llamada la madre de la constitución de la Carolina, del año 1507 y cuyo autor fue Hans Von Schwarzenberg, y la constitución de la Carolina de 1532, la cual, si bien es cierto que contiene normas procesales, también dedica parte al derecho material, acogiendo -- las enseñanzas de los prácticos italianos" (11), y en la cual encontramos un concepto científico y preciso de tentativa en su artículo 178, y que a continuación transcribimos: "So sich jemand eyner missethat mit etlichen scheinlichen werchen, die -- zur volnbringun dermissethat dienstlich sein mögen, understhet, und doch an volnbringung der selben missethat durch andere, -- mittel, wider seinen willen verhindert würde, solcher böser will, darauss etlich wertk, als obsteht volgen, ist peinlich zu straffen, aber in eynem fall herter dann inn dem andern angesehen -- gelenheit un gestalt de sach" (Así, si alguien se atreve a realizar un acto malo mediante algunas obras externas que puedan ser apropiadas 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 un caso más severamente que en otro, en vista de las -- circunstancias y forma de la cosa). Es digno de notarse aquí la diferencia entre los actos preparatorios y la tentativa, así como la restricción --ciertamente discutida-- a los casos de tentativa idónea, que se deduce de las palabras 'mediante algunas obras externas que puedan ser apropiadas para la consumación'. La frase 'impedido contra su voluntad' consagra la no punibilidad del desistimiento espontáneo" (12). Con posterioridad la doctrina de los italianos medievales se difunde en Europa, en los países -- tales como Francia, Hungría, Suecia y los países bajos. Así lle-

(11) GRISPIGNI FILIPPO, Ob. Cit., Pág. 109.

(12) MEZGER EDMUNDO, Ob. Cit., Págs. 226 y 227.

gamos al Iluminismo, que en la ciencia penal se considera que -- tiene sus inicios con la obra de Cesare Beccaria, denominada -- "Dei delitti e delle pene", publicado por primera vez en 1764, -- y dicha obra se encontrará influenciada profundamente, por las ideas de Montesquieu, Voltaire, Rousseau, D'Alembert y Diderot, ya que estas ideas rebasan las fronteras de Francia e influ-- yen las mentes de todos los estudiosos; siendo en Francia el có-- digo vigente del año de 1810 el que consagró la fórmula del -- "comienzo de ejecución", en la descripción legal "Loute tanta-- tive de crime qui aura esté manifestée par un commencement - - d'execution est considérée commele crime memo" (13).

f) EN EL DERECHO MEXICANO.

Por lo que se refiere a los antecedentes de la -- tentativa en el derecho penal mexicano, únicamente haremos alu-- sión desde la época Independiente en adelante. Tenemos como pri-- mer antecedente "El Bosquejo General del Código Penal para el - Estado de México" del año de 1831, de dicho bosquejo no se tie-- ne con exactitud el contenido de sus preceptos, solamente se -- tiene conocimiento de los capítulos y de los títulos que inte-- graban dicho código, por tal razón, desconocemos la existencia-- de una fórmula o definición de tentativa, que contuviera el có-- digo enunciado.

En el orden federal, la historia de la legisla-- ción mexicana conoce tres códigos que son: a) El Código Penal - de 1871, conocido también como Código "Martínez de Castro"; - - b) El Código Penal de 1929; y c) El Código Penal vigente, que - fue promulgado en 1931. La mayoría de los autores cuando se re-- fieren a la historia legislativa penal en México, únicamente -- parten del Código Penal de 1871, es decir la historia de la le-

(13) PAVON VASCONCELOS, Breve Ensayo sobre la Tentativa, Ed. Porrúa, México 1974, Pág.26.

gislación mexicana la hacen a partir del primer código federal-que rigió en la República, tal vez estos autores olvidan que -- existen códigos penales que estuvieron vigentes en los Estados-integrantes de la Federación y que estos códigos también conforman nuestra historia legislativa penal, los cuales consideramos de gran importancia ya que si los analizamos se desprende que -- influyeron bastante en el Código "Martínez de Castro". Así tenemos el Código Penal del Estado de Veracruz del año de 1835, el cual es el primer código penal que existió en México y que a su vez es el segundo de América Independiente (el primero es el de Bolivia), en este código ya se señala una fórmula de la tentativa en su artículo 93, en la forma siguiente:

Art. 93.- "La tentativa de un delito es la manifestación del designio de delinquir, hecha por medio de un acto exterior que de principio á la ejecución del delito ó la preparación".

En el Artículo 94 del ordenamiento en comento, -- también encontramos la definición de la tentativa acabada, misma que se definía de la manera siguiente:

Art. 94.- "Cuando la tentativa de que habla el -- artículo anterior se hubiese llevado por parte del reo hasta el último acto necesario para la comisión del mismo delito, se aplicará la pena ordinaria de éste, aún cuando la tentativa no se -- hubiere producido el efecto que su autor se proponía".

Del artículo 95 del Código Penal de 1835 para el Estado de Veracruz, se desprende que existe el concepto de una tentativa inacabada y que se define de la manera siguiente:

ART. 95.- "Cuando la tentativa se hubiere frustrado antes de llevarse á último acto por circunstancias independientes de la voluntad del delincuente, si la pena impuesta por la ley al delito fuera la capital...".

Por otra parte el Código Penal de 1835 para el Estado de Veracruz, plasmó el desistimiento y el arrepentimiento-activo o eficaz, dichas figuras se encontraban definidas en los artículos 96 y 99, respectivamente, los cuales a continuación -transcribimos:

Art. 96.- "Cuando el conato de algún delito se -- frustrare por el arrepentimiento del reo, no se impondrá pena - alguna por razón del conato".

Art. 99.- "Cuando después de haber llevado el reo la tentativa hasta el último acto, impidiere con efecto él mismo que la tentativa produzca sus efectos, procediendo así de su libre y espontánea libertad, la pena será al prudente albedrío del juez, con tal que nunca llegue el maximun que la ley señala al delito consumado".

Por lo que respecta al Código Penal para el Distrito y Territorios Federales del año de 1871, conocido también como Código "Martínez de Castro", el cual entró en vigencia por acuerdo del Presidente Don Benito Juárez. En lo que respecta a la tentativa encontramos en el Capítulo II (Grados del Delito - Intencional), artículo 18 que se distinguían cuatro figuras, -- que a continuación se señalan:

Art. 18.- "En los delitos intencionales se distin guen cuatro grados:

- I. Conato.
- II. Delito intentado.
- III. Delito frustrado.
- IV. Delito consumado".

El conato o tentativa, como actualmente se conoce, se definía en el artículo 19 de este ordenamiento, sin embargo- si se analiza con detenimiento encontramos que es una tentativa inacabada, veamos el contenido:

Art. 19.- "El conato de delito consiste: en ejecu tar uno ó más hechos encaminados directa é inmediatamente á la-

consumación, pero sin llegar al acto que la constituye".

Asimismo el Código "Martínez de Castro" en su artículo 22 definió al desistimiento de la manera siguiente:

Art. 22.- "En todo conato, mientras no se pruebe lo contrario, se presume que el acusado suspendió la ejecución-expontáneamente, desistiendo de cometer el delito".

Sin embargo pensamos que el desistimiento ya se encontraba reglamentado en el artículo 20, en el cual se señalaba la punibilidad del conato; ésto lo encontramos si hacemos -- una interpretación a contrario sensu de dicho artículo, veamos:

Art. 20.- "El conato es punible, solamente cuando no se llega al acto de consumación del delito, por causas independientes a la voluntad del agente".

En consecuencia si el conato no llega a la consumación por causas propias a la voluntad del agente, éste no es punible.

En el artículo 25 del código en análisis se plasma, lo que el legislador llamó delito intentado, de la siguiente manera:

Art. 25.- "Delito intentado es: el que llega hasta el último acto en que debía de realizarse la consumación, si ésta no se verifica por tratarse de un delito irrealizable porque es imposible, ó porque son evidentemente inadecuados los medios que se emplean".

Del precepto antes transcrito desprendemos, que en realidad se consagró una fórmula de imposibilidad del delito (delito imposible), en la cual, consideramos que el legislador trató de indicar que esta imposibilidad era el resultado por -- falta de objeto material o por falta de bien jurídico, al señalar "por tratarse de un delito irrealizable porque es imposible", o bien, se daba ésta por una inidoneidad de medios (me---

dios inadecuados) empleados.

De igual manera este ordenamiento definió una tentativa acabada en el artículo 26, la cual llamó "delito frustrado", y que actualmente sigue siendo válida, ya que la corriente española, principalmente, la acoge, pues llama delito frustrado a la tentativa acabada, observemos el contenido:

Art. 26.- "Delito frustrado es: el que llega hasta el último acto en que debió verificarse la consumación, si ésta no se verifica por causas extrañas a la voluntad del agente, diversas de las que se expresan en el artículo que precede".

El Código "Martínez de Castro", si bien consagró en sus preceptos a la tentativa acabada (delito frustrado), a la tentativa inacabada (conato), al desistimiento y al delito imposible (delito intentado), siendo ésta última una figura nueva para la legislación mexicana de aquella época, omite señalar o definir el arrepentimiento activo o eficaz, el cual ya encontramos plasmado con anterioridad en el Código Penal de 1835 para el Estado de Veracruz; ahora bien, haciendo una comparación de la técnica legislativa del Código Penal de 1835 del Estado de Veracruz y del Código Penal "Martínez de Castro" de 1871, -- consideramos que el primero de los ordenamientos enunciados supera al segundo, en lo relativo al punto de estudio.

Por lo que respecta al Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1929, en su Capítulo II, denominado "De los Grados del Delito Intencional", en su artículo 20 distingue el delito consumado de la tentativa; en cuanto a los grados de delito señala: a) el delito consumado (art. 20), b) tentativa inacabada (art. 22), c) desistimiento (art. 24), y d) arrepentimiento.

Consideramos que el Código de 1929 fue deficiente en cuanto a su técnica legislativa, ya que confundió el arrepenti

miento con el desistimiento, por otra parte no consagró, o bien, no señaló que era tentativa acabada, también conocida como delito frustrado. Fuente consultada (14).

Posteriormente entre en vigencia el Código Penal de 1931, que en la actualidad sigue siendo vigente; creándose con posterioridad una pluralidad de proyectos y anteproyectos de códigos penales, dentro de los más destacados cabe hacer alusión al anteproyecto de Código Penal de 1949, al proyecto de -- de 1958, al proyecto de Código Penal de 1963, al anteproyecto de Código Penal de 1983 y el último de 1989, legislación que -- tiene su principal antecedente en el anteproyecto de 1983, en -- donde se observa un gran adelanto técnico-jurídico, mismo que -- fue elaborado por la Procuraduría General de la República, la -- Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal y el Instituto Nacional de Ciencias Penales, que a su vez tuvo como antecedente el Código Penal del Estado de Veracruz de 1980 uno de los más modernos del país, junto con los Códigos de Guerrero, -- Querétaro y Zacatecas, pero desgraciadamente todos, con excepción del de 1989 han terminado en esa categoría, ojalá no suceda lo mismo con el anteproyecto de 1989.

2. CLASES DE TENTATIVA.

Desde los prácticos italianos, se adoptó la clasificación bipartita, en la cual se diferencia el delito consumado y el conato (tentativa), sin distinguir aún en éste último, -- si los actos realizados agotaban o no subjetivamente el delito. Es con los clásicos italianos donde aparece ésta distinción, -- surgiendo así la figura del delito frustrado, siendo Romagnosi -- el creador de esta figura, al momento de hacer la diferencia -- del agotamiento de los actos ejecutivos, en objetiva y subjetiva, para lo cual indicó "no hay que confundir la tentativa de --

(14) INACIPE. Leyes Penales Mexicanas, Ed. Talleres Gráficos de la Nación, México 1979, Vol. I Págs. 1, 8, 19 a 34, Vol. II. -- Págs. 373, 374. Vol. III Págs. 123 y 124. Vol. IV Pags. 10, 215 y 376.

delito con el delito que se malogra, y que se podía llamar delito frustrado. Este, en quien lo ejecuta se debe de considerar -- propiamente como un verdadero delito consumado. Veamos como explico y demuestro todo ésto.

Un fulano apunta su arcabuz contra un individuo para herirlo o matarlo; pero se presenta de repente un obstáculo interno o externo que lo detiene; he aquí un conato o tentativa de herida o de homicidio.

Por el contrario, otro individuo apunta y dispara su arcabuz contra un enemigo suyo, pero el tiro falla, éste es un delito frustrado, porque no tuvo efectos. Sin embargo, yo -- afirmo que no obstante ello, tal hecho no se debe considerar en relación con su autor como simple tentativa, sino antes bien como delito consumado" (15). Surge así la concepción tripartita -- (tentativa-delito frustrado-delito consumado); pero la mayoría de autores y códigos han abandonado esta concepción, para volver a la antigua clasificación bipartita (tentativa - delito consumado); si analizamos detenidamente la explicación del maestro clásico, desprendemos que llama conato a la figura que actualmente conocemos como tentativa inacabada, sin embargo, cabe aclarar -- que el doctor Romagnosi al dar un ejemplo de tentativa introduce a la figura del desistimiento, con las palabras "un obstáculo interno... que lo detiene", figura que actualmente, si bien es -- cierto, que va ligada a la tentativa inacabada, podríamos decir de algún modo que es una figura contrapuesta a ésta, ya que en -- la primera el resultado no se verifica por causas ajenas a su voluntad y en la segunda el resultado no se verifica por causas -- propias a la voluntad del agente. Por lo que respecta a lo que el profesor clásico llama delito frustrado, no es otra cosa sino lo que actualmente conocemos como tentativa acabada, así lo ha -- dicho Ferrer Sama, para los países que siguen la concepción tripartita, como es el caso de España (16).

(15) ROMAGNOSI GIANDOMENICO, Genesi del Diritto Penale, Trad. -- González Cortina, Ed. Temis, Bogotá 1956, Parágrafos 679 y 680.

(16) FERRER SAMA, Comentarios al Código Penal, Tomo I, Ed. Murcia 1946, Pág. 56.

Al tratar de saber cuantas clases de tentativa existen encontramos que los autores, cuando se refieren al punto en cuestión hacen alusión a la tentativa inacabada, a la acabada, a la imposible, a la desistida, a la frustrada, a la inidónea, a la inconclusa, a la concluída, a la imperfecta, a la irreal, a la fallida, etc., ésto a primera vista nos podría conducir a pensar que existen todas estas clases de tentativa, sin embargo, creemos que todo esto se debe a una mala técnica legislativa, a los diferentes criterios doctrinales, pero principalmente, a que no existe unanimidad de criterios en la denominación, ya que autores que siguen la misma corriente doctrinal -- usan diferentes denominaciones para una misma figura.

Por nuestra parte nos apegamos al criterio doctrinal sustentado por los alemanes, en el sentido de que la tentativa es sólo una figura, pero dentro de ésta ha de distinguirse la tentativa inacabada de la acabada, mismas que Beling denomina: "tentativa inconclusa y tentativa concluída" (17); Liszt de manera brillante lo ha sostenido al decir "dentro del concepto-unitario de tentativa tenemos que distinguir dos clases: 1. tentativa inacabada y 2. tentativa acabada" (18). Al hacer alusión a la tentativa, por consecuencia es necesario hablar de otras figuras que se relacionan bastante con la tentativa inacabada y la tentativa acabada, estas figuras son "el desistimiento", que -- algunos autores denominan "tentativa desistida" o "desistimiento en la tentativa" (denominación que consideramos incorrecta, ya que el desistimiento va en relación a la intención de cometer un delito y no una tentativa) y la otra figura es "el arrepentimiento activo o eficaz".

A continuación trataremos de analizar brevemente cada una de estas figuras.

(17) ERNST VON BELING, Grundzüge des Strafrechts, Trad. Sebastian Soler, Ed. DEPALMA, Buenos Aires 1944, Pág. 105.

(18) FRANZ VON LISZT, Tratado de Derecho Penal, Tomo III, Trad. Jiménez de Asúa Ed. REUS, Madrid 1929, Pág. 8.

3. TENTATIVA ACABADA.

a) CONCEPTO.

En lo relativo a esta figura, tenemos que la problemática surge desde su denominación, debido principalmente a la creación de la figura del delito frustrado, hecha por el Doctor Romagnosi, y por otra parte, a la no unificación de caracteres en la denominación de esta figura. Esta es conocida también como "delito frustrado", "frustración de tentativa", "tentativa frustrada", etc., pero principalmente existe la problemática de denominación entre tentativa acabada y el delito frustrado, que al decir del punto en cuestión, hay autores que afirman que estas figuras son totalmente distintas y que tienen sus diferencias, v. gr. Ferrer Sama*, sin embargo consideramos que ésto es consecuencia de que dichos autores están orientados por la vieja concepción tripartita (tentativa - delito frustrado - delito consumado).

"En la moderna domática como en la mayoría de -- los códigos, no se distingue entre tentativa y frustración" -- (19), ya que "carece de importancia en la actualidad, la distinción entre tentativa y delito frustrado. En éste, la ejecución es completa, en el sentido de que el agente ha desarrollado toda la actividad necesaria para llegar a la consumación, sin que ella se opere, por circunstancias ajenas a su voluntad. El delito frustrado - como dice Ferri - es completo en la ejecución -- subjetiva, pero incompleto en la objetiva, tanto en la una como en la otra. Se comprende sin esfuerzo la enorme dificultad de - establecer, en la práctica, cuando en la ejecución de un delito, el autor ha realizado todo lo que es necesario para llegar a la consumación. De ahí que la tentativa y el delito frustrado se - identifiquen, como es lógico, ya que nada los diferencia substan

* Véase Ferrer Sama, Ob. Cit., Págs. 56 y 57.
(19) DEL Rosal, Ob. Cit., Pág. 111.

cialmente" (20).

Por lo que se refiere al concepto de la figura en estudio, cada autor invoca el criterio suyo, éstos conceptos varían según la corriente adoptada, v. gr. El Doctor Romagnosi señala "se puede, pues, decir que la tentativa de delito, que los abogados llaman conato a delinquir, es la ejecución incompleta de un delito" (21), por su parte el maestro de Pisa nos indica, que es "cualquier acto externo, que por su naturaleza y en unidad conduce a un hecho criminoso y se dirige al mismo con expresa voluntad, no seguido del hecho mismo ni de la violación de un derecho igual o superior." (22), más actualmente Maggiore señala "entre todas las definiciones es insuperable -por su precisión digna de tácito- la de Impallomeni: tentativa punible es la ejecución frustrada de una determinación criminoso. Para conservar mayor adherencia a la configuración dogmática legal, podemos decir que la tentativa (conatus delinquendi) es un delito iniciado y no cumplido por interrupción de la acción por la irrealización del resultado" (23).

Por su parte la doctrina germana también sostiene su noción, así tenemos que Guillermo Sauer afirma "tentativa en sentido amplio es el peligro objetivo o también sólo querido -- (representado) de un bien especial merecedor de una protección por la activación correspondiente de la decisión de la voluntad (ésto es, el principio de la ejecución) con la ausencia objetiva del resultado (ésto es, con la falta de causalidad objetiva y -esperada por el autor) -pero también reconoce el autor que tentativa en sentido propio, tentativa pura, es por consiguiente -

-
- (20) GOMEZ EUSEBIO, Tratado de Derecho Penal, Tomo I, Ed. Compañía Argentina, Buenos Aires 1939, Pág. 434.
 (21) Ob, Cit., Parágrafo 667.
 (22) CARRARA FRANCESCO, Grado nella Forza Física del Delitto. - Lezioni, Trad. Romero Girón, Ed. Centro Editorial de Góngora, Madrid 1926, Parágrafo 102.
 (23) MAGGIORE GUISEPPE, Diritto Penale Vol. II, Trad. Ortega Torres, Ed. TEMIS, Bogotá 1972, Pág. 77.

curso causal irregular atípico, es decir, falta en la causalidad adecuada, según el normal transcurso del acontecer se debía esperar objetivamente, y también por el autor el resultado: Con esta dosis de veneno debería de producirse de modo normal la -- muerte. Toda tentativa es, por consiguiente, una tentativa concretamente inidónea (considerada ex post, al tenor de la teoría de la condición). El autor se equivoca sobre la causalidad material, sobre la concreta idoneidad del medio". (24), al respecto el profesor Maurach Reinarth dice "tentativa es la manifestación de la resolución a cometer un hecho punible doloso por -- acción que si bien representa 'un comienzo de ejecución', no -- llegan a realizar el tipo perseguido". (25), semejante opinión-- señala Welzel (26).

Si seguimos citando diferentes conceptos que sostienen los diversos autores podríamos llenar varias páginas y -- tal vez no podríamos encontrar uniformidad en el concepto, tal como lo indicamos al inicio del punto en estudio, pues dentro -- de una misma corriente doctrinal, aunque hay semejanza en los -- conceptos, a su vez existen ciertas contradicciones en cuanto -- a los elementos que integran a la tentativa.

Por nuestra parte nos atrevemos a decir que existe tentativa acabada "cuando con dolo de cometer uno o varios -- delitos se realizan todos los actos ejecutivos, o bien, hay una total omisión, por parte del agente, no verificándose la consumación por causas ajenas a su voluntad".

Con la noción acentada anteriormente tratamos de abarcar a la tentativa acabada en los delitos de acción como en

-
- (24) SAUER GUILLERMO, Allgemeine Strafrechtslehre, Trad. Del Rosal, Ed. Bosch, Barcelona 1956, Págs. 160 y 161.
 (25) REINARTH MAURACH, DEUTSCHES STRAFRECHT Allgemeiner Teil EIN LEHRBUCH, Trad. Córdoba Juan, Ed. Ediciones Ariel, Barcelona 1962, Pág. 172.
 (26) WELZEL HANS, Das Deutsche Strafrecht, Trad. Bustos Ramírez y Yáñez Pérez, Ed. Jurídica de Chile, Chile 1970, Pág. 262.

los delitos de comisión por omisión, éstos últimos, el maestro -
Porte Petit los denomina resultado material de omisión.

b) ELEMENTOS.

Anteriormente habíamos indicado que existe una va-
riedad de nociones o conceptos referentes a la tentativa, en --
virtud de los diversos criterios y corrientes doctrinales, en --
consecuencia, cuando los estudiosos o autores que tratan el tema
referente a los elementos que integran a la tentativa, señalan-
diferentes elementos. Por tal razón y tomando en cuenta el con-
cepto de tentativa acabada dado por nosotros, desprendemos que-
ésta se integra por tres elementos y que son:

- I. Dolo de cometer uno o varios delitos;
- II. Realización de todos los actos ejecutivos o
- III. Una total omisión (inactividad), y
- IV. No verificación de la consumación por causas
ajenas a la voluntad del agente.

Cabe aclarar que los elementos antes enunciados, -
al darse la tentativa no concurren en su totalidad, sino sola-
mente tres de estos elementos, siendo el caso que deberá de dar-
se una realización de todos los actos ejecutivos (II), o bien, -
una total omisión (III), ya que como son elementos antagónicos-
por su naturaleza, sería absurdo que la tentativa se integra --
por todos los elementos que se enunciaron y que en total son --
cuatro. Analicemos brevemente esos elementos.

- I. Dolo de cometer uno o varios delitos.

"Sin intención delictuosa no hay tentativa; en --
otros términos, no existe delito tentado que no sea doloso" (27),

(27) MAGGIORE GUIUSEPPE, Ob. Cit., Pág. 77.

pero surge la pregunta ¿Qué debe de entenderse por dolo?. En lo referente al dolo existe toda una teoría tan vasta y tan compleja que sería imposible explicar, ya que en la doctrina se hace alusión a un dolo directo, dolo indirecto, dolo de probabilidad, dolo eventual, dolo acumulativo, dolo alternativo, etc., y que en relación a la tentativa existe diversidad de criterios en -- cuanto a que si la tentativa admite o no admite ésta clase de dolos.

Carnelutti señala "que el dolo es la deliberación del fin que se resuelve en el daño prohibido y que cuando a la intención le sigue la actuación se da el delito doloso, o sea, -- que hay una identidad entre el evento y el fin, --posteriormente resume-- el delito doloso se da cuando en el fin se comprenden -- los requisitos que constituyen la punibilidad del evento y no -- se comprenden circunstancias excluyentes de esa punibilidad, -- aunque entre el fin y el evento haya diferencia de circunstancias según las cuales se agrave o se atenúe la punibilidad. -- -- aclara el autor citado-- así precisada la noción del dolo, absorbe y, por tanto, elimina la conocida y atormentada figura del dolo indeterminado y del dolo alternativo, fruto de intuiciones -- confusas de la verdad que en ellas se enuncia: se suele hablar de dolo indeterminado cuando el fin se refiere a un género en -- el que se comprende la especie del evento (fin de matar a un -- hombre cualquiera); y de dolo alternativo, cuando el fin se refiere a dos o más eventos, de los que se verifica uno (fin de -- matar a Ticio o a Cayo); pero, evidentemente, tales figuras son ociosas, pues la divergencia que en ellas se advierte entre el fin y el evento no resulta trascendente para la existencia del dolo" (28).

Por tal razón y al observar que existen una serie de problemáticas en lo referente al dolo nos limitaremos a indi

(28) CARNELUTTI FRANCESCO, Lezioni di Diritto Penale, Trad. Sentis Melendo, Ed. E.J.E.A., Buenos Aires 1952, Pág. 156-158.

car que el dolo es la intención o la voluntad que tiene el sujeto activo de cometer un delito, es decir, es el querer realizar un delito.

Ahora bien, al hablar de un dolo como elemento de la tentativa ¿A qué dolo nos debemos de referir?, ¿A un dolo de tentativa, o bien, a un dolo de delito?, a estas interrogantes-Manzini responde "la intención no equivoca de cometer un determinado delito es un requisito que se refiere desde luego al fin del agente, pero que no debe de confundirse con el dolo de la consumación, y por consiguiente, inútil hablar de él" (29).

Como se observa, Manzini da a entender que existe un dolo de tentativa y otro de consumación; otros autores señalan que el dolo de la tentativa es semejante, o bien, no difiere del dolo de la consumación. Criterio que no compartimos ya que el sujeto activo al momento de proponerse la realización -- de un delito, es esa su finalidad, y no la tentativa, por lo -- tanto ésto sería contradictorio e imposible; querer realizar una finalidad y al mismo tiempo no querer el resultado propuesto, o saber que el resultado no se producirá por una circunstancia -- ajena a su voluntad.

Ya anteriormente habíamos indicado que uno de los elementos de la tentativa es el dolo, por tal razón "para que se dé tentativa es necesario, en primer lugar que el fin del acto coincida con un daño que la ley prevea como delito; no puede haber homicidio intentado si el fin de la gente no es la muerte" (30), De ahí que se debe de hablar de un dolo de delito como -- elemento de la tentativa, tal como acertadamente lo dice Ranieri, "no existe, pues, un dolo de tentativa, puesto que en la -- tentativa punible el dolo es el del delito llevado a la consumación y a cuya realización estaba enderezados los actos del sujeto" (31).

(29) Ob. Cit., Págs. 180 y 181.

(30) CARNELUTTI FRANCESCO, Ob. Cit., Pág. 165.

(31) RANIERI SILVIO, Manuale di Diritto Penale, Vol. I, Trad. - Jorge Guerrero, Ed. TEMIS, Bogotá 1975, Pág. 61.

II.- Realización de todos los actos ejecutivos.

En cuanto este elemento, pensamos que no es de difícil comprensión, por lo tanto, no necesita una explicación mayor, sin embargo sobresale el problema en lo relativo a lo que se debe de entender por "actos ejecutivos", cuestión que ha sido definida en el capítulo anterior del presente trabajo.

II.a. Idoneidad de medios y ausencia de bien jurídico u objeto material.

Consideramos que es de suma importancia hacer alusión en este momento, a lo que algunos autores denominan "tentativa inidónea" o "tentativa imposible", denominaciones que consideramos incorrectas, ya que en caso de que existiera la tentativa por las razones que exponen quienes la denominan así, no deja de ser "tentativa de delito". Nosotros consideramos que se debe de hablar de lo que comunmente la doctrina conoce con la denominación de "delito imposible" (imposibilidad de delito), y que éste sobreviene por dos causas: a) por realizar actos inidóneos, o bien, b) por falta de objeto material o bien jurídico tutelado, según el caso. Tratemos de demostrarlo.

"Para que haya tentativa no basta, sin embargo, - que exista una voluntad dirigida hacia un resultado ilícito, si no que exige que dicha voluntad se exteriorice en actos idóneos dirigidos de modo inequívoco a cometer un delito. El producir el evento, y ha de estar objetivamente dirigido a éste, es decir, debe de poner en evidencia por sí la intención del agente" (32), o sea, "idóneo, en general, es el acto que, según la experiencia, puede ser considerado como adecuado para la producción del resultado" (33). De lo anterior desprendemos que para la --

(32) BETTIOL GUISEPPE, Diritto Penale (Parte Generale), Trad. - León Pagano, Ed. TEMIS, Bogotá 1965, Pág. 482.

(33) RANIERI SILVIO, Ob. Cit., Pág. 53.

existencia de la tentativa es necesario la realización de actos idóneos, en contrario sensu, si no existen actos idóneos, no -- existe tentativa, ya que estos son elementos esenciales de la - tentativa.

Por su parte Fontán Balestra afirma "la tentativa es inidónea cuando los actos realizados no tienen en el caso con creto capacidad para poner en peligro el bien jurídico protegido por la ley penal, agregando, que un medio es inidóneo cuando es inadecuado para llegar a la consumación" (34). Con respecto a la inidoneidad, la doctrina la divide en absoluta y relativa, "es absoluta cuando los medios o el objeto hacen imposible el - resultado querido y relativa cuando los medios y el objeto tienen en sí mismos la aptitud para hacer posible el resultado, pero éste no se verifica por circunstancias especiales del caso concreto" (35).

De lo anterior podemos observar que los autores - citados en sus criterios son contradictorios, toda vez que si - mencionan que la idoneidad es un elemento de la tentativa, al - no existir, no puede existir, en consecuencia no es posible hablar de una tentativa inidónea, cuando precisamente falta un -- elemento de esta figura.

Por lo que respecta a la idoneidad, diremos que - ésta es una característica o elemento de los actos ejecutivos - y en ningún momento es correcto hablar de una "tentativa inidó nea" sino que se debe de hablar de una "imposibilidad de delito" (delito imposible), ya que en la tentativa se entiende que hay realización de actos ejecutivos, los cuales forzosamente - son idóneos, pues sería absurdo hablar de una ejecución por me dio actos inadecuados, en consecuencia y siguiendo un razona--

(34) FONTAN BALESTRA, Tratado de Derecho Penal Argentino, Parte General, Tomo II, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1966, Pág. 383.

(35) RANIERI SILVIO, Ob. Cit., Pág. 53.

miento lógico, jamás se podrá hablar de una tentativa. Precisamente aclarar que todo acto ejecutivo forzosamente tiene la característica de ser idóneo, pero no todo acto idóneo es ejecutivo, ya que la idoneidad puede aparecer desde la preparación, el problema es precisar que acto es preparatorio y cual ejecutivo, -- cuestión que ya fue tratada.

En lo referente a la inidoneidad de los medios, - se habla de dos tipos, principalmente, así tenemos que hay inidoneidad relativa e inidoneidad absoluta; "se dice que es absoluta cuando los medios no pueden, por sí mismos, causar el efecto dañoso o peligroso, como en el caso del empleo de sustancias no tóxicas para envenenar a una persona. Se dice que es relativa cuando los medios pueden ser suficientes para el logro del designio criminal, si se emplean con cierta habilidad, como es el caso que cita Carraud, del anarquista que lanza una bomba en un teatro, la cual no explota porque el agente no ha sabido manejarla convenientemente" (36). Por su parte Ranieri manifiesta, que dentro de la doctrina "se habla de inidoneidad absoluta cuando los medios o el objeto hacen imposible el resultado querido (por ejemplo, agua azucarada en vez de arsénico, cadáver en cambio de hombre vivo, etc.), y de inidoneidad relativa, --- cuando los medios y el objeto tienen en sí mismos la aptitud para hacer posible el resultado, pero éste no se verifica por circunstancias especiales del caso concreto, (por ejemplo, una dosis insuficiente de veneno, la protección de una cota de malla, etc.)" (37).

Al respecto consideramos, que en cuanto a la inidoneidad de los medios, sólo debe de hablarse de una, y ésta -- siempre será absoluta, esto lo podemos desprender del propio -- Eusebio Gómez cuando dice "inidoneidad importa falta completa de potencia causal" (38), esto es, si falta completamente un --

(36) GOMEZ EUSEBIO, Ob. Cit., Pág. 477.

(37) Ob. Cit., Pág. 53.

(38) Ob. Cit., Pág. 476.

potencial causal, jamás se podrá producir el resultado, por - - tanto, no es del todo feliz, hablar de una inidoneidad absoluta y otra relativa, ya que no tiene trascendencia ni resultados positivos y solamente ayuda a complicar y confundir a los estudiosos que tratan el tema, además de que este criterio no tiene -- aplicación, ya que si analizamos con detenimiento lo que los -- autores entienden por inidoneidad relativa, se puede apreciar que no es otra cosa sino la realización de los actos ejecutivos y "la no producción del resultado" por causas ajenas a la voluntad del sujeto, elemento de la tentativa que analizaremos con - posterioridad, ya que si el sujeto trata de envenenar a una per-sona y por equivocación suministra una sustancia que no es veneno, o bien, lanza una granada pero debido a que no sabe el manejo de esta, y no explota, o bien, se efectúa un disparo y al momento de efectuarse, la posible víctima se mueve no dando en el blanco, no es otra cosa, que la no producción de un resultado - por una causa ajena a la voluntad del sujeto activo, y no una - inidoneidad relativa, ya que los medios que se usaron eran adecuados y tenían el potencial de producir el resultado, es decir, eran actos ejecutivos.

En consecuencia y con las explicaciones que tratamos de hacer con anterioridad, creemos que se demuestra la inexistencia de la llamada "tentativa inidónea", y en su lugar se debe de hablar de una imposibilidad de delito (delito imposible) y que éste tiene existencia en base a dos hipótesis:

- a) Inidoneidad de medios, o bien,
- b) Falta de objeto material, o, falta de bien jurídico tutelado, según el caso.

Por lo tanto consideramos que queda demostrado -- que en cuanto a la idoneidad de medios, éste no es un elemento de la tentativa, sino que es un elemento o características de - los actos ejecutivos, y por tal razón debe de ser tratado cuando se hace alusión a los actos ejecutivos y no en los elementos

de la tentativa.

III. Una total omisión (inactividad).

Al momento de señalar cuales eran los elementos - que integraban a la tentativa acabada, manifestamos que eran -- tres, dentro de los cuales apuntamos a una total realización de los actos ejecutivos, o bien, se podría dar o presentar una total omisión, es decir, una ausencia de actividad, pero jamás podrán concurrir éstos dos elementos, ya que son opuestos, pues - en el primero de los enunciados se desprende que existe una acción y en el segundo una omisión, es decir, aquí están presentes las dos formas de la conducta y que con una de estas formas se producirá el resultado deseado por el sujeto activo.

En la teoría del delito cuando se estudian o se - analizan cuales son los elementos que integran al delito, siguiendo una prelación lógica, se estudia en primer lugar a la - conducta o hecho humano; la conducta como es bien sabido, puede ser de dos formas, una de manera positiva, es decir, un hacer - (acción), o bien, puede ser en forma negativa, es decir, una -- inactividad (omisión), o sea, "la acción implica movimiento y - la omisión, todo lo contrario: inactividad. Vienen a constituir cada una de ellas el anverso y reverso de una medalla, y son -- términos antagónicos, uno de ellos, no puede servir de género - para el otro" (39). Veamos de manera breve a la omisión.

"La omisión viene de ser una de las dos formas de la conducta. El delito de omisión presenta dos clases:

a) Propio delito de omisión (puro delito de omisión simple omisión, omisión verdadera), y

b) Delito de omisión impropia o sea, el delito de comisión, que estimo debe de denominarse resultado material por

(39) PORTE PETIT CANDAUDAP, Apuntamientos de la Parte General - del Derecho Penal, Ed. Porrúa, México 1987, Pág. 231.

omisión, división de la omisión, que ha sido criticada de absurda nomenclatura. La omisión simple consiste en el no hacer, voluntario o involuntario (culpa), violando una norma preceptiva y produciendo un resultado típico, dando lugar a un tipo de mandamiento o imposición. Los elementos de la omisión son:

- a) Voluntad o culpa,
- b) Inactividad o no hacer,
- c) Deber jurídico de obrar y
- d) Resultado típico." (40).

a) Voluntad o culpa: la voluntad en la omisión consiste en el querer no realizar la acción esperada y exigida, es decir, en querer la inactividad, ésto es, con respecto a la omisión intencional, por lo que respecta a la omisión sin voluntad, es decir, a la omisión por culpa, no haremos alusión a éstas, - ya que la tentativa sólo existe en los delitos dolosos y no en los culposos.

b) Inactividad o no hacer; la omisión como se ha indicado es una abstención o inactividad, violando así una norma-preceptiva-imperativa, es decir, ésta inactividad consistirá en no hacer lo que la norma ordena que se haga.

c) Deber jurídico de obrar "¿En cuál ordenamiento jurídico debe de estar contenido el deber jurídico de obrar? -- vamos a encontrar una situación diferente con respecto a los delitos de comisión por omisión o de resultado material por omisión. El deber jurídico de obrar consiste en una acción esperada y exigida en los delitos de omisión simple, debe de estar -- contenida en una norma penal, es decir, estar tipificada, pues de otra manera su no realización, el no cumplimiento del deber, sería irrelevante penalmente. No interesa a diferencia de lo que acaece en los delitos de comisión por omisión, un deber ju-

(40) PORTE PETIT CANDAUDAP, Ob. Cit., Pág. 241.

rídico impuesto en un ordenamiento no penal, ya que la omisión entonces no sería típica, puesto que lo que constituye delito es la simple omisión típica sin resultado material". (41).

d) Resultado típico; "el resultado en la omisión -- simple es únicamente típico, al existir un mutamiento en el orden jurídico y no material, ya que se consume el delito al no cumplirse con el deber jurídico ordenado por la norma penal". - (42).

En cuanto a la "comisión por omisión", "omisión impropia", "delito espurio" o "falso delito de omisión", el maestro Porte Petit ha señalado "existe un delito de resultado material por omisión cuando se produce un resultado típico y material, por un no hacer voluntario o no voluntario (culpa), violando una norma preceptiva (penal o de otra rama de derecho) y una norma prohibitiva.

Los elementos del delito de comisión por omisión, son:

- a) Una voluntad o culpa,
- b) Inactividad,
- c) Deber de obrar (una acción esperada y exigida) y deber de abstenerse.
- d) Resultado típico y material" (43).

Por lo que respecta a los incisos a) y b) es válido lo que se enunció en los incisos a) y b) de la omisión simple.

c) Deber de obrar y abstenerse; "a diferencia del delito de omisión simple en el delito de comisión por omisión, existe un doble deber: deber de obrar y deber de abstenerse. --

(41) PORTE PETIT CANDAUDAP, Ob. Cit., Pág. 241.

(42) Ibidem., Pág. 242.

(43) Ibidem., Págs. 243 y 244.

Por tanto, da lugar a un 'tipo de mandamiento (o imposición)' y de 'prohibición'." (44)

"En consecuencia, se hace obligada la pregunta: ¿de dónde debe emanar el deber de obrar?. La doctrina nos ilustra en el sentido de que el deber puede emanar de un precepto - jurídico, de una obligación, o sea de una anterior aceptación- del deber de obrar, o de un actuar o acción precedente, que no sean dolosos". (45)

Por nuestra parte nos atrevemos a señalar que el deber de obrar puede provenir o emanar de:

- 1) Una norma de derecho (sea penal, civil, laboral, administrativo, etc.)
- 2) De un acto jurídico (contrato, convenio, relación laboral, etc.), o
- 3) De una resolución judicial.

d) Resultado típico y material; "en el delito de comisión por omisión se produce un cambio en el mundo exterior, - al violarse la norma prohibitiva. En consecuencia, hay un doble resultado: típico o jurídico y material". (46), es decir, el resultado típico es la violación de la norma penal, ejemplo en el homicidio se viola el artículo 302 del Código Penal, y el resultado material es el mutamiento en el mundo exterior, en este caso la muerte de una persona.

De esta manera queda explicado de manera breve la omisión simple, como la omisión de resultado material.

Al dar nuestra noción de tentativa, se dijo que - -

(44) PORTE PETIT CANDAUDAP, Ob. Cit., Pág. 246.

(45) Idem.

(46) Ibidem., Pág. 250.

existía cuando había una "total omisión"... y no indicamos en dicho concepto a "el deber jurídico de obrar", porque podría -- llevar a confusión, por tal razón explicamos cuales son los elementos de la omisión y de la comisión por omisión, en consecuencia al enunciar únicamente "omisión", se debe de entender que van implícitos estos elementos en el concepto de tentativa. Cabe aclarar que la tentativa acabada únicamente se da en los delitos de resultado material, y no así en los de mera conducta, ya que en la tentativa acabada no se produce el resultado por causas ajenas a la voluntad del sujeto, es decir, no se produce el resultado material esperado, y en los delitos de omisión simple el delito queda consumado con la simple omisión, es decir, se produce inmediatamente el resultado jurídico, que es precisamente la violación del precepto.

IV. No verificación de la consumación por causas -- ajenas a la voluntad del agente.

En la figura de la tentativa no se producirá el resultado querido, es decir, no se llega a la consumación del delito, pero esta no producción del resultado o de la consumación no debe de derivar o ser consecuencia de cualquier causa, sino precisamente debe de provenir o ser resultado de una causa ajena a la voluntad del sujeto, es decir, que no debe de ser voluntad del agente la no consumación, tal como lo hace notar Erra, en su obra (la Desistencia Voluntaria nel Tentativo), al apuntar "para que haya tentativa es necesario que la falta de consumación del delito sea independiente de la voluntad delictuosa" -- (47), ya que si la no producción del resultado deriva o es consecuencia de una causa propia de la voluntad del sujeto, voluntad que debe de ser libre a los vicios, nos encontramos frente a una figura distinta de la tentativa, figura que es conocida en la doctrina como "arrepentimiento activo" o "arrepentimiento eficaz".

(47) BETTIOL GIUSEPPE, Ob. Cit., Pág. 488.

4. ARREPENTIMIENTO ACTIVO O EFICAZ.

a) CONCEPTO.

Con anterioridad se había indicado que existen figuras que tienen una semejanza con la tentativa acabada y con la tentativa inacabada, es el caso que la tentativa acabada tiene una semejanza o parecido con el arrepentimiento activo o eficaz.

Al igual que sucede con todas las figuras del derecho penal, los autores plasman su concepto o noción respecto del arrepentimiento, así tenemos que Antolisei señala "el arrepentimiento, activo, por el contrario, se verifica cuando el culpable ha finalizado la actividad ejecutiva y, deseado por reflexiones o hechos sobrevividos evitar la verificación del resultado, -pero aclara- es más conveniente denominarla, a esta figura con la expresión de abandono activo" (48).

Sin embargo cabe hacer un comentario a la denominación propuesta por Antolisei, en razón a esto nos adelantamos sobre lo que explicaremos más ampliamente, en el sentido de que si el sujeto por hechos sobrevenidos evita la verificación del resultado, pensamos que es imposible hablar de un "abandono activo", ya que la no verificación de la consumación, se debe de dar o debe ser consecuencia de la voluntad libre del agente, ya que con las palabras "abandono activo", en primer lugar indica o da a entender que todavía no se han realizado todos los actos ejecutivos, por otro lado, ese abandono puede ser tanto de causas ajenas como de causas propias, es decir, es más amplia la palabra "abandono activo", por eso el maestro Castellanos Tena con acierto manifiesta "en la tentativa acabada o delito frustrado no cabe el desistimiento, y tan sólo podría hablarse de arrepentimiento activo o eficaz, no es dable desistir de lo ya ejecutado". (49),

(48) ANTOLISEI FRANCESCO, Manuale di Diritto Penale, Trad. del Rosal y Angel Torino, Ed. Uthea, Argentina Buenos Aires 1960, Pág. 362.

(49) CASTELLANOS TENA FERNANDO, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Ed. Porrúa, S.A., México 1988, Pág. 290.

ésto es, no se puede hablar de un abandono activo, dado que la actividad se ha realizado de manera total, y no se puede abandonar, dejar de hacer o desistir de lo que ya está realizado.

El profesor Pavón Vasconcelos, ha dicho "el arrepentimiento 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" (50).

Por nuestra parte indicamos que hay arrepentimiento cuando con dolo de cometer uno o varios delitos, se realizan todos los actos ejecutivos, o bien, cuando hay una total omisión, no produciéndose la consumación por voluntad del agente.

b) ELEMENTOS.

Al igual que como sucede en la tentativa, en el arrepentimiento al existir una pluralidad de nociones o conceptos, cada autor señalará de que elementos se integra esta figura, dependiendo de la noción o concepto propuesto, los cuales variarán en razón al concepto y a la corriente doctrinal a que se apegue cada autor.

Por nuestra parte y en base al concepto que nos permitimos plasmar anteriormente, diremos que la figura en estudio se integra por tres elementos, los cuales enunciamos a continuación:

- I. Dolo de cometer uno o varios delitos;
- II. Realización de todos los actos ejecutivos, o bien,
- III. Una total omisión (inactividad); y
- IV. No consumación por voluntad del agente.

(50) PAVON VASCONCELOS, Breve Ensayo sobre la Tentativa, Ed. Porrúa, S.A., México 1974, Pág. 113.

Es de aclarar que los elementos enunciado anteriormente, no concurren en su totalidad en la integración de la figura en estudio y solamente encontraremos uno de los elementos - - enunciados en los numerales II y III, pero nunca los dos, acompañado por los elementos marcados con los números I y IV.

Por lo que concierne a los elementos enunciados y marcados con los números I, II y III es válida la explicación relativa a los elementos de la tentativa, ya que coinciden con los mismos numerales y la denominación.

IV. No consumación por voluntad del agente.

En el arrepentimiento al igual que en la tentativa acabada no se verifica la consumación; en la tentativa debido a causas ajenas a la voluntad del sujeto, pero en el arrepentimiento es por causas propias, es decir, por voluntad del sujeto, por eso señala Cortés Ibarra que "el agente, habiendo agotado los -- actos ejecutivos, interviene voluntariamente impidiendo la consumación criminosa. Actúa desviando el normal proceso causal, pero una vez agotada la acción ejecutiva" (51), en consecuencia se ha dicho "por arrepentimiento espontáneo debe de entenderse aquél - en que el agente no ha obrado por causas externas que le obliguen a actuar, sino obedeciendo exclusivamente a una determinación de su libre voluntad, contraria a la antecedente resolución de delinquir" (52). Podríamos decir, de alguna forma, que con libre determinación de evitar la consumación en una forma eficaz, queda anulada la intención o el dolo del delito propuesto.

Cabe hacer mención que la figura del "arrepentimiento", única y exclusivamente se puede presentar en las figuras típicas que tienen un resultado típico y material, ya que --

(51) CORTÉS IBARRA MIGUEL A., Derecho Penal, Ed. Cárdenas, México 1987, Pág. 426.

(52) FERRER SAMA A., Ob. Cit., Pág. 73.

en los delitos que únicamente tienen un resultado típico, llamados también de mera conducta, no es posible, en virtud que con la simple realización de la conducta automáticamente se comete el delito, es decir hay consumación.

"Con la institución del arrepentimiento eficaz o activo de que estamos hablando, no debe de confundirse el arrepentimiento eficiente, que puede darse después de la consumación del delito y que puede tomar la forma o de receso del delito, o de reparación de las consecuencias del delito o de retracción" (53), a este arrepentimiento se le conoce más comúnmente como arrepentimiento post-delictum o arrepentimiento post-factum.

5. ARREPENTIMIENTO POST-FACTUM.

a) NOCION.

"Una institución destinta al arrepentimiento activo que se interpone entre la acción y el resultado, es el arrepentimiento post-factum, que no interviene en el curso del delito sino que sobreviene a su consumación.

Este es arrepentimiento en cuanto se reconoce el ilícito y hay prontitud para atenuar sus efectos; pero no es ni activo ni eficaz; por cuanto interviene post-factum, y lo ya hecho no puede deshacerse (factum infectum fieri nequit), aunque puedan hacerse menos graves sus consecuencias dañosas o peligrosas" (54); "esta clase de arrepentimiento es causa de exclusión de la pena, o también circunstancia atenuante" (55), según la doctrina italiana.

6. TENTATIVA INACABADA.

(53) RANIERI SILVIO, Ob. Cit., Pág. 73.

(54) MAGGIORE GUISEPPE, Ob. Cit., Págs. 87 y 88.

(55) RANIERI SILVIO, Ob. Cit., Págs. 72 y 73.

a) CONCEPTO.

Con antelación, en el presente trabajo se indicó que nos apegábamos al criterio bipartito de la tentativa, es decir, tentativa-delito consumado, pero dentro del concepto general de tentativa, se debe de distinguir la tentativa inacabada de la acabada.

La tentativa inacabada, conocida también como delito tentado, delito intentado o tentativa inconclusa, es según Beling cuando "el autor no ha concluido aún su acción ejecutiva, ello es, no ha continuado su movimiento corporal lo bastante para que (en los delitos de pura actividad) ella ya constituya la realización del delito-tipo, o bien (en los delitos materiales) haya alcanzado a cumplir los actos finales necesarios para la producción de la causalidad tendiente al evento típico" (56). Por su parte Cuello Calón indica "hay tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del delito directamente -- por hechos exteriores y no practica todos los actos de ejecución que debieran producir el delito por causa o accidente que no -- sea de su propio y voluntario desistimiento" (57); para el jurista español Jiménez de Asúa existira "cuando la voluntad criminal se traduce en un caso externo que entra en la esfera de consumación del delito, sin llegar a llamarla, y va dirigido -- claramente a conseguir la objetividad jurídica del delito, pero sin llegar a lesionarla, el acto se llama ejecutivo y la figura a que da lugar se denomina tentativa. Esta figura puede definirse sintéticamente como la ejecución incompleta de un delito" -- (58) o como dice Franz von Liszt "hay tentativa inacabada, cuando el acto de ejecución no está aún terminado" (59).

(56) Ob. Cit., Pág. 105.

(57) CUELLO CALON EUGENIO, Derecho Penal Tomo I, Ed. BOSCH, Barcelona 1971, Pág. 617.

(58) JIMENEZ DE ASUA La Ley y el delito, Ed. Hermes, México - 1986, Pág. 474.

(59) Ob. Cit., Pág. 8.

De los autores antes citados, en sus nociones expuestas coinciden, que en la tentativa inacabada hay una incompleta realización de los actos ejecutivos. "Sin embargo, con -- acierto el maestro Porte Petit ha hecho notar lo incorrecto de las definiciones comunes, en las cuales, para dar el concepto de tentativa, se hace referencia a la ejecución de hechos, cuando en realidad el instituto opera también en los delitos de omisión y, por ende, puede aparecer mediante un comienzo de inejecución o de inactividad, si existe voluntad de hacer seguir el resultado, pero éste no aparece por causas ajenas a la voluntad del agente. 'La vida que tenga el comienzo de inejecución depende del tiempo en que se realice la acción esperada, es decir, -- que llegue antes del momento en que existe una ausencia total de los actos de ejecución'. En consecuencia, sería preferible -- definir la tentativa, a efecto de comprender todas las formas, -- como la ejecución o inejecución en su caso de actos encaminados a la realización de un delito, si éste no se consuma por -- causas independientes del querer del agente. En una palabra, en la tentativa que nos ocupa sólo se practican algunos de los actos indispensables para llegar a la consumación" (60).

Por nuestra parte nos atrevemos a decir que existe tentativa inacabada cuando con dolo de cometer uno o varios delitos, el agente realiza en forma incompleta los actos ejecutivos, o bien, hay una omisión parcial, por causas ajenas a su voluntad.

b) ELEMENTOS.

Por lo que se refiere a los elementos de la tentativa inacabada Ramos Bejarano dice "en primer término, debe de existir por parte del agente la voluntad de realizar el delito-

(60) RAMOS BEJARANO FRANCISCO J., La Tentativa Inacaba, Sobretítulo de la Revista Facultad de Derecho de México, Número 53, Tomo XIV, Enero-Marzo de 1964, Pág. 63-76, Ed. UNAM, México, Distrito Federal, Pág. 64 y 65.

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

en segundo lugar un comienzo de ejecución (o de inejecución), - es decir, tratándose de los delitos de acción precisa en un principio actividad, mientras que en los delitos de comisión -- por omisión requiérese un comienzo de inactividad; en tercer -- término, que el delito no se consume por causas ajenas a la voluntad del hombre" (61).

Por lo que se refiere al segundo elemento enuncia do por Ramos Bejarano, indicamos que es de manera bastante difi cil precisar cuando hay "un comienzo de ejecución" o "inejecu ción". Ahora bien, por lo que respecta al tercer elemento que - él enuncia, para nosotros no es un elemento perteneciente a la tentativa inacabada, sino a la tentativa acabada, en virtud de que en la tentativa inacabada es precisamente la no terminación de la actividad ejecutiva por causas ajenas a la voluntad del - sujeto, razón por la cual no es correcto hablar de la no consu mación, en forma directa, ya que ésta es consecuencia de la no culminación de los actos ejecutivos (conducta productora del re sultado), por eso es acertada la opinión del español Luis Car-- los Pérez al decir "el cuarto y último elemento de la tentativa es la interrupción de la acción" (62).

Al respecto Cuello Calón opina "para que exista - tentativa han de concurrir, por consiguiente, tres requisitos:- a) intención de cometer el delito a cuya consumación se tiende. b) que el culpable de principio a la ejecución del delito, y -- que lo haga directamente y por hechos exteriores... c) ejecu-- ción de algunos de los actos constitutivos del delito, pero no todos, ... y d) por causa o accidente ajeno a su propia y volun tario desistimiento" (63). Por último Ferrer Sama nos indica -- que "los elementos o caracteres de la tentativa son: a) resolu ción de provocar el resultado delictivo, b) ejecución parcial -

(61) Ob. Cit., Pág. 66.

(62) PEREZ LUIS CARLOS, Tratado de Derecho Penal, Tomo I, Ed. - Temis, Bogotá 1967, Pág. 638.

(63) Ob. Cit., Págs. 617 y 618.

de la conducta delictiva, c) no causación del resultado, y ausencia de desistimiento espontáneo" (64).

Consideramos que en la tentativa inacabada aparecen tres elementos, que a nuestro criterio son:

- I. Dolo de cometer uno o varios delitos;
- II. Incompleta realización de los actos ejecutivos, o bien;
- III. Existencia de una omisión parcial; y
- IV. Debido a causas ajenas a la voluntad del agente.

Como hemos indicado anteriormente y nuevamente -- aclaramos que concurren únicamente tres elementos, ya sea la in completa realización de los actos ejecutivos, o bien, la existencia de una omisión parcial, todo esto, en virtud de que el delito, no olvidemos, se puede lograr por acción o bien por omisión; en tal sentido solamente concurrirá uno de estos elementos.

- I. Dolo de cometer uno o varios delitos.

Respecto a este elemento, debe darse por reproducido cuanto ha quedado dicho al analizar el mismo elemento, en la figura de la tentativa acabada.

- II. Incompleta realización de los actos ejecutivos.

En lo relativo a este elemento la comprensión a simple vista resulta fácil, dado que no se realiza de manera total los actos ejecutivos (acción ejecutiva), es decir "que el -

culpable no practicó todos los actos de ejecución que debieran producir el delito" (65), o sea, como lo hacen notar algunos -- autores, hay una interrupción de los actos ejecutivos.

Sin embargo el problema resalta cuando algunos autores, (casi todos), en sus fórmulas señalan o hacen alusión "a la realización de todos o algunos de los actos ejecutivos". -- Siendo oportuno el momento de justificar la denominación propuesta por nosotros, en el sentido de que se debería de hablarse de una "acción ejecutiva" en vez de "actos" o "acto ejecutivo", y más generalmente de una "conduca productora o generadora de un resultado". Expliquemos nuestro razonamiento.

No olvidemos que la acción puede quedar integrada por un acto o más, es decir, una acción puede componerse de uno o varios actos, y es así como surge la clasificación de los delitos unisubsistentes y plurisubsistentes, siendo los primeros aquéllos en el que se consuma el delito con un sólo acto y los segundos cuando se consuma con varios actos, y que al decir del "acto ejecutivo" o "actos ejecutivos", éstos se deben de entender en términos generales como lo adecuado para producir el resultado, razón por la cual si se expresa "realización de algunos actos ejecutivos" o "interrupción de los actos ejecutivos", la pregunta que surge es ¿en un delito cuántos actos ejecutivos se deben de realizar? por lo que nos atrevemos a responder, que no se debe de hablar de actos ejecutivos sino de acción ejecutiva, y que ésta se integrará según el caso de uno o varios actos, ya que si se hace alusión "a la realización uno o algunos de -- los actos ejecutivos", se entiende que la tentativa es acabada, ya que éste o éstos serán suficientes para producir el resultado típico que el agente se propone. Sin embargo hemos usado la terminología de "actos ejecutivos" como sinónimo de "acción ejecutiva" para dar una explicación común y no inducir a errores -- o confusiones.

(65) CUELLO CALON EUGENIO, Ob. Cit., Pág. 618.

III. Existencia de una omisión parcial.

En lo referente a este elemento, la omisión debe de ser parcial, es decir, no debe llegar a su totalidad, y que en cuanto a su explicación debe de darse lo reproducido, lo explicado, sobre este elemento, en la tentativa acabada. Sin embargo el problema surge cuando hay que determinar cuando existe una omisión parcial; sería osado señalar con precisión en dónde inicia o cuándo surge la omisión y dónde termina, razón por la cual nos limitamos a señalar, según nuestro criterio, que la omisión inicia desde el momento que el sujeto tiene el deber jurídico de obrar, absteniéndose de cumplimentar en forma total ese deber, y habrá una omisión total cuando ésta sea suficiente, capaz o adecuada para tener como consecuencia el resultado típico o típico y material, según el caso.

IV. Debido a causas ajenas a la voluntad del agente.

Por lo que se refiere al presente punto, diremos que existe una importante influencia sobre los puntos marcados con los numerales II y III, ya que la incompleta realización -- de la conducta (acción u omisión) es originada a consecuencia de una causa o causas ajenas a la voluntad del agente, es decir, la conducta se interrumpe en contra de la voluntad del agente y en consecuencia no se verificará la consumación que se desea. Es de suma importancia recalcar que por causas ajenas a la voluntad del agente, en la tentativa inacabada, no se llega al -- fin de la conducta y en consecuencia no hay consumación, en la tentativa acabada, por causas ajenas a la voluntad del sujeto, no se verifica la consumación.

7. DESISTIMIENTO.

a) CONCEPTO.

Con antelación habíamos mencionado que los diversos autores que nos han servido de apoyo, en el presente trabajo, hacen alusión o enuncian diversos tipos de tentativa; Ramón-Palacios señala "desistir en la tentativa es supender la comenzada ejecución" (66), otros autores hablan de "desistimiento de tentativa", o bien, de una "tentativa desistida", ¿Será correcto el uso de éstas denominaciones?. Pensamos que no, sino que lo correcto es hablar de un desistimiento de delito, además se hace notar que el desistimiento y la tentativa son figuras --- opuestas y por lo tanto incompatibles por su propia naturaleza.

Manzini indica "cuando la cesación de la actividad individual antes de que el agente haya cumplido todo lo que era por su parte necesario para la consumación del delito, ya sea debida a causas que no cuartan las energías físicas o psíquicas del agente, sino la libre voluntad (ésto es, no cuartada) de él, se tiene la hipótesis de desistimiento voluntario, -- que hace impune el hecho como tentativa de un delito" (67), -- para el profesor Pavón Vasconcelos "el desistimiento es la interrupción de la actividad ejecutiva realizada por el autor como expresión de su voluntad de abandonar el designio criminal que se había propuesto" (68).

Por nuestra parte consideramos que hay desistimiento, cuando con dolo de cometer uno o varios delitos, hay -- una incompleta realización de los actos ejecutivos, o bien, -- existe una omisión parcial, por causas propias a la voluntad -- del agente.

(66) PALACIOS VARGAS J. RAMON, La Tentativa. El Mínimo de Ilícitud Penal, Ed. Cárdenas, México 1979, Pág. 182.

(67) Ob. Cit., Pág. 211.

(68) PAVON VASCONCELOS, Manual de Derecho Penal, Ed. Porrúa, México 1988, Pág. 490.

b) ELEMENTOS.

Por lo que se refiere a los elementos que integran la figura del arrepentimiento, indicamos que ésta se integra por tres elementos y que son:

- I. Dolo de cometer uno o varios delitos;
- II. Incompleta realización de los actos ejecutivos, o bien;
- III. Existencia de la omisión en forma parcial; y
- IV. Por causas propias a la voluntad del agente.

Por lo que hace a la explicación del primero de los elementos enunciados en esta figura, es válido lo expuesto con anterioridad cuando se analizó lo relativo al primer elemento de la tentativa acabada. Por lo que se refiere a los elementos II y III, se debe de dar por reproducido cuanto ha quedado dicho al explicar los elementos de la figura de la tentativa inacabada, toda vez que existe similitud en cuanto a éstos.

IV. Por causas propias a la voluntad del agente.

En lo que hace a este elemento, es de suma importancia señalar que va en íntima relación con los elementos marcados con los numerales II ó III, toda vez que la no terminación de la conducta (acción u omisión) va ser por causas propias a la voluntad del agente, pero esta voluntad no debe de ir acompañada de algún vicio, ya que ésto nos llevaría a clasificarla o darle diferente denominación, por eso Binding al referirse al desistimiento en la tentativa inacabada indica "la interrupción de la acción consumativa no debe de implicar una mera voluntad de postergar su realización, sino un abandono efectivo y definitivo -- del plan delictivo" (69), Zaffaroni aclara que "el desistimiento

(69) ZAFFARONI EUGENIO, Teoría del Delito, Ed. EDIAR, Buenos Aires 1973, Pág. 698.

también es posible en la tentativa de omisión. Así quien teniendo el deber de denunciar un plan delictivo, no lo hace y a último momento dá aviso telefónico denunciado y evitando el resultado lesivo" (70). "Es de suma importancia tener presente que, al hablar de desistimiento voluntario, no se hace referencia a - - casos en que lo exterior, en forma de peligro o por cualquieraotra manera force al desistimiento" (71), es decir, debe de ser un desistimiento libre, sin ningún vicio de voluntad, quedandoasí destruido o desvirtuado el dolo que existía inicialmente.

8. CONCEPTO DE TENTATIVA CONTEMPLADO EN EL ARTICULO 12 DEL CODIGO PENAL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL Y COMENTARIO DEL-MISMO.

La última reforma que se hizo en nuestro ordenamiento penal respecto a la tentativa, es la del día 29 de di---ciembre de 1984, la cual fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 14 de enero de 1985, misma que entró en vigor 30 días después de su publicación, para quedar de la si----guiente manera:

"ART. 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.

Para imponer la pena de la tentativa, los jueces---- tendrán en cuenta la temibilidad del autor y el grado a que sehubiere llegado en la ejecución del delito.

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

(70) ZAFFARONI EUGENIO, Ob. Cit., Pág. 800

(71) VILLALOBOS IGNACIO, Dinámica del Delito, Ed. Jus., México 1955, Pág. 200.

dos que constituyan por sí mismos delitos".

En cuanto a este artículo, el profesor Castellanos Tena ha comentado "debe hacerse notar que la redacción del precepto reformado, a primera vista parece excluir la tentativa inacabada por referirse a la ejecución de la conducta que debería de producir el delito o a la omisión de la propia para evitarlo; sin embargo, consideramos que no es preciso la realización u omisión de todos los actos a veces integrantes de la conducta; por lo mismo, es dable concluir que en el dispositivo se capta tanto la tentativa acabada como la inacabada" (72).

El comentario realizado por el profesor Castellanos Tena, no nos parece del todo feliz; es indudable que el artículo 12 de nuestro Código Penal presenta un gran adelanto en la técnica legislativa de esta figura, ya que se hace alusión a la tentativa por acción y por omisión, la cual no se encuentra plasmada con antelación a esta reforma, además se introduce en dicho precepto a las figuras del desistimiento y del arrepentimiento pero en ningún momento se debe de concluir que lo dispuesto en el artículo 12 del Código Penal capte la tentativa acabada como la inacabada, porque si así fuera, sería válido señalar que este precepto con anterioridad a la reforma captaba a estas dos clases de tentativa, además se podría decir que en dicho precepto se encontraba regulada la tentativa por acción y por omisión y porque no agregar que el desistimiento y el arrepentimiento, ya que en ocasiones no se termina la conducta o no se llega a la consumación por causas propias a la voluntad del agente; tal como pretende concluir el profesor antes citado, -- sin embargo insistimos en lo inválido y erróneo a que nos conduce el anterior razonamiento y es de sostenerse que el actual artículo en comento no contiene la tentativa inacabada, solamente contempla la tentativa acabada, por eso, nos parece acertada la opinión del jurista Cortés Ibarra cuando afirma "es pues, desa-

fortunada la fórmula empleada por el legislador, que literalmente deja fuera la tentativa inacabada o delito intentado, pero ante esta situación y con el propósito de no dejar impune tales actos que relevan grave peligrosidad en su autor, a través de una interpretación extensiva, obviamente las autoridades judiciales pretenderán involucrarla en el campo de la tentativa punible. -- Sin embargo, lo aconsejable es modificar los términos del precepto e incluir con claridad la tentativa inacabada en su aspecto punible, y así evitar forzar la interpretación de los preceptos que nos conducen a adoptar posturas ilegales" (73).

Por lo que respecta al segundo párrafo del artículo que venimos comentando, mismo que se refiere a la pena de la tentativa, creemos que es innecesaria su introducción, toda vez que en el Capítulo III del ordenamiento penal, denominado "Aplicación de sanciones en caso de tentativa" se señala en forma más concreta cual es la sanción que se aplicará a los responsables de tentativa, por tal razón creemos que es innecesario el segundo párrafo del artículo 12 del Código Penal.

9. NATURALEZA JURIDICA DE LA TENTATIVA.

a) COMO DELITO IMPERFECTO.

Desde la aparición de la figura de la tentativa, todos los juristas que hacen alusión a ésta, han tratado de explicar o de dar una noción con respecto a la naturaleza jurídica de la figura en estudio, en consecuencia surgen diferentes criterios que fundamentan su naturaleza. En Italia, según el gran maestro clásico explicó "el delito es perfecto cuando se ha consumado la violación del derecho que protege la ley penal, y es imperfecto cuando dicha violación no ha ocurrido. Un delito puede considerarse imperfecto cuando haya resultado imperfecta la -

(73) Ob. Cit., Págs. 418 y 419.

acción, porque se interrumpió o se desarrolló de manera insuficiente el curso de sus fases físicas, afirma el autor citado, - en este caso se tiene la tentativa, pero si la razón de imputar el delito imperfecto reside en el peligro, que hace las veces - de daño, es evidente que, prevaleciendo respeto a la ley humana la consideración externa sobre la interna, jamás se podría imputar un delito imperfecto de la misma manera que el delito perfecto, precisamente porque un peligro corrido, por más que sea grave, nunca podrá equipararse a un daño sufrido" (74).

"El minus inherente a la tentativa ha inducido a la doctrina a considerarlo durante largo tiempo como un 'delito imperfecto', pero ello sólo puede considerarse exacto si esta - figura jurídica se pone en relación con el delito consumado" -- (75), es decir, si se analiza este razonamiento, se llega a la conclusión que la tentativa constituye un delito perfecto. Un - hombre sin un brazo, -observa agudamente Paoli- es imperfecto con relación a un hombre no mutilado, pero es siempre un hombre" - (76). Para Vannini no le es correcto este razonamiento y con -- justa razón lo hace "cuando agrega que son científicamente inexactas las expresiones tan usadas del delito tentado y tentativa de delito, que equivaldría a decir que lo blanco es negro y lo negro es blanco. El delito es delito, y precisamente porque lo es, no puede ser una tentativa de delito. O, al contrario, - el hecho de un hombre es tentativa de delito y, en este caso, - no es delito" (77).

b) COMO CAUSA DE EXTENSION DE PENA.

"Aparece en la dogmática contemporánea la idea de

-
- (74) FRANCESCO CARRARA, Programma del corso di diritto criminale dettato nella Regia Università di Pisa, Trad. Ortega -- Torres y Jorge Guerrero, Ed. Temis, Bogotá 1971, Pgfo. 349.
 (75) ANTOLISEI FRANCESCO, Ob. Cit., Pág. 345.
 (76) SCARANO LUIGI, Il Tentativo, Trad. Romero Soto, Ed. Temis, Bogotá 1960, Pág. 384 y 385.
 (77) SCARANO LUIGI, Ob. Cit., Pág. 385.

que la tentativa - así como la codelinuencia - no son más que formas de adecuación típica, o mejor dicho, causas de extensión de pena. La prioridad de este teoría injustamente desconocida - corresponde a Marx Ernesto Mayer" (78), "y después Edmundo Mezger, ha considerado a la tentativa como una causa de extensión de la pena" (79). Para Marx Ernesto Mayer, "existen dos de estas causas: la tentativa y la participación. Bajo el nombre de causas de extensión de la pena - concepto hasta ahora no empleado - entendemos aquéllas circunstancias que fundamentan la tipicidad de una conducta por atribuir a las características de los diversos delitos una validez que excede de su extensión conceptual. Por tanto, se amplía el concepto delictivo plasmado en la parte especial (o en una de las leyes especiales), en tanto que su zona limítrofe en determinada extensión se hace caer bajo -- una pena legal abstracta; se sanciona la acción que, radicando fuera del estafar mismo, inicia la estafa o la que, fuera de -- hurtar en sí, determina el hurto.

Los preceptos legales que realizan esta ampliación se encuentran en la parte general, y serían superfluos si la -- parte especial, en cada uno de los tipos, recogieran, al lado de las características específicas, las generales no distintivas del delito concreto; v. gr.: describiendo en la estafa, además de la acción de engañar, etc., la cooperación al acto de engaño; pero tal procedimiento, no sólo sería farragoso, y por -- tanto, deficiente desde el punto de vista técnico, sino que se opondría a la fijación de penas legales abstractas diferenciadas, y por ello es lógico que suscitara serios reparos en el -- orden material. De ello se deduce que el concepto de la causa de extensión de la pena, no sólo ofrece una importancia que se corresponde con la división en parte general y especial, sino -- que más bien contiene una referencia a las diferenciaciones de la culpabilidad. La realización completa de un tipo por un autor

(78) JIMENEZ DE ASUA, Ob. Cit., Pág. 473.

(79) PAVON VASCONCELOS, La Tentativa, Ob. Cit., Pág. 27.

es, desde el punto de vista lógico, el paso normal; la producción en forma de tentativa, así como la coincidencia de varias personas, representan desviaciones del caso normal que exigen una valoración propia". (80), Mezger también señala que la tentativa es una causa de extensión de la pena, en su Tratado de -- Derecho Penal (81).

Por su parte Bettiol, apoyándose en este criterio, ha señalado que "se trata de una norma secundaria que sirve para extender la esfera de incriminación de la principal, no hechos que por sí mismos no entrarían en su esfera y quedarían, - por lo tanto, impunes por atípicos" (82).

"No se puede decir, por lo tanto, que esta norma llena de función extensiva de la pena ya que tal función en realidad no siempre se ejercita. A esto se agrega que si en la mayor parte de las legislaciones la tentativa se castiga de modo más leve que el delito consumado correspondiente, no se puede decir que la tentativa representa una causa de extensión de la pena en realidad, bien vistas las cosas, y según lo anota agudamente Hold - Ferneck, si se quiere plantear el problema en estos terminos: la extensión de la pena debería ser desarrollada, no por la norma que se refiere a la consumación, sino por la -- disposición que se refiere a la tentativa. Y esta es la norma - que interviene para castigar hechos que de otro modo escaparían a toda regulación jurídica" (83).

c) COMO DISPOSITIVO AMPLIFICADOR DEL TIPO.

"El derecho penal ha dado vida a dos dispositivos legales, a través de los cuales amplifica y logra captar conduc

(80) JIMENEZ DE ASUA, Ob. Cit., Págs. 473 y 474.

(81) Ob. Cit., Pág. 270.

(82) BETTIOL GIUSEPPE, Ob. Cit., Págs. 478 y 479.

(83) SCARANO LUIGI, Ob. Cit., Págs. 287 y 288.

tas que no obstante, su inequívoco matiz antijurídico; serían - sin ellos atípicas. Estos dos dispositivos legales amplificadores del tipo son: uno, la norma contenida en la parte general - del Código Penal, en orden a la tentativa (Art. 12); en otro la norma que también contiene la parte general del Código Penal, - en orden a la participación (Art. 13)" (84).

Jiménez Huerta señala "el hallazgo de estos dispositivos legales amplificadores del tipo penal ha sido posible a virtud de una clasificación de los tipos delictivos formulados por Beling. Divide éste los tipos delictivos en autónomos y subordinados. Son autónomos aquéllos que rigen por sí mismo un -- marco penal determinado y, por tanto, son cuantitativamente firmes; son subordinados aquéllos que, dependiendo de otro, tienen un contenido cuantitativamente indeterminado y variable y dan lugar a verdaderas figuras accesorias, a través de las cuales el legislador logra la punibilidad de acciones que no son asesinato, hurto, etc., y que, por tanto quedarían impunes conforme al tipo delictivo - agrega Jiménez Huerta - el pensamiento de Marx Ernest Mayer es también de gran importancia para la fundamentación y comprensión de estos dispositivos legales amplificadores del tipo penal. Mayer concibe la tentativa y la participación - como auténticas causas de extensión de la pena, ésto es, como - aquéllas circunstancias que fundamentan la tipicidad de la conducta, ya que asignan a los diversos delitos un alcance que - - excede al de su contenido conceptual. A través de estas causas de extensión de la pena se amplía el concepto plasmado en la -- parte especial, pues a un determinado territorio situado fuera de la zona limítrofe del delito se le hace caer bajo una pena - legal abstracta, - concluye el autor citado - resulta, a nuestro juicio, mucho más preciso y correcto considerar la tentativa y la participación como auténticos dispositivos legales amplificadores del tipo penal, que a manera de Mayer y Mezger - - como simples causas de extensión de la pena pues 'si ésta se-

(84) JIMENEZ HUERTA, La Tipicidad, Ed. Porrúa, México 1955, p.110.

extiende a otras situaciones que, si bien relacionadas con las recogidas en los tipos penales, escapan a sus contenidos, forzoso es reconocer que los preceptos penales que tal extensión de pena autorizan, son en puridad auténticos dispositivos amplificadores del tipo, pues si así no fuere, caeríamos en la anomalía jurídica de extender la pena a situaciones atípicas. Si los preceptos legales sobre tentativa y sobre participación producen el efecto de extender las penas a situaciones diversas recogidas en el tipo penal, ello evidencia que dichos preceptos son, en un primogenio rango ontológico, verdaderos dispositivos legales amplificadores del tipo." (85).

Este criterio, no ha escapado a las críticas que los demás autores formulan, por eso se opina que "no se puede decir, por lo tanto, que la norma que regula la tentativa contiene, en último análisis, una ampliación del hecho típico descrito en la norma relativa a la consumación. En la tentativa no se castiga el hecho típico descrito por la norma que prevé la consumación, sino algo anterior a lo cual puede atribuirse un resultado de daño o de peligro. Algunas veces la norma que regula la consumación.

Finalmente, la tentativa no representa un fragmento del hecho considerado en el momento de la consumación, por cuanto es evidente que la misma acción puede convertirse en el hecho de diversos delitos tentados. Como un disparo de revólver dirigido a una persona puede denunciar, según el fin, tentativa de homicidio, violencia privada o robo, el mismo hecho no puede constituir según la intención, la ampliación del tipo de diversos delitos que, por ser distintos entre sí, no tienen en común absolutamente nada. Si se tratase en la tentativa de ampliación del hecho típico, todo acto considerado como delito tentado debería mostrarse automáticamente como una parte del hecho en dirección a una persona, debería representar automáticamente sólo

(85) Ob. Cit., Págs. 110 - 117.

una parte del homicidio consumado y no resultar al contrario -- tentativa de robo, de violación, etc., según el caso" (86).

d) COMO DELITO AUTONOMO.

Francesco Antolisei, deduce que "el delito tentado es el resultado de la combinación de dos normas; una principal (la norma incriminadora especial...) y una secundaria (la norma extensiva...) que dan origen a un nuevo título de delito que es y debe ser considerado 'autónomo' aún cuando conserven - el nomen iures de la figura delictiva a que se refiere (hurto - intentado, incendio intentado, etcétera)" (87). Si se analiza - este criterio se observará que se apoya en la "extensión de la pena", ya que señala a la norma secundaria (tentativa) como una norma extensiva, pero que en la combinación con la norma especial (tipo), da lugar a un nuevo título de delito, así también lo sostiene Ranieri (88) y Manzini, éste último afirma "el delito intentado por consiguiente, es delito por sí mismo diverso - jurídicamente del respectivo delito consumado; lo es, sin embargo, bien diferente que la tentativa por sí misma represente un delito sui géneris idéntico, en todo caso" (89).

Sin embargo a este criterio también se le han formulado sus críticas, y no se puede aceptar a la tentativa como un delito autónomo; en esencia las críticas formuladas son las mismas que se le realizan al criterio señalado en el inciso a).

e) CRITERIO NUESTRO.

En el Código Penal vigente para el Distrito Federal, la tentativa la encontramos contemplada en el artículo 12-

(86) SCARANO LUIGUI, Ob. Cit., Págs. 289 y 290.

(87) Ob. Cit., Pág. 345.

(88) Ob. Cit., Págs. 51 y 52.

(89) Ob. Cit., Pág. 178.

de dicho ordenamiento, surgiendo así la pregunta formulada al inicio del punto en cuestión, es decir, ¿cuál es la naturaleza-jurídica de la tentativa? ¿es un delito, o no es un delito?, -- veamos:

El artículo 7 del Código Penal vigente preceptúa "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales", -- por otra parte el párrafo segundo del artículo 12 de este ordenamiento indica "Para imponer la pena de la tentativa, los jueces tendrán en cuenta la temibilidad del autor y el grado a que hubiera llegado en la ejecución del delito", asimismo y de manera más concreta el artículo 63 del ordenamiento en comento, señala la aplicación de las penas en caso de tentativa. En tal -- sentido y si analizamos detenidamente estos preceptos, el razonamiento lógico-jurídico a que se concluye, es que nuestra legislación punitiva considera a la tentativa como un delito, es decir, le da este rango.

Ahora bien, cuando se analizan o estudian los elementos del delito nos encontramos con diferentes criterios, que van desde la concepción bitómica, es decir, de dos elementos -- hasta la heptatómica, o sea, siete elementos, variando los elementos de los criterios tritómico a hexatómico; en la concepción dogmática del delito, en su aspecto positivo, se han considerado como elementos del delito a la conducta o hecho, a la tipicidad, a la antijuridicidad, a la imputabilidad, a la culpabilidad, a las condiciones objetivas de punibilidad y a la punibilidad, siendo el caso que cuando falte alguno de estos elementos estaremos ante un aspecto negativo del delito y en consecuencia no existirá delito.

En el estudio de los elementos del delito, con relación a la tentativa, nos parece de mucha importancia la tipicidad, es decir, la adecuación de la conducta a lo descrito por la ley (tipo), el tipo a su vez, se integra por diversos elementos, dentro de los cuales podemos mencionar a los presupuestos-

de la conducta o del hecho, elemento típico objetivo, referencias exigidas por el tipo, sujetos (activo y pasivo) y objeto jurídico y/o material; en consecuencia cuando falte alguno de estos elementos, que los contenga el tipo, estaremos frente a una atipicidad, es decir, ante un aspecto negativo del delito y en consecuencia no existirá delito, por tal razón surge la interrogante ¿la figura de la tentativa contiene todos los elementos de un tipo?, si la respuesta fuera afirmativa, la pregunta siguiente será ¿cuál es el bien jurídico que protege?; pensamos que la tentativa, por las razones expuestas, no puede ser considerada como un delito dada su naturaleza, debiéndose de hablar de una tentativa de delito y no de un delito de tentativa. Por lo tanto consideramos que la tentativa es una norma de carácter conceptual plasmada en la parte general de nuestro ordenamiento penal, que sirve de base o parámetro para sancionar a un sujeto o sujetos por su conducta realizada, que de algún modo quedaría impune, para lo cual se tomará en cuenta los actos realizados y la intencionalidad que se proponía y en cuanto a su ámbito de aplicación y nomenclatura se tendrá como indicativo el dolo de la conducta realizada en relación a una norma de la parte especial (tipo), siendo éste el que le dará la denominación final a la tentativa, surgiendo así la tentativa de un delito o delitos determinados, según el caso, es decir, se hablará de tentativa de... homicidio, lesiones, robo, fraude, violación, etc.; pero hablando en un sentido estrictamente jurídico ¿es inconstitucional la figura de la tentativa?, pensamos -- que si, toda vez que en la Constitución Política de nuestro país no existe fundamento que de lugar a la figura de la tentativa y por lo tanto contraviene el principio "nullum crimen sine lege", consagrado en el artículo 14 de nuestra Carta Magna; por lo que respecta a su sanción, consideramos que es anticonstitucional, toda vez que en el artículo antes invocado en su párrafo tercero señala "En los juicios del orden criminal queda prohibido -- imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata", pero en ningún momento hace alusión a

la punibilidad en caso de tentativa y solamente se concreta a la punibilidad de delito, razón por la cual al penar la tentativa se vulnera el principio "nulla poena sine lege", consagrado en el artículo ya enunciado.

Sin embargo por razones de política criminal, con sideramos que el legislador ha creado la figura de la tentativa para no dejar impunes aquellas conductas realizadas que representen un peligro, amenaza o inseguridad para la sociedad.

CAPITULO TERCERO

DE LA PUNIBILIDAD DE LA TENTATIVA Y ALGUNAS HIPOTESIS

1. CRITERIOS QUE PRETENDEN FUNDAR LA PUNIBILIDAD.

Por lo que se refiere a este primer punto, diremos que tiene íntima relación con el último punto del capítulo anterior, es decir, con la naturaleza jurídica de la tentativa; varios son los criterios que se han formulado o elaborado los cuales tratan de dar una explicación justificando la punibilidad de la tentativa, como es de esperarse, inmediatamente surgen -- las críticas que formulan los demás estudiosos refutando los razonamientos a quien formula dicha explicación. Únicamente nos limitaremos a enunciar algunos de estos criterios dando una breve noción de su contenido, ya que éstos son los que revisten mayor importancia en la doctrina penal.

a) EN RAZON DEL PELIGRO CORRIDO.

"Esta primera teoría, apunta Pavón Vasconcelos, - que tiene un crecido número de seguidores, fue sostenida principalmente por Carrara, Ortolán y Feuerbach" (1), para el maestro de Pisa, "la razón de penar derivada del daño inmediato, que cesa en las tentativas, se sustituye la razón que nace del riesgo corrido: ésta hace las veces del daño y la acción constituye delito, aunque falta la fuerza física objetiva y también aunque resulta incompleta su fuerza física subjetiva.

Sobre la tentativa criminal. Si bien no tenga que

(1) PAVON VASCONCELOS F., Manual de Derecho Penal Mexicano, Ed. Porrúa, S. A., México 1988. Pág. 486.

deplorarse un suceso dañoso, sin embargo, el ánimo de los ciudadanos se commueve a la vista de una voluntad injusta que dió comienzo a actos encaminados a seguir aquél mal propósito e idóneos para realizarlos; y al pensar que tan sólo un mero accidente, cuya repetición no es fácil preveer, salvó a la víctima del mal que le amenazaba, la sociedad es presa del mismo terror y del espanto que causa el delito consumado. La tentativa que pone en peligro la seguridad, produce un daño político al cual se pone remedio político con el castigo de aquél a cuyo malos propósitos sólo faltó el favor de la fortuna.

Entiéndase bien, que al hablar de peligro o riesgo, se trata del riesgo corrido, no del meramente futuro o por correr; la confusión de estas dos ideas nos llevaría a consecuencias falsísimas. El peligro futuro o meramente ideal no puede aceptarse por sí sólo como razón legítima de castigar. Si así fuera, se llegaría a penar la mala intención criminal y aún las inclinaciones depravadas y destruyendo los límites entre la moral y la ley positiva, confundiríanse las atribuciones del magisterio penal con los oficios elásticos de la policía, y se trastornarían los canones más evidentes de la imputabilidad política. Cuando en esta materia hablamos de peligro, nos referimos a un riesgo que en un momento dado existe verdaderamente como hecho, no a un peligro de mera previsión" (2), por tal razón, "merece pena no sólo la realización de un tipo legal, sino en los casos graves, la tentativa unida a la falta de resultado; el ordenamiento jurídico protege sus bienes no sólo contra las lesiones sino también contra los peligros graves" (3), porque "si bien es cierto que en la tentativa no hubo efectiva lesión de un bien tutelado, también lo es que un bien tutelado ha estado expuesto a peligro, a lesión potencial. En un Estado bien --

(2) CARRARA FRANCESCO, Grado nella Forza Fisica del Delitto. Lezioni, Trad. Romero Girón, Ed. Centro Editorial de Góngora, Madrid 1926, Págs. 60 y 61.

(3) SAUER GUILLERMO, Allgemeine Strafrechtslehre, Trad. Del Rosal, Ed. Bosch, Barcelona 1956, Pág. 159.

organizado, el legislador debe preocuparse de reprimir no sólo las lesiones efectivas de los bienes que considera esenciales - para la vida de la relación, sino también a las lesiones potenciales, la exposición a peligro de dichos bienes" (4).

Se critica a esta teoría porque "si el peligro fuera la esencia de la tentativa, debería hacer un precepto que contuviera la obligación correspondiente de no producir dicho - peligro, como sucede en los delitos llamados 'de peligro', y - como pasa también en éstos, debería de incriminarse, no sólo la voluntad de consumar un delito, sino la de producir un peligro- creando tantos delitos de peligro cuantas son las manifestaciones de voluntad dirigidas al delito.

Por consiguiente se debería de admitir que la gravedad del hecho haría cambiar necesariamente su calificación y que por ejemplo, como se ha visto, según sea mayor o menor el término de la curación, la calificación de un hecho debería degradarse de tentativa de homicidio a tentativa de lesiones personales. Y se llegaría a la conclusión contradictoria en su - esencia de que en los delitos de peligro la tentativa, por estar privada de resultado, debe ser configurada... sin peligro "(5), a menos de que se quiera admitir, en estas hipótesis un peligro, de peligro, además se agrega que si el peligro fuera el fundamento de punibilidad, se tendría que aceptar que en los delitos culposos existe tentativa.

b) EN RAZON DE LA ALARMA SOCIAL.

"Esta tesis, sostenida entre otros por Mario Pagano, encuentra el fundamento de la punibilidad en la alarma so

(4) BETTIOL GIUSEPPE, Diritto Penale (Parte Generale), Trad. -- León Pagano, Ed. Temis, Bogotá 1965, Págs. 475 y 476.

(5) SCARANO LUIGI, Il Tentativo, Trad. Romero Soto, Ed. TEMIS, - Bogotá 1960, Págs. 85 y 86.

cial despertada, en la vida comunitaria, por la ejecución de -- los actos de tentativa" (6), según este autor, "el delito perfeccionado lesiona siempre los derechos ajenos, pero la tentativa ofende la tranquilidad y la seguridad" (7).

Esta opinión tampoco puede acogerse, "no vale la pena, pues de refutar a aquéllos que alucen en justificación de la punibilidad de la tentativa la razón de que el delincuente, -- aún cuando no haya consumado el delito, ha despertado, no obstante, alarma social. Basta reflexionar verdaderamente que esta hipotética alarma a menudo no surge en absoluto, y no por ésta la tentativa deja de ser punible; y que a veces aún verificándose se tal alarma, la tentativa por ser inidonea no es punible. No conviene recurrir a una ficción, cuando la razón verdadera es -- tan cierta y clara" (8). En relación al criterio que trata de -- punir a la tentativa en razón a la alarma social, Ramón Palacios ha manifestado "la pretensión es desorbitada, por cuanto -- que si la norma contuviese ese asidero exclusivamente, se llegaría a la punición de cualquier actividad proyectada a un delito, aunque faltara el estado objetivo de peligro y entonces penetramos a los territorios de la causa equivalente, del positivismo penal o del régimen soviético o nacional socialista" (9).

c) EN RAZÓN A LA TURBACION PROVOCADA EN EL SUJETO PASIVO Y EN LA ALARMA SOCIAL.

Uno de los exponentes de este criterio es el jurista italiano Francesco Antolisei, quien señala que "resulta -- evidente que la razón por la que se castiga la tentativa, es la

(6) PAVON VASCONCELOS F., Breve Ensayo sobre la Tentativa, Ed. Porrúa, S.A., México 1979, Pág. 38.

(7) SCARANO LUIGI, Ob. Cit., Pág. 89.

(8) MANZINI VINCENZO, Trattado di Diritto Penale Italiano, Vol. III, Trad. Sentis Melendo, Ed. EDIAR, S.A., Buenos Aires -- 1949, Pág. 177.

(9) PALACIOS VARGAS J.R., La Tentativa. El Mínimo de Ilícitud -- Penal, Ed. Cárdenas, México 1979, Pág. 36.

misma, justamente la misma, por la cual se castiga el delito -- consumado. Se trata también aquí de la concreción de la intención delictiva en un hecho exterior que no puede tolerarse por el Estado por su carácter antisocial. Al igual que los delitos, que respecto al designio del sujeto constituyen simples acciones preparatorias o ejecutivas del proyecto delictivo, la tentativa presenta el carácter antedicho porque cuando concurren las condiciones por el código (univocidad e idoneidad de actos), -- además de manifestarse concretamente una voluntad inclinada a violar la ley, se origina un doble perjuicio: la perturbación -- al sujeto pasivo y a la alarma en el ambiente en que se desenvuelve. A quien objetara que pueden objetarse hipótesis en que los perjuicios indicados no se verifican, sería fácil responderle que el legislador, al establecer las figuras de delito considera el id quod plerumque accidit. Reflexione el lector que en otro caso, no pudiéndose excluir que en alguna hipótesis extrema la muerte de un hombre no constituye un daño, sino una ventaja para la comunidad (por ejemplo: respecto a un bandido peligrosísimo). Tampoco debería castigarse el homicidio" (10).

En lo referente a este criterio, se ha dicho que -- "no se agrega mucho a lo ya dicho al afirmar, con fácil eclecticismo, que se castiga la tentativa porque, además de ser una manifestación concreta de una voluntad inclinada a violar la ley, turba al sujeto pasivo y produce alarma social en el ambiente. -- Contra tal afirmación es preciso anotar, ante todo que no es -- exacto que la razón por la cual se castiga la tentativa sea precisamente la misma por la que se castiga al delito consumado, -- pues si así fuera, no sería necesaria una disposición especial con caracteres propios, sino que la tentativa, cuando más, habría sido considerada como una de tantas circunstancias del delito" (11), también se le critica a la tesis que sostiene Anto-

(10) ANTOLISEI FRANCESCO, *Manuale di Diritto Penale*, Trad. Del-Rosal y Angel Torino, Ed. UTHEA, Argentina, Buenos Aires - 1960, Pág. 348.

(11) SCARANO LUIGI, *Ob. Cit.*, Págs. 92 y 93.

lisei, que el delito consumado no se pune por turbar, sino porque se daña o se ofende el bien jurídicamente tutelado, luego - entonces tampoco se puede admitir este criterio.

d) EN RAZON DE LA VIOLACION VOLUNTARIA DE UN PRECEPTO.

Según Manzini, "la tentativa, por tanto, es punible no por otra cosa, sino porque constituye violación voluntaria de un precepto penal, cualquiera que sea el criterio político-penal aceptado en la formación de la ley, y agrade o no agrade a los que se dedican a buscar cosas abstrusas y paradójicas". (12), por su parte Enrique Pessina, indica "que las únicas especies de conato punible son el conato imperfecto próximo a la -- consumación y el conato perfecto, éste es, la tentativa y el delito frustrado, fácil nos será deducir de lo ya dicho cual deberá ser la punibilidad de estas dos especies de delito imperfecto. El evento real es lo que determina la gravedad del delito, - y el precepto jurídico imponiendo al hombre la obligación de -- abstenerse de un hecho determinado, protege los derechos del individuo y de la sociedad. Cuando el evento contrario a esta protección se verifique según el esfuerzo del hombre, el derecho ha sido violado en el aspecto de la pretensión jurídica y en la obligación, porque el hombre que gozaba de la existencia la ha perdido, y el hombre que debía respetarla la ha destruido" (13).

La crítica formulada a la tesis anterior, principalmente corre a cargo de Francesco Antolisei, quien manifiesta "la explicación de Manzini no puede considerarse satisfactoria, ya que no hace más que desplazar el problema. No nos dice la -- misma porque mediante la simple tentativa considera el derecho violado del precepto" (14).

(12) Ob. Cit., Pág. 177.

(13) PESSINA ENRIQUE, Elementos de Derecho Penal, Trad. González del Castillo, Ed. REUS, Madrid 1936, Pág. 484.

(14) Ob. Cit., Pág. 346.

e) EN RAZON A LA PELIGROSIDAD REVELADA.

Este criterio, según el profesor Pavón Vasconcellos, resulta "como una derivación de la extrema postura de la escuela positiva, con la cual Garófalo (Criminología, p. 229) opinó sobre la identidad de la tentativa con el delito mismo, cuando el peligro dimanante de ambos sean iguales (?), Enrique Ferri en su relación al proyecto de 1921 sostuvo que la sanción de una tentativa de delito debe de depender de la mayor o menor peligrosidad manifestada a través de los actos realizados" (15), "Florian coincide también con Garófalo. La ley penal dice 'se aplica al delincuente socialmente peligroso; ahora, cuando la voluntad delictuosa se ha manifestado objetivamente, corresponde averiguar si la manifestación de voluntad resulta reveladora de una individualidad temible, de una actividad peligrosa'. Esta teoría es denominada por Florian de la peligrosidad subjetiva en concreto" (16). "En suma, el hombre que delinque aún cuando sea por medio del delito tentado, debe de sustituirse por el hombre peligroso, puesto que es la capacidad de delinquir la que debe de determinarse, en cada caso, según la personalidad del delincuente" (17).

"Contra esta tesis, que fue acogida en el proyecto de Ferri, es fácil observar que en la tentativa la voluntad-criminosa no es considerada como un síntoma de peligrosidad, -- sino como índice de culpabilidad. No es la personalidad del agente, sino el fin del agente, puesto en relación con el acto, lo que constituye el fundamento de la punibilidad de la tentativa. En el delito tentado se castiga el fin, esto es, el acto -- unívocamente dirigido al delito, pero no la revelación de la capacidad para delinquir. La escuela positiva desplaza los términos del problema y, al poner el acento sobre la capacidad del -

(15) La Tentativa, Ob. Cit., Pág. 92.

(16) GOMEZ EUSEBIO, Tratado de Derecho Penal, Vol. I, Ed. Compañía Argentina, Buenos Aires 1939, Págs. 467 y 468.

(17) SCARANO LUIGI, Ob. Cit., Pág. 88.

delinquir, confunde la razón de la tentativa con la de la reincidencia. De este modo la tentativa termina por ser incluida entre los signos antropológicos y entre los actos psicológicos -- del tipo criminal como síntoma de peligrosidad, invirtiendo las bases de la institución" (18).

f) EL QUE JUSTIFICA LA MENOR PUNIBILIDAD.

"Desde muy antiguo ha sido criterio general el -- sancionar la tentativa con pena atenuada o con la correspondiente al delito consumado. El derecho romano la sancionó con la pena del delito consumado y excepcionalmente la atenuó; esta regla de equiparación fue privativa de las actividades criminosas dirigidas a infringir el Derecho Penal Público, por afectar los intereses del Estado" (19). En la actualidad este criterio es-- triba en aplicar en casos de tentativa una pena menor que la -- del delito consumado, toda vez que la violación del precepto -- penal ha ocurrido sin que el sujeto activo haya logrado producir el resultado propuesto y previsto en la norma penal, ya que el criterio de justicia exige que se aplique una pena proporcio-- nal al hecho realizado, en tal sentido al no producirse el re-- sultado propuesto deberá de imponerse una pena menor, a esto se agrega que exista hacia el sujeto activo un motivo de oportunidad política, de crear en el delincuente un motivo inhibitorio-- respecto a la repetición de intentar nuevamente el delito idea-- do y resuelto, ya que si se aplica una sanción al igual que el delito consumado, el sujeto activo no tendría interés alguno en no intentar el delito.

g) EL QUE ADOPTA EL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

(18) SCARANO LUIGI, Ob. Cit., Pág. 88.

(19) PAVON VASCONCELOS, Manual, Ob. Cit., Pág. 487.

El Código Penal vigente en el párrafo segundo del artículo 12 señala: "Para imponer la pena de la tentativa, los jueces tendrán en cuenta la temibilidad del autor y el grado a que hubiere llegado en la ejecución del delito". Posteriormente en el Capítulo III (Aplicación de sanciones en caso de tentativa), en el artículo 63 preceptúa: "A los responsables de tentativa punibles se les aplicará, a juicio del juez y teniendo en consideración las prevenciones de los artículos 52 y 59, hasta las dos terceras partes de la sanción que se debiera imponer de haberse consumado el delito, salvo disposición en contrario", - como es de observarse, del párrafo antes transcrito, se desprende de que existe un límite máximo para aplicar la pena en caso de tentativa, ésta será hasta las dos terceras partes de la sanción que corresponda al delito consumado, pero no señala el mínimo de esta pena, en cambio las últimas reformas (pub. D.O.F. - 14 enero 1985), del artículo 51 del Código Penal fueron en el sentido de determinar cual era el mínimo de sanción en caso de tentativa, la cual nunca será menor de 3 días, cuando se trate de pena de prisión. Del análisis de los preceptos que se refieren a la sanción de la tentativa, desprendemos que el criterio que adopta el Código Penal vigente es un criterio mixto, con una tendencia a la tesis que sostienen que la tentativa debe de sancionarse en atención a la peligrosidad revelada, complementándose a su vez con el criterio que justifica la menor punibilidad.

2. DELITOS QUE ADMITEN LA TENTATIVA Y DELITOS QUE NO LA ADMITEN.

En cuanto al presente punto, se han emitido diversos criterios los cuales difieren unos de los otros, sin embargo los autores que señalan cuales son los delitos que admiten la tentativa y que delitos no la admiten, lo hacen en una forma muy general y no sistemática, lo cual nos conduce a confusiones que pueden llegar a errores, toda vez que señalan que la tenta-

tiva puede darse en los delitos de omisión de resultado (comisión por omisión), en los delitos de acción, en los materiales o de resultado, en los de peligro, etc.; pensamos que para determinar con más precisión que delitos admiten la tentativa y que delitos no la admiten, en primer lugar tenemos que apoyarnos en la clasificación de los delitos en cuanto a su forma de culpabilidad, una vez hecho ésto, se relacionarán en cuanto a las demás clasificaciones que existen en la doctrina, es decir, en atención a la conducta, en cuanto al resultado, etc., ya que podríamos mencionar que los delitos de acción u omisión admiten la tentativa, pero no debemos de olvidar que estos delitos pueden ser dolosos, culposos o preterintencionales, razón por la cual al no saber a cuales nos referimos nos conduciría a extremos erróneos y absurdos.

a) DELITOS QUE NO ADMITEN LA TENTATIVA, EN CUANTO A SU CULPABILIDAD.

"No todas las infracciones admiten la tentativa, algunas la excluyen, o por voluntad de la ley, o por su naturaleza. Los delitos preterintencionales y los culposos; éstos por faltaren ellos la intención dirigida a producir un resultado; los primeros, porque en ellos la intención se dirige a un resultado menor y por lo mismo distinto. No se puede intentar lo que no se ha deseado" (20). En cambio algunos juristas alemanes señalan "que la tentativa de un hecho punible culposo es concebible, pero no se encuentra sancionada con una pena por el derecho positivo" (21), otros, refiriéndose al punto en cuestión, manifiestan "se ha negado incluso -ciertamente sin razón- la posibilidad de concebir una tal tentativa en los delitos culposos,

(20) MAGGIORE GUISEPPE, Diritto Penale, Tomo II, Trad. Ortega - Torres, Ed. TEMIS, Bogotá 1972, Pág. 89.

(21) REINHART MAURACH, DEUTSCHES STRAFRECHT, Allgemeiner Teil, - EIN LEHRBUCH, Trad. Juan Córdoba, Ed. Ediciones Ariel, Barcelona 1962, Pág. 182.

en realidad, puede concebirse muy bien esta tentativa. Frente a Ols-Hausen y V. Bar, entre otros, señala acertadamente en este respecto Frank, que por ejemplo, existe tentativa de un delito culposo cuando el autor admite culposamente la existencia de -- una legítima defensa (legítima defensa putativa culposa). Pero más correcto será afirmar que, conceptualmente, la tentativa de un delito culposo existe siempre que en una conducta culposa -- falte sólo el resultado necesario para la punibilidad de tal -- conducta" (22).

En cuanto a los autores que sostienen que la tentativa puede existir en los delitos culposos, hay que hacer notar que ya los clásicos refutaban dicho criterio, formulando -- críticas severas, tal como lo hizo el gran maestro de Pisa al afirmar que "la esencia moral de la culpa reside en la falta de previsión del efecto ocasionado con la propia acción, en tanto que la esencia moral de la tentativa se encuentra en la previsión de un efecto no obtenido y en la voluntad de obtenerlo. -- Por lo tanto, entre la culpa y la tentativa hay oposición de -- términos. Imaginar una tentativa culposa es tanto como pensar en un monstruo lógico. Con todo hay quienes pretenden insinuar la posibilidad jurídica de ese monstruo lógico" (23).

Consideramos que la tentativa en los delitos culposos es inadmisibile, ya que por su naturaleza los delitos culposos y la tentativa son figuras opuestas en atención a la culpabilidad de las mismas, es decir, en la tentativa existe la intención de cometer un delito y en los delitos culposos se produce un resultado no querido. Aceptar la tentativa en los delitos culposos es un contrasentido jurídico, ya que no se puede intentar lo que no se desea, y que tal vez no se tiene ni en mente.--

(22) MEZGER EDMUNDO, Tratado de Derecho Penal, T.II, Trad. Rodríguez Muñoz, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1957, Págs. 233 y 234.

(23) CARRARA FRANCESCO, Programma del Corso di Diritto Criminale dettato nella Regia Università di Pisa, Trad. Ortega Torres y Jorge Guerrero, Ed. TEMIS, Bogotá 1971, Párrafo 366.

Sostienen que es inadmisibile, que no se presenta, no cabe o no se configura la tentativa en los delitos culposos Antolisei (24), Betiol (25), Cuello Calón (26), Del Rosal (27), Gómez Eusebio - (28), Manzini (29), Ranieri (30), Zaffaroni (31), entre otros.

"También debe de excluirse la tentativa en los delitos preterintencionales por razones que se refieren al psicológico, en cuanto en estos casos el resultado va más allá de la intención del sujeto agente" (32), sin embargo Fontan Balestra (33) y Ranieri (34) señalan que en los delitos preterintencionales lo único posible es la tentativa en el delito doloso que lo integra, el último de los autores citados indica "el delito preterintencional, puesto que, en este caso, estando la intención-enderazada al resultado anterior, excluye la posibilidad de la tentativa del resultado posterior, que, sino se verifica, como no se puede imputar lo que no se quiere y tampoco existe, permite que subsista sólo el delito doloso menos grave. Así por ejemplo, si alguno, con la intención de herir, esgrime un garrote sobre la víctima y ésta, para evitar el golpe, se aparta y al caerse en una escalera se rompe la cabeza y muere, la hipótesis es que el objeto de discusión no es la tentativa de lesión personal, agravada por la muerte, es decir, de tentativa preterintencional, sino de homicidio preterintencional consumado (35).

(24) Ob. Cit., Pág. 375.

(25) Ob. Cit., Pág. 481.

(26) CUELLO CALÓN, Derecho Penal T. I, Ed. BOSCH, Barcelona 1971, Pág. 607.

(27) DEL ROSAL, Derecho Penal Español, Ed. Aguirre Torres, Madrid 1960, Pág. 109.

(28) Ob. Cit., Pág. 473.

(29) Ob. Cit., Pág. 225.

(30) RANIERI SILVIO, Manuale di Diritto Penale, Parte Generale, - T. I, Trad. Jorge Guerrero, Ed. TEMIS, Bogotá 1975, Pág. 68.

(31) ZAFFARONI EUGENIO, Teoría del Delito, Ed. EDIAR, Buenos Aires 1973, Pág. 688.

(32) BETTIOL GIUSEPPE, Ob. Cit., Pág. 481.

(33) FONTAN BALESTRA, Tratado de Derecho Penale, T. II, Parte General, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1966, Pág. 377.

(34) Ob. Cit., Pág. 69.

(35) Idem.

En cuanto al criterio que sostienen los autores - antes indicados, es un criterio que no compartimos, toda vez -- que dichos juristas tal vez olvidaron que el delito preterintencional ha sido un concepto creado por la doctrina con carácter indivisible y que al hablar del delito preterintencional se debe de entender, en forma forzosa, que se ha consumado un delito, o bien, que se quería consumir un delito produciéndose dicho -- evento, pero que el resultado fue más allá de lo deseado, razón por la cual manifestamos que no estamos de acuerdo con ese criterio, más aún, del razonamiento que dan los autores ya enunciados, se desprende que entienden que el delito preterintencional se integra por dos delitos, uno intencional y otro culposo, -- siendo en realidad que es uno, y como lo hemos indicado, es consumado. No admiten la existencia de la tentativa en los delitos preterintencionales, Del Rosal (36), Eusebio Gómez (37), Zaffaroni (38), entre otros.

b) DELITOS QUE ADMITEN LA TENTATIVA, EN ATENCION-A SU CULPABILIDAD.

La clasificación de los delitos en cuanto a su -- culpabilidad, en la doctrina se ha hecho de la manera siguiente: a) delitos dolosos o intencionales, b) delitos culposos y c) de litos preterintencionales, en cuanto a los últimos incisos b) y c), es decir, por lo que respecta a los delitos dolosos y prete rintencionales, ya han quedado explicados, por lo que se refiere a los delitos dolosos o intencionales, hay unanimidad de cri terios entre los autores, en el sentido de indicar, que la tenta tativa puede configurarse en esta clase de delitos y toda vez - que el dolo es un elemento de la tentativa, es lógico decir que por antonomacia en estos delitos se da la figura de la tentati va.

(36) Ob. Cit., Pág. 109.

(37) Ob. Cit., Pág. 473.

(38) Ob. Cit., Pág. 688.

Explicado lo anterior, se analizarán otros tipos de clasificación del delito, en donde es posible la configuración de la tentativa, teniendo siempre presente que se habla únicamente de delitos dolosos o intencionales.

c) DELITOS QUE ADMITEN LA TENTATIVA, EN ORDEN A LA CONDUCTA.

Por lo que se refiere a la clasificación de los delitos en orden a la conducta, es indudable que se atiende a la actividad o inactividad del sujeto, independientemente del resultado que se verifique, en relación a esta clasificación, en la doctrina se enuncian los delitos de acción, de omisión, omisión mediante acción, mixtos de acción y de omisión, delitos sin conducta, doblemente omisivos, habitual, unisubsistente y plurisubsistentes; sin embargo los propios autores difieren sobre la existencia de toda la clase de delitos que se han enunciado, razón por la cual únicamente nos referimos a los que se aceptan comunmente, sin olvidar que éstos son dolosos.

I. EN LOS DELITOS DE ACCION.

En estos delitos, es indudable que si admiten la tentativa, toda vez que para producir un resultado es necesario la existencia de una conducta (acción u omisión), ahora bien, "los actos ejecutivos" denotan acción, por eso nos parece acertada la opinión del jurista Fontán Balestra cuando indica "la acción de la tentativa es acción dolosa" (39), luego entonces es factible sostener que la tentativa puede ser admitida en los delitos de acción.

II. EN LOS DELITOS DE OMISION.

(39) Ob. Cit., Pág. 376.

"Por lo que se respecta a los delitos de omisión - indica Antolisei-, es preciso distinguir entre los delitos de omisión propia y los delitos de comisión por omisión. Entendemos que en los primeros la tentativa no es configurable, porque si el plazo para cumplir la acción preceptuada no ha decaído, - no haberla realizado no implica aún la violación del deber, - mientras que si el plazo ha decaído, el delito está ya perfecto. En los delicta per omissionem commissa, por el contrario, la tentativa es posible, como el caso de la madre que suspende la nutrición de su hijo para hacerle morir de hambre y no logra -- realizar el propósito delictivo por causas independientes de su voluntad" (40); otros autores manifiestan que en los delitos -- propios de omisión no es posible que admitan la tentativa, sin embargo pensamos que estos autores están atendiendo su resultado y no la conducta, ya que si un delito se puede "cometer" haciendo o no haciendo, no vemos el impedimento para manifestar - que en los delitos de omisión si se pueda configurar la tentativa, y lo que sucede es que hay una confusión con los delitos de mera conducta o formales, por lo que la mayoría de los autores manifiestan que es imposible que se configure la tentativa, en cambio, hay autores que la admiten, v. gr. Jiménez Huerta (41).

Por su parte el doctor Reinarth opina "con respecto a la tentativa de los delitos de omisión debe hacerse una -- distinción. En los propios delitos de omisión, por lo general, - sólo se apreciará la tentativa en su forma de tentativa completa; en cambio, la tentativa incompleta representará, regularmente, una consumación del delito de omisión propia, pues toda demora dolosa de la acción ordenada equivale a su no realización típica. Los impropios delitos de omisión observan por el contrario, las reglas generales. En ellos puede darse cualquier forma de tentativa" (42), así también Franz Von Liszt (43).

(40) Ob. Cit., Pág. 365.

(41) Ob. Cit., Pág. 161.

(42) Ob. Cit., Págs. 182 y 183.

(43) Ob. Cit., Pág. 9.

III. EN LOS DELITOS UNISUBSISTENTES Y PLURISUBSIS

TES.

Otros delitos que se han incluido en la clasificación en orden a la conducta, son los llamados unisubsistentes y plurisubsistentes, es decir, en atención al número de los actos que se realizan para la comisión del delito, será unisubsistente cuando para la comisión de dicho delito se realice un sólo acto y será plurisubsistente cuando para la realización del delito son necesarios varios actos. Según Frías Caballero (44), Fontán Balestra (45), Del Rosal (46), Maggiore (47), Ranieri -- (48), entre otros, sostienen que en los delitos unisubsistentes no es posible que se configure la tentativa, puesto que al ser de ejecución simple (qui unico acto perficiuntur) quedan consumados.

En contra del criterio antes mencionado, en forma acertada el profesor Porte Petit ha señalado "creemos que este problema debe de resolverse sosteniendo que hay delitos que pueden consumarse por un sólo acto como por varios actos; por ejemplo, el homicidio, y sin embargo, ésto no quiere decir, que por el hecho de que se puedan consumir por un sólo acto, no admita la tentativa, ya que puede presentarse un homicidio en grado de tentativa realizándose en un sólo acto, como el que dispara y no mata" (49).

Por lo que respecta a los delitos plurisubsistentes, es decir, los que se realizan por dos o más actos, hay una nimidad de criterios, en el sentido de que en esta clase de delitos si admiten la tentativa.

(44) FRIAS CABALLERO, El Proceso Ejecutivo del Delito, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires 1956, Pág. 200.

(45) Ob. Cit., Pág. 372.

(46) Ob. Cit., Pág. 109.

(47) Ob. Cit., Págs. 90 y 94.

(48) Ob. Cit., Pág. 68.

(49) PORTE PETIT CANDAUDAP, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, Ed. Porrúa, S. A., México 1984, Pág. 376.

d) DELITOS QUE ADMITEN LA TENTATIVA, EN LA CLASIFICACION QUE ATIENDE A SU RESULTADO.

Otra clasificación que se ha hecho en la doctrina, es aquélla que atiende a su resultado, así tenemos que en esta clasificación se contemplan al delito instantáneo, instantáneo-con efectos permanentes, permanente, necesariamente permanente, eventualmente permanente, alternativamente permanente, de simple conducta o formal, de resultado o material, de daño y de peligro. Al igual que en las anteriores clasificaciones que se han enunciado existe problemática, razón por la cual únicamente nos referimos a algunos de ellos.

I. EN LOS DELITOS INSTANTANEOS.

En cuanto a estos delitos, es decir, a los delitos que tan pronto se produce la consumación, se agota, pensamos que es posible la configuración de la tentativa, como es en el caso del homicidio, parricidio, lesiones, robo, etc.

II. EN LOS DELITOS INSTANTANEOS CON EFECTOS PERMANENTES.

Por lo que se refiere a estos delitos "Petrocelli piensa que la división de los delitos en instantáneos e instantáneos con efectos permanentes, constituye una distinción infecunda porque estos llamados efectos permanentes no tienen casi nunca relevancia jurídico penal" (50), sin embargo, si los delitos instantáneos admiten la tentativa, pensamos que los instantáneos con efectos permanentes también.

III. EN LOS DELITOS PERMANENTES O CONTINUOS.

"La noción jurídica de delito permanentes, que a primera vista podría parecer evidéntísima, nos dice Podetti, es (50) PORTE PETIT, Ob. Cit., Pág. 382.

en cambio, entre aquélla la más incierta, la más confusa" (51), pero la mayoría de los autores coinciden que este delito se prolonga en el tiempo, el profesor Porte Petit lo define, como - - aquéllos que "cuando una vez integrados los elementos del delito, la consumación es más o menos prolongada" (52); pensamos -- que en esta clase de delitos si se puede dar la tentativa, pero surge la pregunta ¿podrá darse el caso que un delito pueda quedar medio consumado o consumado en parte?, ya que la consuma---ción de estos delitos se prolonga en el tiempo. Para tratar de dar una posible solución a esta clase de delitos, y apoyándonos en el concepto dado por nuestro profesor Porte Petit, diremos - que habrá tentativa acabada cuando se hayan realizado todos los actos ejecutivos y únicamente se espera la total consumación, - pero el resultado no se producirá por causas ajenas a la voluntad del agente, por lo tanto lo anterior a la consumación será tentativa inacabada hasta el comienzo de los actos ejecutivos, porque de lo contrario, si la consumación se prolonga en el - - tiempo, antes de que empiece la consumación ¿qué sería?; empezando la consumación hasta antes de que se de en una forma total, ¿qué sería?.

IV. EN LOS DELITOS DE SIMPLE CONDUCTA, FORMALES O DE RESULTADO INMATERIAL.

Esta clase de delitos, son aquéllos que se consuman con la realización de la conducta; existe una gran problemática acerca si admiten o no la tentativa. Eusebio Gómez señala "no todos los delitos son susceptibles de tentativa. En los delitos formales la tentativa no es posible" (53), "porque no es posible escindir un proceso ejecutivo; y en los delitos en - los cuales lo que constituiría la preparación o el material de la tentativa de un delito mayor es inculpa como delito con-

(51) PORTE PETIT, Ob. Cit., Pág. 385.

(52) Idem.

(53) Ob. Cit., Pág. 473.

sumado por sí mismo" (54), este criterio ya lo había sostenido el maestro de Pisa (55), también lo sostiene Maggiore (56), Pavón Vasconcelos (57), entre otros.

Criterio opuesto sostienen otros distinguidos penalistas, según Fontán Balestra "la tentativa y la consumación en los llamados delitos formales ha dado motivo a consideraciones particulares predominando por un tiempo la idea de que tales delitos no admiten la tentativa, por cuanto al comienzo de ejecución concreta ya el delito consumado, de modo que los actos de ejecución y de consumación coinciden. Contra esta errónea -- afirmación genérica han reaccionado ya numerosos autores modernos" (58). Es el caso que dentro de esta corriente se encuentra el profesor Jiménez Huerta quien indica que "en los delitos formales o de simple conducta el límite máximo de la tentativa fin case en el penúltimo acto idóneo de los que el agente a de efectuar para lograr la consumación del delito; como en esta clase de tipos no se necesita la producción de un resultado externo -- como consecuencia de la conducta, el delito queda consumado cuando se efectúa el último acto necesario para la integración típica" (59); Antolisei agrega "en los delitos de pura conducta es configurable sólo la tentativa incompleta, puesto que con el -- agotamiento de la actividad el delito se consume" (60).

Otro criterio es el emitido por Zaffaroni quien -- apoyándose en Jescheck, opina "no pueden identificarse los delitos de pura actividad con los de peligro. No obstante ambos admiten la tentativa, como ya lo hemos manifestado y aún admiten la llamada tentativa acabada (cuando se cumple la totalidad de la conducta y no sobreviene el resultado), al menos algunos de --

(54) MANZINI VINCENZO, Ob. Cit., Pág. 244.

(55) CARRARA FRANCESCO, Programa, Ob. Cit., Parágrafo 371.

(56) Ob. Cit., Pag. 91.

(57) Manual, Ob. Cit., Pág. 486.

(58) Ob. Cit., Pág. 371.

(59) Ob. Cit., Pág. 161.

(60) Ob. Cit., Pág. 366.

ellos" (61).

Por último tenemos el criterio de Frías Caballero, quien piensa que "en los delitos formales, habrá o no tentativa según se trate en cada caso de delitos de ejecución com---puesta o de delitos unisubsistentes" (62).

Nosotros consideramos que en los delitos formales o de mera conducta, sólo se podrá configurar la tentativa inacabada, ya que si realizan todos los actos ejecutivos, en forma automática, el delito se ha consumado.

V. EN LOS DELITOS DE RESULTADO MATERIAL.

En estos delitos los cuales tienen un resultado material o físico, hay unanimidad de criterios en los estudios, en el sentido de afirmar que éstos admiten la tentativa, la cual podrá ser inacabada o acabada, como es el caso del homicidio, de las lesiones, etc.

3. EL DISPARO DE ARMA DE FUEGO, EN RELACION A LA TENTATIVA.

a) NOCION Y COMENTARIO.

El disparo de arma de fuego, se encuentra tipificado en forma de delito en la fracción I del artículo 306 del Código Penal vigente, dicho artículo a continuación lo transcribimos:

"ART. 306.- Se aplicará sanción de tres días a tres años de prisión y multa de cinco a mil pesos:

I. Al que dispare a una persona o grupo de personas, una arma de fuego;

(61) Ob. Cit., Pág. 687.

(62) Ob. Cit., Pág. 201.

II. Al que ataque a alguien de tal manera que, en razón del medio empleado, el arma, la fuerza o destreza del -- agresor, o de cualquiera otra circunstancia semejante pueda producir como resultado la muerte.

Las sanciones previstas en la fracción I de este artículo se aplicarán independientemente de las que correspondan por la comisión de cualquier otro delito."

De la lectura de la fracción I del artículo antes transcrito, se desprende que la figura típica descrita, se con figura con la sencilla conducta de disparar a una persona o gru po de personas una arma de fuego, debiéndose entender por arma de fuego, aquélla que se carga con pólvora, la cual a criterio del profesor Jiménez Huerta "puede ser larga -arcabuz, carabi- na, mosquete, fusil, rifle , escopeta y mauser- o corta -pisto- la, revolver y trabuco" (63), es de suma importancia hacer no- tar que la preposición "a", la cual sirve de enlace entre la--- conducta (disparo de arma) y el objeto (persona o personas) "de- nota el complemento de la acción del verbo; -también-indica la dirección que lleva o el término a que se encamina alguna perso na o cosa" (64); por lo que debemos de entender que el proyec- til que salga del arma de fuego, debe de ser en dirección o en- contra de una persona o grupo de personas. Sin embargo, los pe- nalistas y los juzgadores, plantean el problema sobre cual es - la intención del sujeto al realizar el disparo, es decir, con - qué dolo lo hacen ¿de matar o de lesionar?, el profesor Carran- ca y Rivas señala "aunque parece evidente, según la más avanza- da y rica doctrina que el hecho de disparar hacia una persona o grupo de personas es en realidad un homicidio en grado de tenta- tiva ... subsisten tanto en la jurisprudencia como en la doctri- na muchas contradicciones derivadas de la posible hipótesis de - que en esa conducta el dolo de la gente sea eventual. Es decir,

(63) JIMENEZ HUERTA, Derecho Penal Mexicano, T. II, Ed. Porrúa, México 1984, Págs. 200 y 221.

(64) REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la Lengua Española, Ed. Espasa-Calpe, S.A., Madrid 1970, Pág. 1.

de que A - quién disparó a B - no haya querido matarlo sino herirlo, ¿pero cómo probarlo?. Más bien se diría que si A no mató a B es por una verdadera suerte del destino, porque difícilmente se explica la eventualidad del dolo en un comportamiento que sólo por razones independientes de la voluntad - la suerte - no produce la muerte" (65); por su parte el maestro Jiménez Huerta, al emitir su criterio afirma "en el actual momento de desarrollo de nuestra ciencia es ingenuo arguir, que no es posible conocer la verdadera intención del que dispara una arma de fuego contra otro. Con base en los diversos antecedentes y circunstancias concomitantes a los hechos bien puestos en relieve por la práctica, ya Carrara fijó como criterios lógicos que hacen presumir que el culpable tuvo intención de matar: lo. la índole -- del acusado; 2o. las precedentes manifestaciones de su ánimo; - 3o. la causa por la que delinquiró; 4o. la naturaleza de las armas empleadas; y 5o. el número y dirección de los golpes cuando fueron dependientes de su voluntad" (66).

Nosotros consideramos que la conducta que señala la fracción I del artículo 306 del Código Penal, es decir, el disparar una arma de fuego en dirección o en contra de una persona o grupo de personas, sólo puede ser con ánimo de lesionar (animus laedendi), o bien, con el ánimo de privar de la vida -- (animus necandi), y que al no obtener el resultado deseado, nos encontramos ante una tentativa acabada de lesiones u homicidio, según el caso, únicamente.

b) PROBLEMÁTICA SOBRE LA AUTONOMÍA DE LA FRACCIÓN I DEL ARTÍCULO 306.

Con relación a la existencia de una autonomía o no de la figura en estudio, se han emitido diversas opiniones, -

(65) CARRANCA Y TRUJILLO Y CARRANCA Y RIVAS, Código Penal Anotado, Ed. Porrúa, S.A., México 1985, Pág. 708.

(66) Ob. Cit., Pág. 232.

unos afirmando su autonomía y otros negándola; en primer lugar es de aclarar que un delito autónomo, es aquél que no necesita de la existencia de otro para poder existir, es decir, que tiene vida por sí mismo. Por lo tanto consideramos que el delito de disparo de arma de fuego al estar tipificado en forma "especial" en la fracción I del artículo 306 del Código Penal, tiene vida por sí mismo, sin embargo, el contenido de dicha fracción no es más que una tentativa de homicidio o de lesiones tipificadas de manera innecesaria, razón por la cual consideramos que debe desaparecer, ya que en la parte general del Código Penal (artículo 12) se encuentra la fórmula general, y la existencia del disparo de arma de fuego ha creado confusiones en su interpretación y en su aplicación, y tampoco se ha podido justificar su existencia en base a un razonamiento lógico-jurídico; en cuanto a la creación de este delito, el jurista José Almaraz, cuestiona "¿qué pudo haber motivado la innovación de 1931? El disparo, como delito especial, es irreal y como circunstancia agravante de un delito, no justifica ser tipificada. ¿se quizá, por ventura, combatir nuestra plaga nacional, el pistoleroismo? pues el Capítulo II no es el lugar para hacerlo, ni el artículo 306 expresa el modo adecuado de combatirlo, su lugar propio está en el Capítulo relativo a portación de armas y como en este se pena el delito de portación indebida de arma de fuego, no puede ser aquella la razón de tan peregrina figura delictiva" (67); y por su parte el profesor Jiménez Huerta, en cuanto a la creación de esta figura, señala "la ley ha creado el delito de disparo de arma de fuego en forma artificial y de tan notoria imprecisión técnica y anacrónica, que da la sensación de que como todavía los jueces carecen de formación jurídica la ley les prevee de cerebros mecánicos para que puedan desplegar su función" (68), no obstante las críticas que se le han formulado, a la figura en estudio, el profesor Carranca y Rivas opina "que es un precepto que 'debe' subsistir por la imposibilidad de resolver-

(67) ALMARAZ JOSE, Algunos Absurdos y Errores de la Legislación Penal de 1931, México 1941, Pág. 115.

(68) Ob. Cit., Págs. 224 y 231.

plenamente las dudas que surgan de la hipótesis" (69).

c) ¿ADMITIRA TENTATIVA EL DISPARO DE ARMA DE FUEGO?.

Con antelación manifestamos que el delito de disparo de arma de fuego, creado y tipificado en la fracción I del artículo 306 del Código Penal vigente, no es más que una tentativa acabada de lesiones u homicidio, según el caso, únicamente, es decir, será tentativa de lesiones o de homicidio según la intención el dolo del agente, pero en ningún momento abarcará la tentativa de otros delitos, como por ejemplo el parricidio, ya que de la redacción del precepto en estudio, se desprende que el sujeto activo es indiferente o común y en el delito de parricidio el sujeto activo será especial o exclusivo, en cuanto al sujeto pasivo, en la figura del disparo de arma de fuego se requiere un sujeto pasivo impersonal, es decir, puede ser cualquier persona o personas, en el parricidio se requiere un sujeto pasivo personal y éste únicamente será un ascendiente consanguíneo en línea recta.

Hecha la aclaración anterior, nos adherimos a la tan acertada opinión de nuestro maestro Celestino Porte Petit, que sostiene "para los que pensamos (refiriéndose al art. 306-I) que constituye una tentativa acabada de homicidio o lesiones, - la respuesta es negativa, pues no hay tentativa de tentativa" - (70), no obstante para los que afirman que es posible la existencia de la tentativa en el disparo de arma de fuego "tendrían que constituirlo aquéllos actos ejecutivos anteriores a los que forman el disparo y serían los que dan lugar a un comienzo de ejecución, es decir, la tentativa del disparo, sería lo que en realidad constituye la tentativa inacabada de homicidio o lesiones" (71).

(69) Ob. Cit., Pág. 709.

(70) PORTE PETIT CANDAUDAP, Dogmática sobre los Delitos contra la Vida y la Salud Personal, Ed. Porrúa, México 1982, Pág. 321.

(71) Idem.

d) EL DISPARO DE ARMA DE FUEGO Y EL CONCURSO DE -
DELITOS.

El artículo 306 fracción I, como hemos señalado, tipifica el "delito" de disparo de arma de fuego como figura autónoma, pero en párrafo último enuncia "las sanciones previstas en la fracción I de este artículo se aplicarán independientemente de las que correspondan por la comisión de cualquier otro delito."; por lo que de la simple lectura de este párrafo se desprende que da la posibilidad de un concurso ideal de delitos, - es decir, que con una sola conducta (disparo de arma de fuego) - se puedan cometer otros delitos, en el caso concreto el "delito" de disparo de arma de fuego y otro u otros delitos, pero surge la pregunta ¿qué delito o delitos podrán ser?, responde el profesor Jiménez Huerta, "éste 'cualquier otro delito' únicamente puede serlo el de homicidio en grado de tentativa. Empero, como en ambos casos su tutela el bien jurídico de la vida humana --- frente al peligro real y cierto que implica disparar a una persona o grupo de personas un arma de fuego, es obvio que, conforme a los principios más elementales que rigen el concurso aparente de tipos, resulta imposible aplicar también las sanciones establecidas en el artículo 63 en relación con el artículo 302- para la tentativa de homicidio, pues son incompatibles con las establecidas en el artículo 306 para el delito de disparo de -- arma de fuego y, por ende, no son como textualmente exige el -- párrafo in fine del artículo 306 'las que correspondan por la - comisión de cualquier otro delito" (72).

Nosotros consideramos que el espíritu del artículo 306 en su párrafo último fue el de sancionar el disparo de - arma de fuego y las lesiones o el homicidio, aunque puede presentarse el daño en propiedad ajena, pero no es, esta última hipótesis, la que quizá señalar.

Explicado lo anterior, pensamos que no puede ---

(72) Ob. Cit., Pág. 225.

coexistir el disparo de arma de fuego y el delito de lesiones o de homicidio, ni mucho menos la tentativa de lesiones o de homicidio, en las primeras hipótesis porque al disparo de arma de fuego se le ha considerado como un delito de peligro, y el delito de lesiones u homicidio son delitos de daño, en consecuencia, éstos dos últimos absorben al primero. Por lo que respecta a la segunda hipótesis, es decir, a la tentativa de lesiones y de homicidio, tampoco puede coexistir, porque el bien jurídico protegido es el mismo en estas figuras, o sea, se protege la integridad corporal o la vida frente a un peligro real, lo que da lugar al llamado concurso aparente de normas incompatibles entre sí, "y como el delito de disparo de arma de fuego tiene la significación especial inherente a su naturaleza de delicta sui generis, obvio es que ha de recibir preferente y excluyente aplicación conforme al principio lógico: Lex specialis derogat legi generali" (73), aunque no nos parece del todo feliz, y si se aplicaran las dos sanciones, equivaldría a sancionar doblemente un hecho. Por último y para hacer notar, aún más la deficiente y mala redacción del artículo 306, se observa que en el último párrafo de este artículo indica "las sanciones previstas en la fracción I de este artículo se aplicarán independientemente de las que correspondan por la comisión de cualquier otro delito", pero resulta que en la fracción I del mencionado precepto no existe señalada ninguna sanción!.

4. EL ATAQUE PELIGROSO EN RELACION A LA TENTATIVA.

a) NOCION Y COMENTARIO.

Por lo que respecta a la figura del "ataque peligroso", la encontramos tipificada en la fracción II del artículo 306 del Código Penal de manera siguiente:

"ART. 306.- Se aplicará sanción de tres días a --

(73) Ob. Cit., Pág. 235.

tres años de prisión y multa de cinco a mil pesos.

I...

II. Al que ataque a alguien de tal manera que, en razón del medio empleado, el arma, la fuerza o la destreza del agresor o de cualquier otra circunstancia semejante pueda producir como resultado la muerte".

Del analisis de la fracción II del artículo 306, - la cual quedó transcrita anteriormente, encontramos:

a) Una conducta: que será realizar un "ataque", es decir, una "acción de atacar, que significa acometer o embestir" (74).

b) A alguien: el ataque debe ser dirigido a alguien, ese alguien sólo puede ser cualquier persona.

c) Uso de un medio: un arma, utilización de la destreza o fuerza, o de cualquier otra circunstancia semejante.

d) Posibilidad de producir la muerte.

En cuanto al uso de la arma empleada, ésta podrá ser punzante, cortante, punzo-cortante, contundente, química o explosiva, y también podrán ser las armas de fuego, aunque tal vez, por exclusión deberán de quedar fuera de esta hipótesis, en atención a la fracción I del precepto en estudio; en cuanto a la fuerza o destreza del agresor, éstas son características del sujeto activo, pero puestas en práctica dan la posibilidad de producir la muerte; por lo que respecta a la frase "o cualquier - - otra circunstancia", según el profesor Jiménez Huerta "entran todas aquellas maniobras con potenciabilidad mortífera puestas en juego en un ataque. Deben de estarse aquí, por vía de ejemplo, el embestimiento o persecución con un vehículo de motor, el empujón para hacer caer la víctima sobre un precipicio, sobre un pantano o sobre un lugar erizado de peñas o rocas, o desde un balcón o mirador situado a considerable altura" (75).

El profesor Porte Petit manifiesta " de acuerdo --

(74) REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Ob. Cit., Págs. 136 y 137.

(75) Ob. Cit., Pág. 235.

con el contenido del artículo 306, en su fracción II, es indudable que estamos frente a un problema semejante al de disparo de arma de fuego, pues así como éste es en realidad una tentativa-acabada de homicidio o lesiones según el dolo del agente, en el ataque peligroso igualmente estamos ante una tentativa inacabada o acabada de lesiones u homicidio, según exista un comienzo de ejecución o una total ejecución" (76).

Respetando el criterio de nuestro profesor Don - Celestino Porte Petit, nos atrevemos a manifestar que el "ataque peligroso" es una tentativa inacabada o acabada de homicidio, pero no de lesiones, toda vez que dicho "ataque" debe de poner en peligro la vida y no la integridad física, esto lo desprendemos cuando en dicha fracción se señala "pueda producir como resultado la muerte", en caso de que existan lesiones, éstas deberán de ser forzosamente de las comprendidas en el artículo-293 del Código Penal, es decir, de las lesiones que ponen en peligro la vida, ya que en la fracción II del artículo en estudio se hace alusión a un "ataque" o sea, a una acción de acometer o de embestir que pueda producir la muerte, lo que significa que hay un contacto con el sujeto pasivo y se ha producido una lesión "grave" que ha puesto en peligro la vida; razón por la cual decimos que si el dolo del sujeto activo es privar de la vida, será tentativa acabada o inacabada de homicidio, y si la intención es lesionar, y "ataca", indudable es que estaremos frente a un delito consumado de lesiones. Asimismo nos atrevemos a decir que el "ataque peligroso", únicamente abarcará -- una de las hipótesis del disparo de arma de fuego, ésta será -- cuando el sujeto activo dispara con animus necandi (tentativa de homicidio), no así, cuando dispara con animus leadendi (tentativa de lesiones).

Hecho el señalamiento de nuestro criterio acerca de la fracción II del artículo 306 del Código Penal (ataque peligroso), podremos decir que todo lo que se dijo en relación al (76) Ob. Cit., Pág. 352.

delito de disparo de arma de fuego es aplicable a la figura en comento.

CAPITULO CUARTO

DE LA JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION

El término "Jurisprudencia", lo utilizaremos respecto a la propia jurisprudencia y ejecutorias dictadas por - - nuestro Máximo Tribunal Judicial.

La esfera objetiva o externa del Iter-Criminis, - es la única que tiene transcendencia jurídica, por tal razón, - nuestros tribunales judiciales han emitido sus resoluciones refiriéndose únicamente a los momentos de la fase externa del camino del delito; y excepcionalmente emiten resoluciones respecto de la fase interna o subjetiva; analicemos algunos de los -- criterios que consideramos tienen relación con la tentativa:

ACTOS PREPARATORIOS Y PRINCIPIOS DE EJECUCION.- Los actos preparatorios que constituyen modalidades en el aspecto externo del delito son impunes, por - - equívocos, a menos que la Ley les otorgue autonomía como a la conspiración y a las amenazas. Los principios de ejecución, consisten en actos ostensibles, externos, idóneos encaminados a la realización del delito, son punibles por unívocos cualquiera que -- sea el grado a que lleguen en el desarrollo de la - tentativa.

Directo 5591/1956. Guadalupe Temaxtla Castro, Resuelto el 30 de octubre de 1957, por unanimidad de 5 votos, Ponente el Sr. Mtro. Gonzáles Bustamante. Srío. Lic. Raúl Cuevas.

la. SALA.- Boletín 1957, Pág. 659.

Es indudable que en la tesis expuesta anteriormente nuestro máximo tribunal sigue el criterio sostenido por Car-

mignani, el cual fue desarrollado en forma brillante por el - - maestro de Pisa, es decir, se acoge al criterio de la univocidad.

TENTATIVA Y ACTOS PREPARATORIOS.- La tentativa implica un principio de ejecución y la puesta en peligro de un bien jurídico a virtud de un proceso unívoco. El acto de tentativa implica un principio de ejecución sin consumación, y en cambio, el acto preparatorio es tan sólo un supuesto material equívoco.

Directo Penal 875/51.- Manuel Téllez Chávez. Julio 19/955. Unanimidad de 5 votos. Ponente: Lic. Juan-José González Bustamente.

Sala Auxiliar.- Informe 1955, Pág. 43.

En lo que se refiere al criterio doctrinal expuesto en esta tesis, es indudable que se sigue una corriente mixta en la cual va implícito el criterio del peligro corrido y el de la univocidad, seguido del criterio del comienzo típico de ejecución.

TENTATIVA Y ACTO PREPARATORIO (TESIS APLICABLE A TODAS LAS LEGISLACIONES QUE CONTENGAN UNA FORMULA IDENTICA AL ARTICULO 12 DEL CODIGO DEL DISTRITO).- Cualquiera que sea la posición que se adopte respecto a la tentativa, ya sea que se la considere como un estado inferior de la violación típica, o como figura autónoma, posición ésta última doctrinariamente poco defendible, debe de sostenerse que lo característico de ella es el principio de ejecución, acompañado necesariamente en la puesta en peligro del bien jurídico que tutela el tipo. Si no hay puesta en peligro, simplemente no hay lesión jurídica y para que haya, el sujeto debe de hacer algo encaminado en forma unívoca a la realización

delictiva. El fallido ladrón que ha decidido robar dentro de la residencia, y al ver la altura de los muros que la protegen y cerciorarse de que le es imposible salvarlos, desiste de su empeño, no por otra razón, sino porque se encuentra en condiciones de imposibilidad material de llevar a cabo el escalamiento; sin embargo, si el escalamiento se intenta, y por las dificultades materiales, fracasa el presunto delincuente, su conducta es ya de ejecución, y la mayor o menor puesta en peligro -- servirá de criterio para cuantificar la pena, puesto que se determina el grado en que se llegó a la ejecución, pero la tentativa existirá.

Amparo directo 7227/1956/1a. Eliseo Rodríguez Ramírez. Febrero 20 de 1967. Unan. 4 Votos, Ponente: Mtro. Abel Huitrón y Aguado.

1a. SALA.- Informe 1967, Pág. 54.

En esta tesis, es de hacerse notar que nuestro Máximo Tribunal sigue un criterio mixto compuesto por el criterio del peligro corrido, del comienzo típico de ejecución y del denuncivocidad, equiparando el peligro corrido con la lesión jurídica, para que de esta forma se justifique el "daño" que sufre el bien jurídico tutelado por la ley.

TENTATIVA.- Los actos que integran la tentativa -- son necesariamente ejecutivos, aún cuando no consumativos, pues precisamente la ausencia de consumación y el principio de ejecución es lo que caracteriza este grado de comisión de los delitos, y -- mientras el acusado no pase del acto preparatorio, que es objetivamente equívoco, no puede hablarse de que se esté en presencia de una tentativa.

Amparo directo 3541/1961.- Ramón Navarro Gaeta. Resuelto el 4 de septiembre de 1961, por unanimidad de 4 votos. Ausente el Sr. Mtro Rivera Silva. Po-

nente el Sr. Mtro. Mercado Alarcón. Srio. Lic. --
 Javier Alba Muñoz.
 la. Sala. Boletín 1961. Pág. 594.

Es precisamente en esta ejecutoria dictada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de los actos que integran la tentativa, siendo actos ejecutivos aquellos en donde -- hay un "principio de ejecución", criterio tan difundido por el Código Penal Francés.

TENTATIVA.- Por lo que se refiere al grado del delito, la legislación penal poblana, siguiendo lineamientos establecidos por el Código Substantivo del Distrito Federal, que borró el casuismo de la anterior codificación de Martínez de Castro, establece un sólo precepto, el número 12, comprendiendo el mayor número de fases de la trayectoria de la acción criminal incompleta, mediante la elástica fórmula de la tentativa. Dentro de esa amplia fórmula caben las siguientes fases de criminalis: la tentativa inacabada o conato, la tentativa imposible o delito intentado y la tentativa acabada o delito frustrado. (Toca número 218 de 1955).
 Semanario Judicial de la Federación Tomo CXXIV.--
 Pág. 676. Quinta Epoca.

No olvidemos que en el Código "Martínez de Castro" es decir el Código Penal de 1871, en su artículo 18 plasmó los grados del delito, siendo éstos el conato, el delito intentado, el delito frustrado y el delito consumado. Asimismo definió estas figuras en los artículos 19, 20, 25 y 26 respectivamente.

TENTATIVA.- Si de autos se concluye que el acusado ejecutó hechos directos e inmediatamente encaminados a la producción de un delito, pero el resultado fue impedido por la oportuna intervención

de un tercero, no es legal condenar por el delito consumado, sino que las penas deben ser las señaladas por la ley para la tentativa.

Directo 2467/1962.- Francisco Colfn. Resuelto el 9 de noviembre de 1962, por mayoría de 4 votos, - contra el del Sr. Mtro. Vela. Ponente el Sr. Mtro. González de la Vega. Srio. Lic. Fernando Castellanos,

la. Sala.- Boletfn 1962, Pág. 634.

Por lo que respecta a este criterio, se aprecia - que se apega al criterio de la univocidad, desarrollado en forma brillante por el profesor Carrara; y es de esperarse ya que como se aprecia el Secretario, es el hoy Ministro Fernando Castellanos Tena, profesor que esta influenciado por esta corriente, tal como se puede constatar en su obra Lineamientos Elementales del Derecho Penal.

TENTATIVA ACABADA.- Como fase externa del delito, la tentativa acabada es punible si el agente efectúa actos en relación con el verbo principal del delito de que se trata, o sea, existe un principio de ejecución o de penetración al núcleo del tipo, no consumándose por causas ajenas a su voluntad.

Directo 4872/1060.- Manuel Amaya Reynaga, Resuelto el 23 de noviembre de 1960, por unanimidad de 4 votos. Ponente el Sr. Mtro. Mercado Alarcón. - Srio.Lic. Róben Montes de Oca.

la. Sala.- Boletfn 1961, Pág. 14.

Hemos estudiado a la tentativa, la cual en términos generales, es una, pero a su vez se divide para su estudio en dos formas, o sea, inacabada y acabada, en la ejecutoria que se analiza se señala la realización de actos con relación al verbo principal, pero en ningún momento se precisa si dichos --

actos se realizaron en forma total o no, razón por la cual manifestamos que dicho criterio no es claro y no da la idea correcta de una tentativa acabada.

TENTATIVA, elementos integrantes de la.- Para que la tentativa sea punible se precisa, como primer elemento, que el agente realice actos directos e inmediatamente encaminados a la comisión del delito de que se trate, y como actos de esa especie sólo se pueden tener aquéllos que por su propia entidad, sin dar lugar a ambigüedad de significación, se presentan como integrantes de un proceso dirigido a la realización del hecho típico cuestionado; el segundo elemento es la circunstancia de que el delito no se llegue a consumir por una causa ajena a la voluntad del agente.

Director 1669/1955.- Filomón Guzmán Salgado. Resuelto el 6 de abril de 1956, por unanimidad de 4 votos. Ausente el Sr. Mtro. Olea y Leyva. Ponente el Sr. Mtro. Chávez S. Srío. Lic. Jorge Reyes Taya bas.

la. SALA.- Boletín 1956, Pág. 303.

En la tesis que se analiza se desprende que nuestro máximo tribunal se apega al criterio de la univocidad, que al tratar de describirnos los elementos que integran la tentativa únicamente, indicados; en el desarrollo del presente trabajo indicamos que los elementos de la tentativa eran:

- a). Un dolo;
- b). Realización de los actos ejecutivos (todos o algunos), o bien;
- c). Una omisión (inactividad) sea total o parcial; y
- d). No verificación del resultado.

No obstante nuestro máximo tribunal, en su crite-

rio, nos describe o indica cuales son los elementos de la tentativa, pero no lo hace en forma exhaustiva y por otra parte únicamente se refiere a la tentativa por acción, olvidando que esta figura puede existir por la forma de conducta llamada omisión, - ahora bien, dentro de esta tesis que se analiza los elementos -- apuntados, no se precisan si son de la tentativa acabada o inacabada.

DOLO Y CULPA.- No pueden coexistir. Legislación Penal del Estado de Baja California.- No pueden coexistir el dolo y la culpa dentro de un mismo evento criminoso; cuando, no obstante que inicialmente existe unidad de ofensa por parte del agente del delito, se produce pluralidad de daños, toda vez que en el caso opera la concepción unitaria del delito; y no puede concluirse en buena técnica jurídica que en las lesiones causadas por el acusado al disparar un arma de fuego contra el ofendido, mediara la intención de su parte, en tanto que el homicidio que también se produjo a consecuencia de dichos disparos, pudiera contemplarse como cometido por culpa.

Directo 3947/1960. Raúl Saucedo González. Resuelto el 27 de septiembre de 1969, por unanimidad de 5 votos. Ponente el Sr. Mtro. González Bustamante Srío. Lic. Enrique Padilla Correa.

la. SALA.- Boletín 1960, Pág. 630.

El dolo, como se indicó, es un elemento de la tentativa, toda vez que esta figura únicamente se puede dar en los delitos dolosos, no así en los culposos ni preterintencionales, - en atención al concepto unitario del delito, por eso nos parece acertado el criterio de la no coexistencia del dolo y la culpa, - ésto por ser antagónico; en el caso concreto que nos plantea la ejecutoria en comento, pretende calificar un homicidio preterintencional por culposo, cuestión que nos parece errónea.

En virtud que en la doctrina existe una teoría -- del dolo muy compleja, en la cual se hace alusión a un dolo directo, indirecto, de probabilidad, eventual, alternativo, acumulativo, etc., existiendo la problemática si la tentativa admite o no esta clase de dolos no parece eficaz el concepto de dolo -- dado por nuestro máximo tribunal en la tesis siguiente:

DOLO, CONCEPTO DE.- El dolo consiste en la intención de ejecutar un hecho que es delictuoso.

Amparo directo 3611/1961. Plinio Santiago Musso.- Octubre 26 de 1961. Mayoría 3 votos. Ponente: - - Mtro. Gonzáles Bustamante.

la. Secta Epoca, Volumen LII, Segunda Parte, Pág. 28.

DOLO, PRESUNCION DE.- Legislación Penal para el -- Estado de Coahuila. La presunción de que un delito es intencional no se destruye, aunque el agente afirme que no se propuso ofender a determinada persona al causar el daño que resultó, si éste -- fué consecuencia necesaria y notoria de su proceder al disparar el arma contra el ofendido.

Directo 3577/1961. Eduardo de la Torre Espinoza.- Resuelto el 4 de octubre de 1963, por unanimidad de 4 votos. Ausente el Sr. Mtro. González de la -- Vega. Ponente el Sr. Mtro. Mercado Alarcón. Srio. Lic. Enrique Padilla Correa.

la. SALA.- Boletín 1963, Pág. 411.

Con anterioridad y de acuerdo con la legislación -- había la probabilidad de presumir la existencia del dolo, tal -- como se desprende de la ejecutoria transcrita con antelación, -- ésto se debía a que casi siempre los códigos de los Estados de -- la República siguen al del Distrito Federal, siendo el caso que el Código Penal del Distrito Federal en su artículo 9o. era con -- tradictorio pues preceptuaba; "ART. 9o. La intención delictuosa-

se presume salvo prueba en contrario.

La presunción de que un delito es intencional no se destruirá, aunque el acusado pruebe alguna de las siguientes circunstancias:

I. Que no se propuso ofender a determinada persona, ni tuvo en general intención de causar daño;

II. Que no se propuso causar el daño que resultó, si éste fue consecuencia necesaria y notoria del hecho u omisión en que consistió el delito:..."

Por eso el profesor Porte Petit en su oportunidad y en forma acertada dijo: "la redacción del artículo 9o., es de safortunada, porque equivale a decir que la presunción de que un delito es intencional no se destruirá aunque se pruebe que no es intencional respecto al daño causado". (*)

Actualmente el Código Penal para el Distrito Federal, define con precisión que delitos son dolosos, culposos y preterintencionales, razón por la cual ya no es necesario seguir el criterio erróneo que nos inducía a cometer injusticias, es decir, el dolo debe de comprobarse tal como lo sostenía la sala auxiliar de nuestro máximo tribunal en la tesis que transcribimos a continuación:

DOLO QUE DEBE COMPROBARSE Y NO PRESUMIRSE.- Cuando la figura delictiva exige, como en el caso del delito de difamación de consagra el artículo 369 del Código Penal de San Luis Potosí, la comunicación dolosa, debe demostrarse la dañada intención del agente y no solamente presumirse en los térmi

(*) PORTE PETIT CANDAUDAP. C. Dogmática sobre los Delitos contra la Vida y la Salud Persona, Ed. Porrúa, S. A., México - 1982, Pág. 41.

nos de la presunción consagrada en la Ley, pues - dicha presunción operata sólo en las figuras en las que no se consagran como elementos del delito el dolo activo.

Directo Penal 7835/49. Miguel Campos Martínez. Febrero 28/955. Unanimidad de 5 votos. Ponente: Lic. Juan José González Bustamente.

SALA AUXILIAR.- Informe 1955, Pág. 26.

Como es lógico y normal al faltar algún elemento de una figura determinada, ésta no tendrá vida, es decir, no -- queda integrada, siendo el caso que dependiendo del criterio -- que siguen los tribunales judiciales, éstos determinaran cuáles son los elementos de la tentativa o bien señalarán porqué es -- inexistente esta figura, tal como la jurisprudencia que se transcribe a continuación:

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 de 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 con siderarse como constitutivos de tentativa.

Quinta Epoca:

Tomo CXXV. Pág. 568. A. D. 875/51.- Manuel Téllez Chávez 5 votos.

Vol. VI. Pág. 62. A. D. 5158/57.- Enrique Marín - Barrera. Unanimidad de 4 votos.

Vol. XIX. Pág. 222. A. D. 1094/57.- Ramón Núñez - de Luna. Unanimidad de 4 votos.

Vol. XLIV. Pág. 107. A. D. 2633/60.- Baltazar Castañeda Alba. Unanimidad de 4 votos.

Vol. LI. Pág. 94. A. D. 3541/61. Ramón Navarro Gaceta. Unanimidad de 4 votos.

De la tesis Jurisprudencial que anteriormente - - transcribimos, se desprende que el elemento que no queda debidamente acreditado son los "actos ejecutivos" para lo cual se sigue el criterio de la equivocidad.

Analicemos a continuación otro criterio de la Suprema Corte de Justicia, en el cual se aprecia que la no configuración de la figura de la tentativa es la falta de los "actos de ejecución":

TENTATIVA, NO CONFIGURACION DE LA.- La sola búsqueda de la víctima con el propósito de darle - - muerte, no integra tentativa de homicidio, máxime que no se encontraba en el poblado en que los sujetos activos creían que la hallarían, porque no se realizaron actos de ejecución en relación con el núcleo del tipo del delito respectivo. La sentencia que en tales condiciones condena, es violatoria de garantías.

Amparo directo: 4345/59.- Ciro García Rodríguez.- Resuelto el 11 de noviembre de 1959, por unanimidad de cuatro votos.- Ponente el Sr. Mtro. Rodolfo Chávez S. Srio. Lic. Fernando Castellanos.
la. SALA.- Informe 1956, Pág. 65.

Sin embargo a todas luces se observa, en esta tesis, que nuestro máximo tribunal se apega al criterio difundido principalmente por la corriente alemana.

A continuación damos a conocer otro de los criterios sustentados por la Suprema Corte de Justicia, sobre la figura de la tentativa, la cual no se integra por falta del elemento subjetivo del procesado, que es el dolo de cometer el delito.

HOMICIDIO, Tentativa de.- Establecido en autos -

que el acusado nunca tuvo la intención de cumplir el encargo que le hicieran unas personas, de que privara de la vida a otra, dándole cierta cantidad de dinero para gastos, y una pistola para la perpetración del crimen, su conducta no es susceptible de ser valorada como configurante de un intento de homicidio.

Directo 1669/1955.- Filemón Guzmán Salgado. Resuelto el 6 de abril de el Sr. Mtro. Chávez S. --- Srío. Lic. Jorge Reyes Tayabas.
la. SALA.- Boletín 1956, Pág. 298.

TENTATIVA, DELITOS EN GRADO DE.- "Aún cuando se -- admitiera que un caso reviste los aspectos del delito imposible, porque los medios empleados para su realización resultaron idóneos, no podría, por esa sola circunstancia, establecer la inexistencia de la tentativa, cuya punibilidad dispone el artículo 12 del Código Penal del Distrito. En efecto, dentro del concepto del citado artículo, se comprenden todos los grados del delito consumado, por causas ajenas a la voluntad del agente, que en el Código Penal de 1871 se designaban como connato, delito intentado al delito imposible, es decir, a aquél que en la consumación "fuera irrealizable -- porque fue imposible o porque fueron evidentemente inadecuados los medios que se emplearon "fuera -- irrealizable porque fue imposible o porque fueron evidentemente inadecuados los medios que se emplearon". El propio precepto no define la tentativa, pero señala en qué casos es punible; "cuando se -- ejecutan hechos crimiados directa e inmediatamente a la realización de un delito, si éste no se -- consume 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, Es decir, para que exista tentativa punible, basta que quede evidenciado con hechos materiales, el propósito de delinquir, independientemente de que los hechos sean, o no, idóneos para lograr el fin deseado y sólo cuando el agente desiste voluntariamente de este propósito, no se considerará punible la tentativa".

Semanario Judicial de la Federación. Tomo LXXXV.-
Pág. 614.

Quinta Epoca.

La presente tesis sigue un criterio subjetivo, es decir únicamente atiende a la voluntad (dolo) del sujeto activo; es de hacer notar que si bien es cierto que el artículo 12 del Código Penal (hasta Diciembre de 1984), según el criterio que se analiza, no define la tentativa, no es correcto decir que dicho precepto englobe o comprenda todos los grados del delito consumado, por causas ajenas a la voluntad del agente, que el Código "Martínez de Castro" designa en el artículo 18, que llamó I.- Conato, II.- Delito Intentado, III.- Delito Frustrado y IV.- Delito Consumado, y que se contemplaban en los artículos 19, 21, 26 y 20 respectivamente de dicho ordenamiento; y es el caso que en la presente tesis se hace alusión al "delito imposible" que el Código Penal de 1871 llamó "delito intentado" y lo reguló en su artículo 25, ahora bien, el delito imposible, para nosotros se da en dos supuestos, por falta de bien jurídico, o por inidoneidad de medios y éstos supuestos responden únicamente al delito imposible y no a la tentativa, máxime que la propia Corte en su criterio señala, 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, en tal sentido no puede surgir una materialización de un delito si los medios no son apropiados, es decir no se realizan los actos de ejecución y por lo tanto la circuns-

tancia fortuita no aparece y frustra la voluntad del agente, ya que no se puede frustrar una "ejecución" en la cual ni siquiera existe la posibilidad de su existencia.

TENTATIVA IMPOSIBLE POR FALTA DE OBJETO.- El artículo 60. del Código Penal del Estado de Durango - cuyo contenido es idéntico al artículo 12 del Código Penal Federal, no contempla los actos encaminados directa e inmediatamente a la realización - de un no delito, sino de un hecho típico definido por la Ley como delito; luego entonces respecto - de la conducta positiva de los acusados que amenazaron a la víctima con privarla de la vida si - no entregaba una suma de dinero en hora y lugar - prefijados, y el sujeto pasivo sólo llevó a ese - sitio un sobre cerrado sin dinero ni valores, se - debe afirmar que el apoderamiento del sobre por - parte de los quejosos constituyó una tentativa im - posible de robo, porque no se puede robar lo que - no existe y no se puede empezar a robar lo que no - existe. Por lo mismo, la conducta es atípica por - falta de objeto material sobre el que pudiera re - caer la intención criminosa.

Amparo director 3663/1965. Federico Obregón M. No - viembre 24 de 1970. Unanimidad. Ponente Mtro. J.- Ramón Palacios Vargas. Sria.: Lic. Enriqueta Soto - Rojas.

SALA AUXILIAR.- Informe 1970, Pág. 193.

Del estudio de la tesis transcrita, se desprende - que nos encontramos en un caso semejante a que se consagra en - la tesis analizada anteriormente, es decir, nos encontramos ante un "delito imposible", por falta de objeto material, y no - ante una tentativa, porque si efectivamente falta un elemento - de dicha figura no se le puede dar esa denominación.

Durante el desarrollo del presente trabajo se señaló la existencia de dos figuras que tienen bastante parecido o relación con la tentativa acabada e inacabada, y en cierto modo, figuras contrapuestas, nos referimos nada más y nada menos al desistimiento y al arrepentimiento activo o eficaz, en las cuales no se llega a la terminación de los actos ejecutivos, en la primera de las figuras, y en la segunda no se produce el resultado en ambos casos por causas propias a la voluntad del agente, tal como lo podemos apreciar en la ejecutoria que a continuación -- transcribimos:

DESISTIMIENTO DEL DESIGNIO CRIMINAL. ASUSENCIA DE RESPONSABILIDAD DERIVADA DEL.- "No cabe declarar la respecto del acusado que demuestra que si bien intervino en la concepción del homicidio que se le imputa, ya que discutió con otros dos inculcados entre los que se cuenta el autor material del delito, indicando que se debía dar muerte a quien había seducido a la joven que era hija de uno de ellos y sobrina de los otros dos, sin embargo por su propia voluntad y con bastante anticipación al momento que se consumó el delito, desistió de ese propósito e insistentemente trató de convencer a sus parientes de que se abstuvieran de llevar adelante la idea que él había acogido, sucediendo -- además que no tomó ninguna otra participación en los hechos. La ausencia de responsabilidad deriva del principio implícito en la definición legal de la tentativa punible, donde se dispone que sólo se sancionará a quien realice actos directos e inmediatamente encaminados a la ejecución de un delito, si éste no se consuma por causa ajena a la voluntad del agente, pues en la especie bajo examen el delito resultó consumado por causas diversas de la voluntad del procesado a quien se -- alude".

Amparo número 685/56. Quejoso: Abraham Torres Moreno y coag.- 30 de agosto de 1956.- Unanimidad - de 5 votos. Ministro: Lic. Rodolfo Chávez S. Secretario: Lic. Jorge Reyes Tayabas.
la. SALA.- Informe 1956, Pág. 38.

Sin embargo nuestro máximo tribunal, del caso que se analiza no lo declaró así, aún cuando se reúnen los elementos de figura del desistimiento, porque no obstante aunque se hayan realizado alguno de los actos ejecutivos al desistirse -- del designio criminal, si opera en el caso concreto la declaración del desistimiento del delito.

TENTATIVA (VERACRUZ).- El Artículo 10 del Código Penal de Veracruz, establece que es sancionable - la tentativa, 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. Por tanto, si el inculpado ejecutó actos consistentes en observar -- los movimientos que se operaban en la negociación que pretendía robar y como vio que no podría realizar el delito sin peligro, desistió de su propósito, al no efectuarse el robo por su propia voluntad, evidentemente no se configura la tentativa.

Amparo directo 91/1961. Agustín Navarro Posadas.- Abril 17 de 1979. Unanimidad 4 votos. Ponente: -- Mtro. Ezequiel Burguete Farrera. Srio: Lic. Juan Lara Domínguez.

No obstante en la presente tesis existe contradicción con la ejecutoria analizada anteriormente, pues nuestro máximo tribunal declara la no configuración de la tentativa y trata de hacerla aparecer como un desistimiento, sin embargo la -- Corte olvidó, tal vez, que en la figura del desistimiento debe-

de existir la voluntad de no delinquir en "última hora" pero esta voluntad debe ser libre de vicios, en tal sentido si el sujeto activo desiste de su determinación criminal "porque vió que no podía realizar el delito sin correr peligro", no estamos en presencia de un desistimiento y si en una tentativa inacabada, por tal razón no nos parece del todo feliz dicho criterio, además de ser contradictorio con el anterior que plenamente reúne los requisitos de la figura del desistimiento.

TENTATIVA DE VIOLACION, DESISTIMIENTO EFICAZ EN EL DELITO DE.- Según se desprende de la declaración del inculcado, y de lo manifestado por el sujeto pasivo, aquél trató de copular con ella, pero no logró hacerlo, mas no por causas ajenas a la voluntad del acusado, sino en atención a su desistimiento, pues voluntariamente dejó de insistir en su intento de efectuar el acto sexual, motivado porque la ofendida fruscamente se separó de él y porque pensó "que podría meterse en problemas". Dicho en otros términos, y acudiendo a la tradicional expresión lulesca, se está en presencia de un "yo no quiero, a pesar de que puedo", característica de un desistimiento eficaz en la tentativa; a diferencia del "yo quiero, pero no puedo", que matiza a la tentativa. Además conviene destacar que el desistimiento del sujeto activo, que en la especie impide que se adecde la conducta al tipo, es eficaz, independientemente de que se haga formidie Poenae o virtutis amore, es decir, temor a la pena o por amor a la virtud.

Séptima Epoca, Segunda Parte:

Vols. 193-198. A.D. 7672/84.- Rosendo Arellano Gómez.
5 votos.

En el caso que plantea la tesis en análisis nos encontramos en un problema semejante al que se plantea el criterio sostenido en la ejecutoria comentada con anterioridad a la presente, pues como lo hemos dicho el desistimiento debe ser - - -

sin ningún vicio de voluntad o por alguna conveniencia, dado que el "pensar meterse en un problema" indica una intimidación que vicia la libre voluntad del agente; y por tal razón, nos encontramos ante la presencia de una tentativa inacabada, máxime que se desprende que el sujeto desistió "motivado porque la ofendida bruscamente se separó de él".

TENTATIVA. Penalidad aplicable a la.- No constituyendo la tentativa entidad delictiva independiente, sino correspondiendo a una de las fases externas de ejecución del ilícito, técnicamente es factible sancionar a su sujeto por la modalidad del delito -- tentado y no consumado por causas ajenas a su voluntad, sin conculcársele garantías si se le impone penalidad por robo ordinario y simple de monto indeterminado y se adiciona la correspondiente a una circunstancia de lugar que convergió, por robo calificado.

Directo 1804/1960.- Agustín Pérez Rojas. Resuelto - el 18 de agosto de 1960, por unanimidad de 4 votos- Ponente el Sr. Mtro. Mercado Alarcón. Srio. Lic. -- Rubén Montes de Oca.

la. SALA.- Boletín 1960, Pág. 469.

Con relación a la naturaleza jurídica de la tentativa existen pocas resoluciones y las que existen no señalan con precisión cuál es la naturaleza jurídica de la figura en estudio, en la presente jurisprudencia nuestro máximo tribunal re conoce que la tentativa no constituye una entidad delictiva independiente, sino que la tentativa es "una de las fases externas de ejecución" y por lo tanto se le sanciona al sujeto por delito tentado sin conculcarle garantías, supuestamente; pero - sino no es un delito y sólo es una fase de éste, es lógico que se viola el principio "nullum crimen sine lege" que se consagra en el artículo 14 Constitucional.

TENTATIVA DE HOMICIDIO Y LESIONES, DELITOS DE.- -
 Constituyendo la tentativa uno de los momentos de la fase externa del delito, con actos de plena ejecución, no puede al mismo tiempo integrar figura delictiva diversa; por lo que, si el agente realiza hechos directamente encaminados a privar de la vida a una persona, ejecutando maniobras asfixiantes (estrangulación) y deja de actuar al ser sorprendido por terceros, comete el delito de homicidio en grado de tentativa.

Amparo directo 202/1955.- Daniel Saucedo. Resuelto el 2 de junio de 1956, por unanimidad de 5 votos.- Ponente el Sr. Mtro. González Bustamente. Srio. -- Lic. Rubén Montes de Oca.

1a. SALA. Boletín 1956, Pág. 437.

En la presente jurisprudencia se sigue un criterio semejante al indicado en la tesis anterior, en el sentido de considerar a la tentativa como un momento de la fase externa del delito y sancionar dicha conducta o delito tentado por lo que se observa que nuestro máximo tribunal se orientó a la doctrina expuesta por el gran profesor Carrara, y considerar a la tentativa como el delito imperfecto.

TENTATIVA DE VIOLACION, Delito de.- La tentativa es delito inacabado, porque el sujeto no lo consuma por causas ajenas a su voluntad, pero su proceder estaba directamente encaminado a la realización del delito de que se trata.

Directo 7369/1962.- Agustín Ibarra Torres. Resuelto el 26 de julio de 1963, por unanimidad de 5 votos. Ponente el Sr. Mtro. Mercado Alarcón. Srio. -- Lic. Enrique Padilla Correa.

1a. SALA.- Boletín 1963, Pág. 283.

La presente ejecutoria, también sigue la orientación de la doctrina expuesta por el maestro de Pisa, en el sentido de considerar a la tentativa como un delito inacabado, es decir, como un delito imperfecto, sin embargo, esto sólo puede considerarse exacto si esta figura se pone en relación con el delito consumado, pues lo imperfecto reside en el peligro, el cual hace las veces de daño, por lo que si se analiza detenidamente se llega a la conclusión que la tentativa es un delito imperfecto, tal como lo observa agudamente Paoli cuando señala que un hombre sin un brazo, es imperfecto con relación a un hombre mutilado, pero siempre es un hombre; por eso Vannini al realizar su crítica afirma que son científicamente inexactas las expresiones tan usadas del delito tentado y tentativa de delito que equivaldría a decir que lo blanco es negro y lo negro blanco.

TENTATIVA.- PENALIDAD DE LA.- Conforme al texto legal, a los responsables de tentativas punibles se les aplicará hasta las dos terceras partes de la sanción del delito consumado, por lo que si el agente reveló especial peligrosidad por la forma de actuar, al aprovecharse del sobresalto de una menor que angustiada buscaba a un hermano perdido, y con el pretexto de que estaba escandalizando, se hizo pasar como autoridad, amenazándola de llevarla a la cárcel para atentar contra su libertad y seguridad sexual, la sanción media que se le fijó, fue inferior a su conducta antijurídica.

Amparo 2664/56/2a - Quejoso: Antonio Sánchez Sandoval.- 15 de agosto de 1956. Unanimidad de 5 votos-
Ministro: Lic. Agustín Mercado Alarcón. Srio. Lic. Rubén Montes de Oca.

la. SALA.- Informe 1956, Pág. 89.

La tesis transcrita anteriormente, se relaciona con el punto desarrollado en el capítulo tercero, relativo a --

los criterios que existen y tratan de fundar la punibilidad de la tentativa, del análisis de la jurisprudencia en estudio se observa que nuestro máximo tribunal se orientó al criterio expuesto por Garófalo y sostenido por Ferri, criterio con el cual coincidió Eugenio Florian, el cual se basa en la peligrosidad revelada que depende de la mayor o menor peligrosidad que se manifiesta a través de los actos realizados.

En relación a el disparo de arma de fuego se han emitido diversas tesis, en las cuales se sostienen diversos criterios, así tenemos que esta figura es considerada como una suplencia legal de la tentativa, la cual es visible en:

- a) Semanario Judicial de la Federación. Tomo CXVII, pp. 1410-1411, 5a. Época.
- b) Semanario Judicial de la Federación. Tomo LII, p. 27. 5a. época.
- c) Semanario Judicial de la Federación. Tomo XCVI, pp. 1554-1556, 5a. época.- Informe de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de 1947, Primera Sala, pp. 56-57.

Por otra parte se han emitido criterios, considerando que el delito de disparo de arma de fuego, debe sancionarse independientemente del daño que se ocasione, resoluciones que son visibles en:

- a) Semanario Judicial de la Federación. Tomo LVII. p. 2754, 5a. época.
- b) Semanario Judicial de la Federación 6a. época - Volumen IV. p. 63. Segunda Parte.
- c) Semanario Judicial de la Federación, 6a. época - Volumen IX p. 69 Segunda Parte.

Al analizar la fracción I del Artículo 306 del Código Penal, que tipifica al delito de Disparo de Arma de Fuego,-

se desprende que los elementos que integran dicha figura son:

a) Disparar una arma de fuego contra una persona o grupo de personas.

b) Con ánimo de lesionar o de matar.

c) La no producción del resultado querido, o producción del resultado que formara otro delito.

DISPARO DE ARMA DE FUEGO con lesiones y homicidio.- No viola el juzgador las garantías del quejoso, si en su sentencia acumula las penas correspondientes a los delitos de disparo de arma de fuego, lesiones u homicidio en su caso, porque el artículo 306 del Código Penal constituye una excepción a las reglas de punibilidad del llamado concurso ideal, por tratarse de una norma específica, derogatoria de la -- disposición general.

Directo 8271/1950.- José Flores Zúñiga y coagraviados. Resuelto el 27 de febrero de 1957, por mayoría de 4 votos, contra el del Sr. Mtro. Ruíz de Chávez-Engrosó el Sr. Mtro. Chávez Sánchez. Srío. Lic. Fernando Castellanos.

En la misma fecha y en igual sentido: Directo 1880/1948. Alejandro Mendoza Cuervo, resuelto por unanimidad de 4 votos. Excusa del Sr. Mtro. Ruíz de Chávez. Srío. Lic. Fernando Castellanos.

la. SALA.- Boletín 1957, Pág. 191.

En la presente jurisprudencia se indica que el -- juzgador no viola garantías al quejoso al acumular las penas -- por disparo de arma de fuego y lesiones u homicidio, porque el Artículo 206 constituye una excepción de las reglas de punibili

dad del llamado concurso ideal, ya que el artículo 306 en una norma específica que deroga a la disposición general, en primer lugar es de señalar que no existe un concurso ideal toda vez -- que las lesiones y el homicidio son delitos de daño y el disparo de arma de fuego es de peligro, por tal razón los primeros -- absorben al segundo, por otra parte si existen dos normas una general y otra especial, en atención al principio de especialidad se aplica la norma especial, pero debe de existir el presupuesto que se debe de tratar del mismo bien jurídico protegido -- lo cual en el presente caso no se da, ya que con el tipo de lesiones se protege la integridad corporal y con el homicidio la vida, el disparo de arma de fuego trata de proteger, de acuerdo a sus elementos solo un peligro o riesgo de la integridad corporal o de la vida, razón por la cual no estamos de acuerdo con dicho criterio emitido por nuestro máximo tribunal.

HOMICIDIO EN GRADO DE TENTATIVA. ABSORBE AL DELITO DE LESIONES.- El que no mata, a pesar de haber empleado actos idóneos para hacerlo y de hacerlos empleado con el fin de determinado de dar muerte, es responsable de homicidio en grado de tentativa, ya que la existencia de este delito, si no se basa en el resultado, sí se funda, en contra del agente, en su intención homicida. En el delito de lesión la intención debe interpretarse como el propósito general de dañar la integridad corporal de las personas, sin que el agente del delito haya tenido la voluntad de matar, pues si tuvo esa finalidad, se estará en presencia de una verdadera tentativa de homicidio, de donde se observa que el elemento intencional de lesiones contiene en sí mismo una negativa -- en la ausencia de voluntad homicida. De aquí que el dolo de las lesiones es excluido por la intención directa de matar que lleva la tentativa de homicidio, y es una cuestión que incumbe al sentenciado --

establecer cuando concurre ese propósito, el cual, ciertamente, no puede deducirse de la naturaleza de las lesiones inferidas, pues son las circunstancias del caso las únicas que pueden señalar si el autorquiso ir más allá y deseó la muerte de la víctima. Amparo directo 9550/1963. Roberto Morales Reyes. Mayo 4 de 1966. Unanidad 5 votos. Ponente: Mtro.- Manuel Rivera Silva.

la. SALA.- Sexta Epoca, Volumen CVII, Segunda Parte, Pág. 17.

la. SALA.- Informe 1966, Pág. 40.

En la presente jurisprudencia se aprecia que en base a la intención y al valor del bien jurídico protegido se aplica de manera adecuada la sanción por el delito correspondiente, en el caso concreto estamos ante una tentativa de homicidio y no ante el delito de homicidio, en atención al principio de absorción, tal como lo afirma la Suprema Corte de Justicia de la Nación en las tesis que a continuación transcribimos.

LESIONES, NO ABSORBE LA TENTATIVA DE HOMICIDIO DEL DELITO DE. POR LO CONTRARIO, EL HOMICIDIO COMETIDO EN GRADO DE TENTATIVA ABSORBE AL DELITO DE LESIONES.- El que no mata, a pesar de haber empleado actos idóneos para hacerlo y de haberlos empleado con el fin determinado de dar muerte, es responsable de homicidio en grado de tentativa, ya que la existencia de este delito, si no se basa en el resultado, si se funda, en contra del agente, en su intención homicida. En el delito de lesiones la intención debe interpretarse como el propósito general de dañar la integridad corporal de las personas, sin que el agente del delito haya tenido la voluntad de matar, pues si tuvo esta finalidad se estará en presencia de una verdadera tentativa de homicidio, de donde se observa que el elemento intencio--

nal de lesiones contiene en si mismo uno negativo - consistente en la ausencia de voluntad homicida. -- De aquí que el dolo de las lesiones es excluido por la intención directa de matar que lleva la tentativa de homicidio, y es una cuestión que incumbe al - sentenciador establecer cuando concurre este propósito, el cual ciertamente, no puede deducirse de la naturaleza de las lesiones inferidas, pues son las circunstancias del caso las únicas que pueden señalar si el autor quiso ir más allá y deseó la muerte de la víctima.

Amparo directo 9550/1963, Roberto Morales Reyes. Re suelto el 4 de mayo de 1966. Por unanimidad de 5 votos. Ponente: Mtro. Manuel Rivera Silva. Srio. Lic. Manuel Franco.

la. SALA.- Informe 1966, Pág. 40.

HOMICIDIO, TENTATIVA DE, ABSORBE AL DELITO DE LESIONES.- No es exacta la aseveración del quejoso en el sentido de que el delito de lesiones absorbe la tentativa de homicidio, y que por lo mismo, sólo deba ser sancionado por las lesiones. Al contrario, cuando hay propósito de matar, el homicidio en grado de tentativa absorbe al delito de lesiones. El que no mata, a pesar de haber empleado actos idóneos para hacerlo y de haberlos empleado con el fin determinado de dar muerte, es responsable de homicidio en -- grado de tentativa, ya que este delito, si no se basa en el resultado, sí se funda, en contra del agente, en su intención homicida. En el delito de lesiones la intención debe interpretarse como el propósito general de dañar la integridad corporal de las personas, sin que el agente del delito haya tenido la voluntad de matar, pues si tuvo esta finalidad se estará en presencia de una verdadera tentativa de homicidio, de donde resulta que el elemento -

intencional de lesiones contiene en sí mismo uno negativo consistente en la ausencia de voluntad homicida. De aquí que el dolo de las lesiones es excluído por la intención directa de matar que lleva la tentativa de homicidio, y es una cuestión de hecho cuando concurre este propósito, el cual, ciertamente, no puede deducirse de la naturaleza de las lesiones inferidas, pues son las circunstancias del caso las únicas que pueden señalar si el autor quiso ir más allá y deseó la muerte de la víctima.

Amparo directo 6951/67. Francisco Martínez Luna. -- Marzo 14 de 1968. Unanimidad 4 votos. Ponente: Mtro. Alberto González Blanco.

la. SALA.- Informe 1968, Pág. 42.

Una de las figuras delictivas que ha provocado un sin número de opiniones y polémicas es la que se consagra en la fracción I del artículo 306 del Código Penal; a continuación -- transcribimos una tesis relacionada con esta figura:

DISPARO DE ARMA DE FUEGO, delito de.- No es de tomarse en cuenta la pretensión de que los disparos se hicieron únicamente contra el automóvil y que, por tanto, no se configura el delito de peligro -- arriba mencionado, puesto que hay expresiones relevantes de que eran contra la persona; y aún en el caso aducido por el acusado, los balazos disparados pusieron en evidente peligro la vida de los tripulantes del automóvil que es uno de los bienes tutelados por la ley.

Directo 2647/1958. Eduardo Pereyra Enríquez. Resuelto el 29 de septiembre de 1958, por unanimidad de 4 votos. Ausente el Sr. Mtro. Chico Coerne. Ponente -- el Sr. Mtro. Mercado Alarcón.- Srío. Lic. Raúl Cuevas.

la. SALA.- Boletín 1958, Pág. 584.

Ya cuando en el capítulo tercero se analizó la -- tentativa y el disparo de arma de fuego, se dijo que realmente esta figura era una tentativa acabada de lesiones u homicidio -- según el ánimo del sujeto activo, tipificada en forma desafortunada pues en la parte final señala que la pena señalada en la -- fracción I (?) se aplicará independientemente de las que resulten por la comisión de otro delito lo que se objetó toda vez -- que ese otro delito sólo podía ser el de lesiones u homicidio y que estos últimos al ser delitos de daño observen al de disparo de arma de fuego por ser delito de peligro.

ATAQUE PELIGROSO, CONCEPTO DE. CHIAPAS.- El artículo 223, fracción II, del Código Penal del Estado de Chiapas, establece que se aplicará prisión de uno a dos años y multa de cien a quinientos pesos, al que ataque a alguien de tal manera que, en razón del arma empaleada, de la fuerza o destreza del agresor, o de cualquiera otra circunstancia semejante, pueda producir como resultado la muerte. De acuerdo con dicho precepto, los elementos del delito que tipifica son: a), el ataque que consiste en agresión ffsi ca impetuosa, violenta, dirigida al cuerpo del ofendido con ánimo de dañar, y b), riesgo de muerte, motivado por la utilización de armas peligrosas o -- por la fuerza del agresor o por su destreza o por -- cualquier otra circunstancia semejante.

Amparo directo 10003/66. Andrés Rojas Cabrera o Cárdenas. Junio 9 de 1967. Unan. 5 votos. Ponente: - - Mtro. Manuel Rivera Silva.

la. SALA.- Sexta Epoca, Volumen CVV, Segunda Parte, Pág. 11.

Si después de disparada un arma, y seguro de su eficacia, el accionador la vuelve contra alguien, el delito se consuma aunque el arma falle. Volumen PENAL, tesis 354, Pág. 92.

Por lo que se refiere a la figura del "Ataque Peligroso" tipificado en la fracción II del artículo 306 del Código Penal, es sin duda un caso semejante al delito de disparo de arma de fuego que se tipifica en la fracción I del mismo artículo, sin embargo, pensamos que aquí sólo puede ser tentativa de homicidio la cual podrá ser acabada o incabada, toda vez que se requiere un riesgo de muerte, en la tesis en estudio se expone la misma figura pero consagrada en el artículo 233 fracción II del Código Penal del Estado de Chiapas, que en esencia en lo mismo con la fracción II del artículo 306 del Código Penal para el Distrito Federal.

LESIONES Y ATAQUE PELIGROSO, ACUMULACION PROCEDENTE DE LOS DELITOS DE. GUANAJUATO.- El artículo 244 del Código Penal del Estado de Guanajuato, que tipifica y sanciona el delito de lesiones, textualmente dice: "se aplicará sanción hasta de dos años en prisión y multa hasta de cien pesos, sin perjuicio de la pena que corresponda, si se comete algún otro delito, excepto el de homicidio, al que ataque a alguien de tal manera que, en razón del arma empleada, de la fuerza o detrás del agresor o de cualquier otra circunstancia semejante, pueda producir como resultado la muerte"; en estas condiciones, resulta claro que el legislador expresamente sólo excluyó de duplicidad penal en tales casos al homicidio, por lo que es correcta la sentencia que impone una pena por el delito de lesiones y otra por el ataque peligroso, puesto que estos delitos no se absorben uno al otro, no es válido de que el ataque peligroso sea el medio para cometer el delito de lesiones.

Amparo directo 122/66. Mateo Mellado Mejía, noviembre 9 de 1966. Unanimidad 5 votos, Ponente: Mtro. José Luis Gutiérrez Gutiérrez.

la. SALA.- Sexta Epoca, Vol. CXIII, Segunda Parte, - Pág. 24.

No obstante que el ataque peligroso es un caso semejante al disparo de arma de fuego, es decir, es una tentativa, nuestro máximo tribunal ha señalado que es correcto aplicar una pena por el delito de lesiones y otra por el ataque peligroso, puesto que estos delitos no se absorven uno al otro, ni es válido de que el ataque peligroso sea el medio para cometer el delito de lesiones, según la Suprema Corte de Justicia, en la tesis expuesta; por nuestra parte nos preguntamos que si las lesiones no absorven al delito de ataque peligroso, ni éste es el medio para llegar al primero de los enunciados, ¿entonces cómo se podrán cometer lesiones dolosas? ¿por un ataque no peligroso?, pensamos que no, sino que el ataque peligroso es una tentativa de homicidio, cuando el ánimo es privar de la vida, y cuando es de lesionar será un delito consumado de lesiones; y por lo tanto es totalmente incorrecto aplicar doble pena a un sólo hecho.

HOMICIDIO, TENTATIVA DE, y ataque peligroso.- El artículo 268 del Código Penal de Durango, como el correlativo de otros códigos de la República Mexicana, se refiere a un delito especial, el de ataque peligroso, en el cual se sanciona el hecho como una medida penal superadora de la frecuente dificultad práctica de la prueba de la tentativa; pero no cabe aplicar tal medida cuando se demuestra plenamente por la objetividad de los hechos y por la prueba testimonial la tentativa realizada, pues entonces no cabe suplir legalmente la prueba del grado consumado ante su demostración real.

Directo 5273/1957.- Fidel Flores Cervantes. Resuelto el 24 de febrero de 1958, por unanimidad de 5 votos. Ponente el Sr. Mtro. Mercado Alarcón. Srio. -- Lic. Raúl Cuevas.

la. SALA.- Boletín 1958, Pág. 129.

De la presente tesis se desprende que se trata de

justificar la existencia de la figura delictiva conocida como -
ataque peligroso, la cual tratan de hacerla aparecer una suplen-
cia legal de la tentativa incomprobada, sin embargo, se recono-
ce que siempre que se acredite la objetividad de los hechos no-
se aplicará la sanción prevista para esta figura, en cambio se-
aplicará la correspondiente de la tentativa del delito querido;
por lo que al menos se respeta el dogma jurídico "non bis in --
idem", no así en la tesis anterior a la en análisis.

CONCLUSIONES

- 1.- El Iter-Criminis o camino del delito, es el proceso de generación de un delito, el cual inicia de manera subjetiva en la mente del posible delincuente como una simple idea y culmina de manera objetiva con la consumación.
- 2.- El Iter-Criminis se integra únicamente de dos fases, la subjetiva o interna y la objetiva o externa; siendo erróneos -- los criterios que afirman la existencia de fases intermedias. La primera de las fases se integra de tres momentos, que son: a) ideación, b) deliberación y c) decisión; la segunda fase se integra de cuatro momentos, siendo éstos: a) manifestación de la resolución, b) actos preparatorios, c) actos ejecutivos y d) consumación. No así el agotamiento por ser un momento posterior a la realización del delito.
- 3.- Con la manifestación de la resolución, en ocasiones se inicia la fase exterior del Iter-Criminis, este momento que en forma indebida ha sido considerado por algunos autores como fase intermedia del camino del delito, excepcionalmente es punible en forma de delito (sui generis), como se puede apreciar en los artículos 125, 130, 131, 135-I, 141, 191, 209 y 282 del Código Penal para el Distrito Federal.
- 4.- En el Código Penal para el Distrito Federal, no existe regla o precepto que indique que los actos preparatorios deben ser penados, pero existen "actos preparatorios" que se les ha dado el rango de "delitos" sancionándolos como tales. Estos se encuentran plasmados en los artículos 162 fracciones II, III, IV y V; 194 fracciones I, II y III; 234; 239; 240; 241; 242 fracciones I, II, IV y V; 243; 244; 246; 247 fracción III; 253 fracciones I, II y III y 256.

- 5.- Para firenciar los actos preparatorios y actos ejecutivos se debe de atender a un criterio mixto, por una parte se tomará en cuenta lo subjetivo (dolo o intención), por otra, lo objetivo (realización de la conducta y el uso de los medios), -- por lo tanto entendemos como "actos ejecutivos" aquella fase de la conducta que con dolo de cometer un delito se realiza y lleva implícito el uso de medios idóneos, por lo que en -- ciertas circunstancias o momento podrían producir el resultado deseado, en tanto serán "actos preparatorios" aquella fase de la conducta que de acuerdo a la finalidad propuesta, - se realiza con el fin de lograr lo idóneo o los medios eficaces.
- 6.- La figura de la tentativa, técnicamente fue desconocida en el derecho Romano, Bárbaro y Canónico; y no fue sino con la segunda escuela romanista (mitad del siglo XIII), denominada de los "Bartolistas", "Comentadores" o "Prácticos", que se formula la teoría del Iter-Criminis, surgiendo así la figura del "Conatus", basada en la brillante locución de Alberto de Gandino "Qui cogitat et agit, sed non perficit" (El que piensa y hace, pero no consigue) cuestión que se plantea en el "Tractatus de Maleficiis" que es tal vez el tratado más antiguo del derecho penal, distinguiéndose así la tentativa del delito consumado, como lo hizo notar Andrea Alciato al decir "Aliud crimen, aliud conatus; hic in itinere illud in meta est".
- 7.- No obstante que los "prácticos" formularon y desarrollaron la teoría del Iter-Criminis, éstos no precisaron un concepto técnico de la figura del conato o tentativa. Siendo con la Constitución de la Carolina del año de 1532 (artículo 178) - en donde por primera vez se consagra una definición científica y precisa de la tentativa.
- 8.- El Código Penal del Estado de Veracruz de 1835, que es el primer código penal que existió en México, consagra una - -

formula de tentativa (artículo 93) distinguió la tentativa - inacabada de la acabada, definió el desistimiento y el arrepentimiento; por su parte el Código "Martínez de Castro" - - (1871) señaló cuatro grados del delito intencional, que fueron el conato, el delito intentado, el delito frustrado y - el delito consumado, dicho ordenamiento llamó conato a la -- tentativa inacabada, al delito imposible lo confundió con el delito intentado y a la tentativa acabada la denominó delito frustrado, el Código Penal de 1929 plasmó el delito consumado, la tentativa inacabada, al desistimiento y al arrepentimiento, pero confunde al arrepentimiento con el desistimiento.

9.- La tentativa es una figura de concepto unitario, pero dentro de ésta ha de distinguirse la inacabada de la acabada, en -- atención a la corriente bipartita, mismas que de acuerdo a - el criterio tripartito, la figura de tentativa inacabada es simplemente la tentativa o conato, la tentativa acabada es conocida como delito frustrado, ésta última figura fué creada por el Dr. Giandomenico Romagnosi.

10.-Existirá tentativa, cuando con dolo de cometer uno o varios delitos se ejecuta parcial o totalmente la conducta que debe ría producirlo u omitiendo la que debería evitarlo, no produciéndose el resultado o truncándose la conducta, por causas ajenas a la voluntad del agente.

11.- El concepto de tentativa plasmado en el artículo 12 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, únicamente abarca la hipótesis de la tentativa acabada, no así la inacabada. Asimismo, en el segundo párrafo de dicho precepto se señalan algunas reglas para imponer la pena en caso de tentativa, que a pesar de ser incompleto existe un capítulo para la aplicación de sanciones en caso de tentativa.

12.-Consideramos, que la tentativa es una norma de carácter con-

ceptual plasmada en la parte general del Código Penal, la -- cual sirve de base para sancionar conductas dirigidas a la -- comisión de un delito, y en cuanto a su ámbito de aplicación y nomenclatura se tendrá como indicativo el dolo de la con-- ducta realizada en relación a una norma de la parte especial (tipo) siendo ésta última la que dará la denominación final-- a la tentativa del delito querido.

13.-En estricto sentido jurídico, la figura de la tentativa en -- cuanto a su creación es inconstitucional y en cuanto a su pe-- nalidad es anticonstitucional, por lo que se vulnera el apo-- tegma "nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege".

14.-El Código Penal vigente para el Distrito Federal, en rela-- ción a la punibilidad de la tentativa adopta un criterio mix-- to con la tendencia al criterio que sostiene que la tentati-- va debe sancionarse en atención a la peligrosidad revelada,- complementándose con el criterio que justifica la menor puni-- bilidad.

15.-Para saber que delitos admiten tentativa, en primer lugar se -- tiene que tomar como base la clasificación de los delitos en -- cuanto a su culpabilidad de lo que se desprende que únicamen-- te admiten tentativa los delitos dolosos o intencionales, no -- así los culposos y preterintencionales. Hecho lo anterior, -- estos delitos se relacionarán con las demás clasificaciones-- que existen en la doctrina, tal como la clasificación que -- atiende a su conducta, a su resultado, etc.

16.-El delito de disparo de arma de fuego, descrito en la frac-- ción 1 del artículo 306 del Código Penal, es en realidad, en -- su contenido, una tentativa acabada de homicidio cuando se -- dispara con animus necandi, o de lesiones cuando se dispara-- con animus laedendi, únicamente, tipifica de manera inneces-- aria por lo que debe de desaparecer.

17.-El "delito" de disparo de arma de fuego, no puede coexistir con el delito de lesiones o de homicidio, ni tampoco con la tentativa de homicidio o lesiones, en igual forma no puede existir una tentativa de disparo de arma de fuego.

18.-El delito de "ataque peligroso", descrito en la fracción II - del artículo 306 del Código Penal, es en su contenido una -- tentativa acabada o inacabada de homicidio, sin abarcar la - tentativa de lesiones, por lo que dicha figura debe de desaparecer por ser innecesaria.

B I B L I O G R A F I A

- 1.- ABARCA RICARDO, El Derecho Penal en México, Ed. IUS, México 1941.
- 2.- ALMARAZ JOSE, Algunos errores y absurdos de la Legislación Penal de 1931, Ed. IUS, México 1941.
- 3.- ANTOLISEI FRANCESCO, Manuale di Diritto Penale, Trad. Del Rosal y Angel Torino, Ed. UTEHA, Argentina 1960.
- 4.- ANTON ONECA, Derecho Penal, Ed. REUS, Madrid 1949.
- 5.- BELING VON ERNST, Grundzüge Des Strafrechts, Trad. Sebastian Soler, Ed. DEPALMA, Buenos Aires 1944.
- 6.- BETTIOL GIUSEPPE, Diritto Penale, Trad. Pagani José León, Ed. TEMIS, Bogotá 1965.
- 7.- CARNELUTTI FRANCESCO, Lezioni Di Diritto Penale, Trad. Sen - tis Melendo, Ed. EJEA, Buenos Aires 1952.
- 8.- CARRANCA Y TRUJILLO, Derecho Penal Mexicano, Parte General, Ed. Porrúa, México 1984.
- 9.- CARRANCA Y TRUJILLO R. Y CARRANCA Y RIVAS R., Código Penal - Anotado, Ed. Porrúa, México 1985.
- 10.- CARRARA FRANCESCO, Grado Nella Forza Fisica del Delitto. - Lezioni, Trad. Romero Girón, Ed. Centro Editorial de Góngora, Madrid 1926.
- 11.- CARRARA FRANCESCO, Programma del Corso di Diritto Crimina - le Dettato Nella Regia Università di Pisa, Trad. Ortega - Torres, Ed. TEMIS, Bogotá 1971.
- 12.- CASTELLANOS TENA FERNANDO, Lineamientos Elementales de Dere - cho Penal, Ed. Porrúa, México 1988.
- 13.- CORTES IBARRA MIGUEL A., Derecho Penal, Ed. Cárdenas, Méxi - co, 1987.
- 14.- CUELLO CALON EUGENIO, Derecho Penal, Vol. I, Ed. BOSCH, - - Barcelona 1971.
- 15.- DE P. MORENO ANTONIO, Curso de Derecho Penal Mexicano (Par - te Especial), Vol. I, ED. Porrúa, México 1968.
- 16.- DE QUIROZ BERNALDO, Derecho Penal (Parte General), Ed. - - Cajica, Puebla, México 1949.
- 17.- DEL ROSAL JUAN, Derecho Penal Español, Ed. Aguirre Torre, - Madrid 1960.

- 18.- FERRER SAMA, Comentarios al Código Penal, Vol. I, Ed. Sucesores de Nogués, Murcia 1947.
- 19.- FONTAN BALESTRA, Tratado de Derecho Penal, Vol. II, Parte General, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1966.
- 20.- FRANCO SODI CARLOS, Nociones de Derecho Penal, Ed. Botas, - México 1940.
- 21.- FRIAS CABALLERO, El Proceso Ejecutivo del Delito, Ed. Bibliografica de Argentina, Buenos Aires 1956.
- 22.- GARCIA RAMIREZ SERGIO, Derecho Penal, Ed. U.N.A.M., México 1983.
- 23.- GOMEZ EUSEBIO, Tratado de Derecho Penal, Vol. I, Ed. Compañía Argentina, Buenos Aires 1939.
- 24.- GONZALEZ DE LA VEGA FRANCISCO, Código Penal Comentado, Ed. Porrúa, México 1978.
- 25.- GONZALEZ DE LA VEGA FRANCISCO, Derecho Penal Mexicano (Los Delitos), Ed. Porrúa, México 1988.
- 26.- GRISPIGNI FILIPPO, Diritto Penale Italiano, Trad. Isidoro de Benedetti, Ed. DEPALMA, Buenos Aires 1948.
- 27.- HERRERA GUTIERREZ, Los Grados de la vida del Delito, Revista "Criminalia", Volumen VIII, México 1942.
- 28.- INACIPE, Leyes Penales Mexicanas (volumenes 1, 2, 3 y 4), - Ed. Talleres Gráficos de la Nación, México 1979.
- 29.- JIMENEZ DE ASUA LUIS, La Ley y el Delito, Ed. HERMES, México 1926.
- 30.- JIMENEZ HUERTA MARIANO, Derecho Penal Mexicano, Tomo I, Ed. Porrúa, México 1983.
- 31.- JIMENEZ HUERTA MARIANO, Derecho Penal Mexicano, Tomo II, -- Ed. Porrúa, México 1984.
- 32.- JIMENEZ HUERTA MARIANO, La Tipicidad, Ed. Porrúa, México - 1955.
- 33.- MAGGIORE GIUSEPPE, Diritto Penale, Vol. II, Trad. Ortega -- Torres, Ed. TEMIS, Bogotá 1972.
- 34.- MALO CAMACHO GUSTAVO, La Tentativa del Delito, Ed. U.N.A.M. México 1971.
- 35.- MANZINI VINCENZO, Trattato di Diritto Penale Italiano, Vol. III, Trad. Sentis Melendo, Ed. EDIAR, Buenos Aires 1949.

- 36.- MEZGER EDMUNDO, Kurzlehrbuch des Strafrechts, (Parte General), Trad. Rodríguez Muñoz, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1957.
- 37.- NOVOA MONREAL, Curso de Derecho Penal Chileno, Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile 1966.
- 38.- PALACIOS VARGAS J. RAMON, La Tentativa. El mínimo de ilicitud Penal, Ed. Cardenas, México 1974.
- 39.- PAVON VASCONCELOS FRANCISCO H. Breve Ensayo sobre la Tentativa, Ed. Porrúa, México 1964.
- 40.- PAVON VASCONCELOS FRANCISCO H. Manual de Derecho Penal -- Mexicano, Ed. Porrúa, México 1988.
- 41.- PEREZ LUIS CARLOS, Tratado de Derecho Penal, Vol. I, Ed. -- TEMIS, Bogotá 1967.
- 42.- PESSINA ENRIQUE, Elementos de Derecho Penal, Trad. González del Castillo, Ed. REUS, Madrid 1936.
- 43.- PORTE PETIT CANDAUDAP C., Apuntamiento de la Parte General del Derecho Penal, Ed. Porrúa, México 1987.
- 44.- PORTE PETIT CANDAUDAP C., Dogmática Sobre los Delitos contra la vida y la salud Personal, Ed. Porrúa, México 1982.
- 45.- PORTE PETIT CANDAUDAP C., Programa de la Parte General del Derecho Penal, Ed. U.N.A.M., México 1968.
- 46.- PUIG PEÑA FEDERICO, Derecho Penal, Vol. II, Ed. NAUTA, S.A. Barcelona 1949.
- 47.- QUINTANO RIPOLLES A. Curso de Derecho Penal, Vol. I, Ed. -- Revista de Derecho Privado, Madrid 1963.
- 48.- RAMOS BEJARANO FRANCISCO J. La Tentativa Inacabada. Revista de la Facultad de Derecho de México, número 53, Tomo -- XIV, Enero- Marzo 1964.
- 49.- RANIERI SILVIO, Manuale di Diritto Penale, Vol. I, Trad. -- Jorge Guerrero, Ed. TEMIS, Bogotá 1975.
- 50.- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la Lengua Española, Ed. Espasa-Calpe, S.A., Madrid 1970.
- 51.- REINHART MAURACH, DEUTSCHES STREFRECHT Allgemeiner Teil -- EIN LEHRBUCH, Trad. Córdoba Juan, Ed. Ediciones Ariel, -- Barcelona 1962.
- 52.- ROMAGNOSI GIANDOMENICO, Genesi del Diritto Penale, Trad. -- González Cortina y Jorge Guerrero, Ed. TEMIS, Bogotá 1956.

- 53.- SAUER GUILLERMO, Allgemeine Strafrechtslehre, Trad. Del -- Rosal y José Cerezo, Ed. BOSCH, Barcelona 1956.
- 54.- SCARANO LUIGI, Il Tentativo, Trad. Romero Soto, Ed. TEMIS, Bogotá 1960.
- 55.- SOLER SEBASTIAN, Derecho Penal Argentino, Ed. Editorial -- Argentina, Buenos Aires 1956.
- 56.- VANNINI OTTORINO, Actividad Ejecutiva y Actividad Preparatoria del Delito, Trad. Ramon Palacios, Revista "Criminología" México 1952.
- 57.- VILLALOBOS IGNACIO, Derecho Penal Mexicano, Ed. Porrúa, -- México 1988.
- 58.- VILLALOBOS IGNACIO, La Dinamica del Delito, Ed. IUS, México 1955.
- 59.- VON LISZT FRANZ. Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Vol. III, Trad. Jiménez de Asua, Ed. REUS, Madrid 1929.
- 60.- WELZEL HANS, Das Deutsche Strafrechts, Trad. Bustos Ramírez, Ed. Jurídica de Chile, Chile 1970.
- 61.- ZAFFARONI EUGENIO RAUL, Teoria del Delito, Ed. EDIAR, -- Buenos Aires 1973.

L E G I S L A C I O N C O N S U L T A D A

- 1.- Código Penal para el Distrito Federal. En materia del Fuero Común y para toda la República en materia del Fuero Federal.
- 2.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.