

320809

UNIVERSIDAD DEL VALLE DE MEXICO

2  
2ej-



PLANTEL TLALPAN  
ESCUELA DE DERECHO  
ESTUDIOS INCORPORADOS A LA  
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ANALISIS DOGMATICO-JURIDICO  
DE LA TENTATIVA

TESIS CON  
ORIGEN

**T E S I S**  
QUE PARA OPTAR POR EL TITULO DE  
**LICENCIADO EN DERECHO**  
P R E S E N T A  
**GUSTAVO A. AMADOR LUNA**

CONDUCTOR: LIC. TOMAS DE J. CORTES SAMPERIO



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.

## I N D I C E

	<u>PAG.</u>
<b>CAPITULO PRIMERO. ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA TENTATIVA.</b>	
1. ANTECEDENTES EN EL DERECHO ROMANO.....	1
2. ANTECEDENTES EN EL DERECHO GERMANO.....	3
3. ANTECEDENTES EN EL DERECHO ITALIANO.....	5
4. ANTECEDENTES EN EL DERECHO FRANCES.....	6
5. ANTECEDENTES EN EL DERECHO MEXICANO.....	7
CODIGO MARTINEZ DE CASTRO DE 1871.....	7
CODIGO DE ALMARAZ DE 1929.....	11
CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL DE 1931.....	14
ANTEPROYECTO DEL CODIGO PENAL DE 1949.....	16
ANTEPROYECTO DEL CODIGO PENAL DE 1958.....	18
ANTEPROYECTO DEL CODIGO PENAL TIPO PARA LA REPUBLICA MEXICANA DE 1963.....	20
 <b>CAPITULO SEGUNDO. LOS ELEMENTOS DEL DELITO EN LA TENTATIVA.</b>	
1. LA CONDUCTA.....	25
AUSENCIA DE CONDUCTA.....	27
2. LA TIPICIDAD.....	28
ATIPICIDAD.....	31
3. LA ANTIJURIDICIDAD.....	32
CAUSAS DE JUSTIFICACION.....	34
4. LA CULPABILIDAD.....	39
INCUPLABILIDAD.....	43

# I N D I C E

	<u>PAG.</u>
A) CAUSAS DE INculpABILIDAD.....	43
B) EXIMENTES PUTATIVAS.....	45
C) ERROR ACCIDENTAL.....	46
5. PUNIBILIDAD.....	48
EXCUSAS ABSOLUTORIAS.....	49
CAPITULO TERCERO. LAS FASES DEL ITER CRIMINIS.	
I. CONCEPTO.....	53
II. LA FASE SUBJETIVA.....	54
1. IDEACION.	
2. DELIBERACION.	
3. RESOLUCION.	
III. LA FASE OBJETIVA.....	56
1. RESOLUCIONES MANIFIESTAS.....	57
2. ACTOS PREPARATORIOS Y ACTOS DE EJECUCION.....	64
IV. CRITERIOS DE DISTINCION ENTRE LOS ACTOS PREPARATO- RIOS Y LOS ACTOS DE EJECUCION.....	67
1. TEORIA DE LA UNIVOCIDAD DE CARRARA.....	67
2. TEORIA "DEL TIPO" DE BELING.....	74
A) CLASIFICACION DE LOS "COMPLEMENTOS DE LA ACCION"....	76
3. DIVERSAS TEORIAS.....	79
A) EDMUNDO MEZGER.....	79
B) REINHART MAURACH.....	81

# I N D I C E

	<u>PAG.</u>
C) HANS WELZEL.....	82
4. TEORIAS SUBJETIVAS.....	85
A) RAFAEL GAROFALO.....	86
B) ENRIQUE FERRI.....	87
CAPITULO CUARTO. LA TENTATIVA.	
I. CONCEPTO DE TENTATIVA.....	91
II. ELEMENTOS DE LA TENTATIVA.....	94
III. TENTATIVA Y FRUSTRACION.....	105
CAPITULO QUINTO. EL DESISTIMIENTO Y EL DELITO IMPOSIBLE.	
I. EL DESISTIMIENTO.....	111
A) LA EXIMENTE DEL DESISTIMIENTO.....	118
II. EL DELITO IMPOSIBLE.....	119
CONCLUSIONES.....	136
BIBLIOGRAFIA.....	141

## I N T R O D U C C I O N

En los comienzos de mi carrera despertó gran interés el conocimiento de las ciencias jurídico-penales y por ende el saber de todo lo relativo a ese fenómeno social que constituye el delito.

Si echamos un vistazo a la literatura penal, podremos encontrar que entre tantos temas que conforman ese universo del Derecho Penal podemos ver que la figura jurídica de la tentativa es y será uno de los más debatidos ya que como todos sabemos, el derecho represivo en forma general y la tentativa en particular son dinámicos, esto es, que se encuentran sujetos a las diversas transformaciones que se han venido sucediendo durante el transcurso del último siglo, es decir, que con el avance científico y tecnológico, también se ha presentado un creciente avance en el modo de preparación y ejecución de los delitos, razón por la cual es importante señalar y ejemplificar con casos prácticos las diferentes fases y teorías que componen al iter criminis o también llamado camino del delito.

Ha sido una preocupación el realizar un análisis comparativo de los antecedentes históricos de la tentativa en el Derecho Romano, como principio rector de nuestra ciencia jurídica; en el Derecho Germano por la amplitud y lo vasto de los

conocimientos, principios y dogmática que grandes tratadistas alemanes han legado a los estudiosos del Derecho Penal tal como Franz Von Liszt. Por otro lado, estudiamos la belleza que han imprimido a nuestra ciencia los grandes tratadistas italianos como Francisco Carrara, sin olvidar el complejo, pero no por ello menos importante sello especial que han impreso al derecho los grandes autores franceses y para finalizar observaremos a los maestros mexicanos que han luchado incansablemente porque el Derecho Penal Mexicano figure entre los principales.

En el capítulo segundo estudiaremos por separado los -- cinco elementos que constituyen el delito, enfocado éstos especialmente a la tentativa y dentro del mismo capítulo abarcamos el estudio de los correspondientes aspectos negativos de cada uno de dichos elementos sin haber olvidado lo importante de mencionar las principales definiciones que sobre el delito han hecho algunos autores dentro de la doctrina.

Es en el tercer capítulo donde entramos de lleno ya al apasionante "camino del delito" conocido dogmáticamente como iter criminis, estudiando y comprendiendo el concepto que -- los estudiosos del Derecho Penal han creado del mismo. Asimismo entraremos en el conocimiento de las dos fases, objetiva y subjetiva, y los criterios que permiten distinguir los llamados actos preparatorios de los actos de ejecu--

ción, incluyendo además las teorías más importantes que se han creado al respecto para determinar cuando se tiene por comenzada la ejecución del delito.

Con el conocimiento previo que trae aparejado el estudio de los capítulos previos es por fin que nos adentramos a la parte medular de este análisis dogmático-jurídico y que lleva por nombre la tentativa, empezando por el concepto y continuando con los elementos que la integran para finalizar hablando sobre la tentativa y frustración, que es el esbozo del último capítulo que comprende el presente estudio en donde tratamos de una manera general encaminada a una manera particular lo referente tanto al desistimiento como al llamado delito imposible, capítulo éste último que de ninguna forma quise que quedara fuera del presente análisis por representar una figura jurídica que por razones desconocidas ha quedado fuera de la doctrina jurídico-penal de algunos países y en el nuestro fuera del Código Sustantivo Penal desde 1931, reconociendo para el presente capítulo un interés muy especial por ser conveniente que algunas conductas humanas no contempladas en nuestra ley vigente sean castigadas, reprimidas o al menos sean prevenidas, con lo cual se truncaría el que el hombre transitara con demasiada frecuencia por el camino del delito o iter criminis.

## C A P I T U L O P R I M E R O

### ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA TENTATIVA

## 1. ANTECEDENTES HISTORICOS EN EL DERECHO ROMANO.

En los comienzos del Derecho Romano no existió un concepto o palabra técnica en relación a la tentativa, así algunos actos específicos de tentativa y de preparación sí se observaron sancionados como delito consumado. En épocas posteriores, la institución que nos ocupa sólo se conoció y se reglamentó en relación con determinados delitos. Es en los delitos públicos donde se establece un criterio distinto en cuanto hace al castigo de la tentativa.

En el Digesto, Ulpino incluye la célebre máxima de coqitationis poenam nemo patitur (nadie sufre pena por el so lo pensamiento) y en el mismo libro, Callestratus refiere en maleficcis voluntas spectatur, non exitus (en los delitos se atiende a la voluntad y no al resultado).

Conforme a la aseveración de Ulpiano - dice Malo Camacho - sí se encuentra prevista la impunidad del simple pensamiento criminoso. La tentativa en si misma como posibilidad jurídica concreta de extensión de la imposición penal a las conductas aún no arribadas a su consumación, no se observó con claridad, no obstante, de gran interés se presenta la Ley 14 en donde se indica que el delito atiende a la voluntad y no al resultado; tal criterio, sin embargo, ha sido integrado en relación sólo con determinados delitos particularmente graves. (1).

---

(1) Malo Camacho, Gustavo. Tentativa del Delito. Ed. UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México, 1971. p. 199.

Es en el Código de las Siete Partidas, Ley 2, Título 31 en donde se observa ya un concepto más o menos definido sobre la tentativa al expresarse como : "... comenzar a meter en obra ...". en relación con ciertos delitos que eran singularmente graves.

Sobre este particular, cabe destacar que el "comenzar a meter en obras" es semejante al comienzo de ejecución que siglos después encontraríamos en el Código Penal Francés de 1810.

En el homicidio y en los delitos de lesa majestad, se atendió al propósito criminoso (intención) siempre y cuando fuese manifiesta, así el propósito criminoso por débil que este fuera se equiparaba al propósito criminoso llevado a cabo.

No sucedió lo mismo en cuanto hace a los delitos privados, en vista que era requisito sine qua non el evento realizado para determinar la responsabilidad del agente.

En el derecho penal privado - según la interpretación hecha por Manzini- contemplando los daños o los atentados in justos a un particular y reconociendo una pretensión reparatoria, suponía necesariamente la consumación de los actos relativos, la cual no se tenía cuando la ejecución no había llegado a su término. Esta regla valía para todos los delitos privados, porque su represión consistía o en su múltiplo pecuniario del daño originado, o en un equivalente de tal daño. (2).

(2) Manzini, Vicenzo. Tratado de Derecho Penal. Parte General. T. III. - Ed. Ediar. Buenos Aires, 1949. p. 169.

Pesina argumenta que "la noción del conato propiamente dicho según su justa apreciación, como punible pero con pena menor a la señalada para el delito consumado, empieza a presentarse en el tiempo del Imperio, pues con respecto a algunos de los crímenes extraordinarios, se hizo la distinción del delito perfecto y del imperfecto siendo castigado éste con pena menor." (3).

En efecto en relación con lo expuesto por el autor es en las *Leges Corneliae* donde se sancionaba igualmente los actos de tentativa con el delito consumado. Es a partir de Adriano cuando se atiende el lado subjetivo del delito atendiendo principalmente la voluntad en contraposición al *exitus*, y se sancionaba con pena atenuada.

## 2. ANTECEDENTES HISTORICOS EN EL DERECHO GERMANO

La tentativa en el Derecho Germano se castigaba con pena menor a la correspondiente al delito consumado, situación que se mantuvo en forma general.

Es en las *Leyes Barbaras* dentro de la Edad Media alemana donde se encuentran determinadas las sanciones por agresiones contra la vida y la integridad corporal aunque estas no hayan llegado a su consumación.

En el Código Penal de la Carolina, emitido durante el -

---

(3) Pesina, Enrique. *Elementos de Derecho Penal*. Ed. Reus. Madrid, 1936. p. 469.

gobierno de Carlos V, es en donde se da una definición de tentativa, inspirado fundamentalmente en la teoría objetivista.

Cabe destacar, según lo hace ver Von Liszt, que en dicho ordenamiento se hace la definición y distinción de los procesos de iter criminis, tales como: actos preparatorios (conatus remotus), actos de ejecución (propingus) y tentativa acabada o delito frustrado (proximus). (4).

El Código de la Carolina definía a la tentativa en su artículo 178 de la siguiente forma: "Así, si alguien se atreve a realizar un acto malo mediante algunas obras externas que puedan ser apropiados para la consumación del acto malo y, sin embargo, en la consumación de dicho acto malo fuera impedido contra su voluntad por otros medios, será castigada penalmente esta voluntad maliciosa de la cual resulta, como se dice, alguna obra mala; pero en su caso más severamente que en otro, en vista de las circunstancias y forma de la cosa. (5).

En el Código Penal de Prusia de 1851 y que toma como base las disposiciones contenidas en el artículo 2o. del Código Penal de Francia de 1810, es en donde se le da un tratamiento meramente objetivista al tema de la tentativa, orientado, como señala Mezger, de modo estricto en las concepciones del Estado de Derecho, descartando las concepciones del Estado Policía, que atiende fundamentalmente a la mala in-

---

(4) Liszt, Franz Von. Tratado de Derecho Penal. T. III. 2a. Edición. Ed. Reus. Madrid, 1926. pp. 5-6.

(5) Mezger, Edmundo. Tratado de Derecho Penal. T. II. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1957. pp. 226-227.

ción del agente.

Es en la práctica de los Tribunales y en especial en el Reichsgericht alemán, quienes rompen con la tradición histórica que hasta entonces tenía el tratamiento de la tentativa para adoptar nuevamente la concepción subjetiva, y que marcaría en forma definitiva el camino que hasta la actualidad siguen los tribunales de Alemania en lo concerniente a la punibilidad de la tentativa. (6).

### 3. ANTECEDENTES HISTORICOS EN EL DERECHO ITALIANO.

En el derecho penal Italiano en el tiempo de los glosadores salvo los casos de los delitos atroces tales como el asesinato y el delito de lesa majestad, la tentativa se castigaba con pena benigna.

En la Constitución de Asperitatem se mitigó la pena del conato a los delitos deliberados; sin embargo, se equiparaba la pena en los homicidios por mandato o los efectuados con arma de fuego. A pesar de los casos antes mencionados, la Regia Cámara de Santa Clara conservó el criterio de punir en forma atenuada el conato. Este criterio de la menor punición del conato pasó a formar parte de la jurisprudencia de los otros estados, como sucedió en Francia, Alemania, los Países Bajos, Hungría y Suecia.

Es en el Código Napolitano de 1819, según lo hace ver-

---

(6) Idem. p. 227.

Persina, en el cual se hace la distinción entre conato en sentido estricto, esto es, el iter criminis y el conato perfecto que para algunos se denominó consumación subjetiva del delito, y al que Romagnosi dió el nombre de delito frustrado.(7).

La noción del conato punible la encontramos en el Código Albertino de 1859, específicamente en su artículo 96, expresando que la tentativa era punible siempre y cuando el agente haya manifestado con sus actos un principio de ejecución, si éste dejó de producir sus efectos por causas fortuitas o independientemente de la voluntad del autor.

La disposición a la que nos referimos en el Código Albertino fue la siguiente: "Es punible el conato de delito o crimen, cuando la voluntad de cometerlo se manifiesta con -- actos de ejecución , y ésta, por circunstancias fortuitas o independientes de la voluntad del culpable, fue interrumpida o dejó de producir su efecto". (8).

#### 4. ANTECEDENTES HISTORICOS EN EL DERECHO FRANCES.

Dentro de los antecedentes históricos en el Derecho Francés, es de tomar en consideración el Código Josefino de 1787 y que fué fuente de la Ley 22 Prairial, año IV. Es en Código antes mencionado en el que se dió la pauta para la creación del Código Francés de 1791 y de ahí pasar al Código

---

(7) Persina, Enrique. Op. Cit. p. 471.

(8) Persina, Enrique. Idem. p. 471.

Napoleónico de 1810, el cual fue modelo para los demás --  
códigos penales del siglo XIX.

A decir de Manzini "las disposiciones concernientes a -  
la tentativa en el Código Josefino se referían, por un lado,  
al cumplimiento de actos dirigidos a la comisión de un deli-  
to para la punibilidad de la tentativa, y por el otro, que -  
el sólo atentado de una acción criminal se convierte en deli-  
to, tan pronto como el malintencionado se habrá preparado pa-  
ra la ejecución de un mal, y se habrá manifestado su propó-  
sito con algún signo y acto externo, aunque el hecho haya -  
quedado sin ejecutar por fortuito o por impedimento sobreve-  
nido." (9).

En cuanto al Código Napoleónico - agrega Manzini -  
este definía a la tentativa como un "comienzo de ejecución".  
La definición de la tentativa estaba contenida en el artícu-  
lo 2o. de dicho ordenamiento, que decía a la letra: "Touté -  
tentative de crime qui aura éte manifestée par un commen-  
cement d' ejection... est considerée comme le crime meme.-  
(10).

##### 5. ANTECEDENTES HISTORICOS EN EL DERECHO MEXICANO

Código Martínez de Castro de 1871.

El Código Martínez de Castro distinguió en el Libro Pri

(9) Manzini, Vincenzo. Op.Cit. p. 227.

(10) Idem. p. 227.

mero, Capítulo II, cuatro grados de delito intencional en su artículo 18: I. El conato; II. Delito intentado; III. Delito frustrado; IV. Delito consumado.

En cuanto al conato, el Código en cuestión lo definió - en su artículo 19 en los siguientes términos: "El conato de delito consiste: en ejecutar uno o más hechos encaminados directa e inmediatamente a la consumación, pero sin llegar al acto que la constituye". El artículo 20 estableció que el conato era punible cuando no se llega a la consumación por causas independientes de la voluntad del agente.

El artículo 21 delimitó la punibilidad de la tentativa - de la siguiente manera: I. Que los actos ejecutados den a conocer por si solos o acompañados de algunos indicios, cuál - era el delito que el reo tenía la intención de preparar; II. Que la pena que debiera imponerse por él, si se hubiera consumado, no baje de quince días de arresto o quince pesos de multa.

El artículo 23 se refirió a los actos preparatorios, diciendo que todos aquellos actos que no reúnan todas las circunstancias que exigen los artículos 20 y 21, no constituyen conato punible. En cambio el artículo 24 consideró como actos preparatorios punibles, cuando por sí mismos constituyan un delito consagrado en la ley.

El artículo 25 se refirió al delito imposible bajo la denominación de delito intentado, en la siguiente forma: -

"El delito es intentado el que llega hasta el último acto en que debiera realizarse la consumación, si esta no se verifica por tratarse de un delito irrealizable porque es imposible o porque son evidentemente inadecuados los medios que se emplean".

Posteriormente en su artículo 26 se estableció que existe delito frustrado; cuando se llega hasta el último acto en que debía verificarse la consumación, si ésta no se verifica por causas extrañas a la voluntad del agente. (11).

En breve análisis de los textos que sobre la materia in forma el Código Martínez de Castro, consideramos importante la distinción que se hizo de las dos formas de delito intencional, esto es, al delito intentado y al delito frustrado - sin embargo, en nuestra opinión, lo único que se logró fué - definir en que consistía una y otra sin que se destacara alguna consideración relativa a la aplicación de la pena.

En cuanto al conato, el artículo 19 lo definió : "..... ejecutar uno o más hechos encaminados directa e inmediatamente a la consumación ....". Por lo que hace al término ejecutar, el legislador pretendió hacer la distinción entre los - actos preparatorios y los actos de ejecución, inspirados a - nuestro parecer en la bipartición habida en la doctrina y -- particularmente en la teoría objetivista, dejando en la esfera de la represión a aquellos actos externos que revalaran -

---

(11) Código Penal para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California sobre Delitos del Fuero Común y para toda la República sobre Delitos de la Federación. 1872.

por sí solos o acompañados de algunos indicios, cuál era el delito que el reo tenía la intención de preparar.

Por cuanto hace a la "dirección e inmediatéz" con la -- que se definió al conato, podemos decir, que con ella no se estableció un criterio absoluto y certero para saber cuando se estaba en presencia de los actos de ejecución ya que con la dirección de los actos no se podía precisar en que momento se tenía por comenzada la ejecución, pretendiendo apoyar esto con un criterio cronológico. En otras palabras, con la dirección de los actos, el código en cuestión pretendió fundar la punibilidad del conato en la univocidad de los actos, es decir, que los actos condujeran por si mismos a una dirección más o menos cierta a producir el resultado.

Sin duda fué un mérito indiscutible el precisar que los actos preparatorios no eran punibles a menos que éstos constituyeran en si un delito expresado en la ley.

El ordenamiento en cita no dejó de hacer mención al delito imposible al que denominó expresamente "delito intentado". En relación a esto fué intención del legislador el adoptar un criterio inspirado en la teoría positivista al impu-- tar como delito intentado a aquellos actos inidóneos, ya --- sea, por ausencia del objeto material del delito o porque -- los medios empleados eran ineficaces en la causación del resultado. La razón de castigar el delito imposible fué sin -- duda la peligrosidad del sujeto manifestada por éste con sus

actos, pretendiendo evitar así la alarma social producida - hasta ese momento.

Código de Almaraz de 1929.

El Código de Almaráz de 1929 en el Libro Primero, Título I, Capítulo II en su artículo 20 distinguió en los delitos intencionales : I. El delito consumado y, II. La tentativa o conato.

El artículo 22 expresó que existe tentativa punible: - "Cuando el agente inicia exteriormente la ejecución del hecho delictuoso directamente por actos idóneos y no practica todos los esenciales de ejecución que debieran producir el delito por causa o condición que no sean su propio y espontáneo desistimiento".

El artículo 23 del citado código estableció los requisitos para sancionar la tentativa, los cuales fueron los mismos del Código anterior de 1871.

Los artículos 24 y 25 se refirieron expresamente al desistimiento y arrepentimiento respectivamente. El artículo 24 consagró que el desistimiento en la tentativa exime de toda sanción: si no fue impuesto por circunstancias diversas y nació de un arrepentimiento en el deseo, más bien que apreciado error en el cálculo. El artículo 25 se refirió al -

arrepentimiento estipulado que éste se tendría como probado:

I. Por autodelación del agente, antes del descubrimiento - de la tentativa;

II. Por haber destruido él mismo los instrumentos del delito;

III. Por prevenir, en caso de complicidad, a la víctima y - autoridades.

El artículo 26 dispuso que en los casos de arrepentimiento en la tentativa, el juez podrá exigir del agente la caución de no ofender o someterlo a la vigilancia de la policía o confinamiento, cuando se trata de sujetos de máxima temibilidad.

El artículo 27 hizo mención de que si el autor de una tentativa frustrada por arrepentimiento, incurriese posteriormente - en un plazo de cinco años - en nueva tentativa de igual delito o de otro, sea desistida, suspendida, fallida o consumada, se aplicarán las sanciones de ésta y las que hubieren correspondido a la primera. (12).

En síntesis, podemos decir, que el Código de Almaraz - en referencia a la tentativa volvió a tomar los cauces de la bipartición de los actos (preparatorios y de ejecución), señalando además como requisito que éstos dieran inicio a la ejecución del hecho delictuoso y que fueran idóneos.

En esta definición se aprecia que para que se de inicio

---

(12) Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales. 1929.

a la ejecución del delito es menester que se realice por medio de actos idóneos, requisito indispensable que debe reunir toda tentativa punible.

Incuestionablemente - dice Ramón Palacios - la fórmula contenida en el artículo 22, supera a la del Código Penal de 1871 pues al exigir el "comienzo de ejecución", dió la nota esencial de la figura accesoria. La expresión " por actos - idóneos", aunque supérflua en puridad, tiene valor de aclaración. Así no es dable "comenzar a matar" a un hombre normal con azúcar, y con medio inidóneo. Sólo se empieza, se inicia la ejecución cuando el medio agrede al bien tutelado, por ello el medio ha de ser idóneo; está pues presupuesta - la idoneidad del medio (acción) en el comienzo de ejecución. (13).

Pero en la lectura del texto del artículo 22, se pudo ver, que no se contempló la figura del delito frustrado aún cuando en el artículo 25 se habló del arrepentimiento, el cual se presenta en el delito frustrado.

El artículo 24 se refirió al desistimiento, que en nuestra opinión, lo equiparó al arrepentimiento, eximiendo de pena al responsable siempre y cuando fuese de carácter voluntario, esto es, que no fuera debido a circunstancias diversas o un error en cálculo.

Respecto a la punibilidad de la tentativa, el Código de 1929, consagró en su artículo 27, que al responsable de -

---

(13) Palacios Vargas, Ramón. La Tentativa. Ed. Cárdenas Editores. México, 1979. p. 118.

tentativa se le podría equiparar la pena de delito consumado que se tuvo la intención de cometer en una primera ocasión, sumado a la del segundo delito intentado, si el responsable incurriese en tentativa nuevamente en un plazo de cinco años.

#### Código Penal para el Distrito Federal de 1931.

El Código Penal de 1931 definió a la tentativa en su artículo 12 de la manera siguiente: " La tentativa es punible cuando se ejecutan hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas a la voluntad del sujeto.

Para imponer la pena de tentativa, los jueces tendrán en cuenta la temibilidad del autor y el grado al que se hubiere llegado en la ejecución del delito".

La primera característica que apunta el texto del artículo en cita es que la tentativa será punible cuando el sujeto encamina sus actos en forma directa e inmediata a la realización de un delito, siguiendo por tanto, la misma fórmula adoptada por el Código de 1871. En este precepto se hizo alusión al delito frustrado, dejando fuera del campo de previsión a la tentativa inacabada, al decir que el resultado no se verifique por causas ajenas a la voluntad del sujeto.

Es notorio que el citado artículo no hizo mención del desistimiento, por tanto, cuando surgiérase éste, no existirá tentativa punible.

Como acabamos de decir, la redacción del artículo 12 siguió el mismo camino de la contenida en el código de 1871- en cuanto a la dirección e inmediatez de los actos, tendencia que nos conduce a afirmar que la tentativa se materializará cuando el agente de comienzo a la ejecución del delito- a que la actividad va encaminada por medio de actos idóneos, es decir, que penetren en el núcleo del tipo de la correspondiente figura delictiva. Por tanto, los actos preparatorios no constituyen tentativa punible por ser éstos de naturaleza equívoca, esto es, que no revelan de manera cierta la intención del agente de cometer un delito.

La preparación - dice Ramon Palacios - no es comienzo de ejecución del delito, sino el acto que rinde posibilidad, que facilita la empresa.

La idoneidad concreta de la acción es supuesto de la tentativa, no puede agredirse el bien tutelado sino cuando - causalmente se pone en peligro y si a la acción le falta la potencia causal, el acto será de un sujeto peligroso o no - peligroso, pero no acto que penetre en el núcleo del tipo.- Esta ausencia de aptitud causal es atipicidad, como la preparación. (14).

En el párrafo segundo del artículo 12, se pretendió ha-

(14) Palacios Vargas, Ramón. Op. Cit. p. 121

cer la distinción entre tentativa acabada y tentativa ina  
cabada, al hacer mención que los jueces en la aplicación de  
la pena tendrán en cuenta, por un lado, la temibilidad del -  
autor, y por la otra, el grado al que se hubiere llegado en  
la ejecución del delito, situación que nos pareció acertada-  
ya que no se podía castigar más a un sujeto que no llega has  
ta el final del proceso causal por causas ajenas a su vo-  
luntad como aquel que realizó toda la serie de actos tendien  
tes a consumir el delito que también no surtió su efecto por  
causas independientes de su voluntad.

En cuanto a la aplicación de las sanciones a los respon  
sables de tentativa, el artículo 63 del Código Penal estipu  
ló: "Que a los responsables de tentativa punible se les apli  
cará, a juicio del juez hasta las dos terceras partes de la  
sanción que se les debierá imponer de haberse consumado el -  
delito".

#### Anteproyecto del Código Penal de 1949.

En el anteproyecto del Código Penal se definió a la ten  
tativa en el artículo 12 de la siguiente forma: " La tenta  
tiva punible consiste en la resolución de cometer un delito,  
manifestada por un comienzo de ejecución o por todos los  
actos que debieran producirlo , no consumándose aquél por -  
causas ajenas a la voluntad del agente".

En cuanto a su penalidad, el artículo 55 dispuso que al responsable de tentativa se le podrá aplicar a juicio del juez hasta la misma penalidad que debiera imponerse si el delito fuera consumado. (15).

En síntesis, podemos decir, que la definición dada a la tentativa en el citado anteproyecto difiere a la establecida en el Código de 1931 al adoptar el criterio del "inicio de ejecución," inspirado en el Código Napoleónico de 1810 - suprimiendo la vieja fórmula de la dirección e inmediatez de los actos que se prestaba a múltiples confusiones. Más aún, - en el anteproyecto se adopta nuevamente el criterio de la univocidad e idoneidad de los actos, al referir en su definición "... por todos los actos que debieran producirlo ..." además que en dicho texto se comprende tanto a la tentativa - como al delito frustrado.

La resolución de cometer un delito, según expresión del texto del artículo 12, ha de ser entendida cuando los actos - encaminados por el agente den "comienzo a la ejecución del delito", es decir, que penetren en el núcleo del tipo de la figura delictiva a que la tentativa se subordina. Es más, -- estos actos deben de ser idóneos y unívocos ya que de la leg - tura del citado artículo se deduce esto al señalarse "... por todos los actos que debieran producirlo..." La idoneidad consiste en la aptitud de los actos desarrollados por - el agente para producir el resultado y que siguiendo un -

---

(15) Anteproyecto del Código Penal para el Distrito Federal y Territo--- rios Federales en Materia del Fuero Común y para toda la República - en Materia del Fuero Federal. México. 1949.

curso natural deben tener la potencialidad de ocasionar el daño.

Por tanto, el delito imposible quedó al margen del texto en cita al señalarse como requisito de toda tentativa punible que los actos emprendidos por el sujeto sean idóneos.

En lo que respecta a la penalidad de la tentativa, el citado anteproyecto fue aventurado al adoptar claramente una postura eminentemente positivista al dejar al arbitrio del juez el establecimiento de una penalidad igual que la que corresponda al delito consumado.

#### Anteproyecto del Código Penal de 1958

El anteproyecto del Código Penal de 1958 haciendo mención de la tentativa; la definió en su artículo 13 de la siguiente forma: " Los actos preparatorios serán punibles cuando manifiesten en forma unívoca el dolo del agente."

La tentativa será punible cuando la resolución de cometer un delito se exteriorice por un comienzo de ejecución o por todos los actos que debieran producir el resultado, si éste no se realiza por causas ajenas a la voluntad del agente.

Cuando por falta de idoneidad de los medios o por inexistencia del objeto jurídico o material, el delito es imposible y será sancionado. (16).

---

(16) Leyes Penales Mexicanas. T. IV. Instituto Nacional de Ciencias Penales. México. 1980. p. 215.

El citado anteproyecto adopta en el texto del artículo-13 dos innovaciones que son dignas de comentario. La primera de ellas, se refiere a los actos preparatorios, indicando - que éstos serán punibles cuando revelen en forma unívoca el dolo del agente, siguiendo así un criterio de tipo subjetivista al pretender castigar aquella conducta que manifieste una intención unívoca al delito, sin que sea aún un comienzo de ejecución del delito.

Este hecho, debió quedar fuera de la pervisión del texto que comentamos ya que aún cuando dichos actos, en el supuesto de que manifiesten el dolo del agente, todavía no entran en contradicción con la norma que prevee la conducta - delictiva (núcleo del tipo) además de que entre la preparación y la ejecución puede mediar un transcurso de tiempo en el cual el presunto atentante se puede desistir; constituyendo, por tanto, una aberración en lo relativo, en vista - de que en el mismo texto se comprenden preparación y tentativa, la cual surge cuando se da comienzo a la ejecución del delito. Es aquí, en donde podemos hallar ésta incongruencia, ya que o se castiga la tentativa cuando existe un comienzo - de ejecución del delito, o bien, antes de iniciada dicha ejecución, es decir, la preparación del delito.

El artículo como esta redactado - señala Malo Camacho - se estima que no resultó favorecido como producto de la adopción de dos tendencias diversas en una misma disposición, co

mo consecuencia inmediata, eliminó la utilidad que podría - prestar el objetivo principal del inicio de ejecución, haciendo nugatorio el precepto principal que prevée la tentativa del delito en el segundo párrafo, siendo el exclusivo elemento de dirección unívoca.

Pensamos que, en todo caso, eliminando el primer párrafo y dejando subsistente el último, se logra sostener el - espíritu de sintomatología positivista que informó a la comisión al elaborar el indicado precepto, sin alejarse para - ello de la tendencia político-criminal que debe seguir informando el nuevo ordenamiento y, al mismo tiempo, se mantiene incólume un firme criterio en la concepción de la tentativa de delito (17).

En cuanto se refiere al delito imposible, el citado anteproyecto, pretendió castigar éste, cuando existiera imposibilidad absoluta o relativa, inspirados en un criterio eminentemente positivista en atención a la peligrosidad manifestada por el agente.

Anteproyecto del Código Penal Tipo para  
la República Mexicana de 1963.

El anteproyecto del Código Penal de 1963 definió a la tentativa en su artículo 15 de la siguiente manera: " La tentativa será punible cuando la resolución de cometer un deli-

---

(17) Malo Camacho, Gustavo. Op. Cit. p.51.

to se exteriorice por un comienzo de ejecución o por todos los actos que debieran producir el resultado, si la ejecución que interrumpe el resultado, no se produce por causas ajenas a la voluntad del agente".

El artículo 16 se refirió al desistimiento diciendo: - "Si el autor desistiere o impidiere voluntariamente la producción de un resultado, no se impondrá sanción alguna, a no ser que los actos ejecutados constituyeran por si mismos delitos".

El artículo 17 expresamente hizo hincapié del delito imposible: "El delito es imposible por inidoneidad de los medios empleados o por inexistencia del bien jurídico u objeto material". (18).

En relación con el anteproyecto de 1963, éste parece adoptar nuevamente los criterios establecidos por el anteproyecto anterior en lo concerniente al comienzo de ejecución y a la realización de todos aquellos actos que debieran producir el resultado para punir la tentativa. Cabe señalar que el citado anteproyecto dejó fuera de su definición a los actos preparatorios como punibles e hizo alusión al delito imposible en precepto aparte.

Siendo acordes con la Exposición de Motivos del Anteproyecto de 1963, podemos decir, que en la definición de la tentativa se hace la referencia tanto a la tentativa inacabada como al delito frustrado; la primera se basa en un co

---

(18) Leyes Penales Mexicanas. Instituto Nacional de Ciencias Penales.- T. IV. México, 1980. p. 376.

mienzo de ejecución cuando el resultado no se verifica por causas ajenas a la voluntad del sujeto y la segunda, en la totalidad de los actos de ejecución llevados acabo por el agente y que también no surte su efecto por motivos independientes de su voluntad.

Por lo que hace al delito imposible, en la misma Exposición de Motivos se expresó que el fundamento de castigar el delito imposible es que cuando se intenta un delito para cuya ejecución haya imposibilidad sea esta absoluta o relativa-revela el reo una personalidad que causa alarma y que no debe quedar sin castigo.

23

C A P I T U L O   S E G U N D O

LOS ELEMENTOS DEL DELITO EN LA TENTATIVA

El presente capítulo tiene por finalidad el estudio de los elementos del delito enfocando cada uno de ellos a la figura amplificadora de la tentativa. En dicho estudio indicaremos como se presenta el elemento de referencia y su respectivo aspecto negativo. Antes de entrar al estudio del tema, consideramos importante hacer mención de algunas de las principales definiciones que sobre el delito han hecho algunos autores dentro de la doctrina.

El primero de ellos, Von Liszt lo define como " un acto humano, culpable, antijurídico y sancionado con una pena."

(1). Por su parte Jiménez de Asúa considera al delito como " un acto típico, antijurídico culpable, sometido a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción." (2).

Como podemos ver, de las anteriores definiciones se desprenden los elementos constitutivos del delito y así podemos establecer que existen diferentes concepciones del mismo en base al número de los elementos que se desprenden de la correspondiente definición. En nuestra opinión, nos consideramos partidarios de la concepción pentatómica por considerar que es la que más conviene para nuestro tema de estudio. Por tanto, haremos mención de dos de las principales definiciones basadas en dicha concepción para así estar en aptitud de entrar a su estudio.

Pavón Vasconcelos define al delito, diciendo que éste -

- 
- (1) Liszt, Franz Von. Tratado de Derecho Penal. T. II. Ed. Reus. Madrid, 1973. p. 262.  
(2) Jiménez de Asúa, Luis. La Ley y el Delito. Ed. Hermes. México, 1986. p. 207.

" es la conducta o hecho típico, antijurídico, culpable y - punible ". (3). A su vez, Paul Logoz, citado por Jiménez de Asúa, lo define como " un comportamiento humano, especificado por la ley, contrario al derecho, culpable y que la ley sanciona por medio de una pena." (4).

### 1. LA CONDUCTA

El primer elemento del delito lo constituye la conducta y por tal debemos entender la manifestación de la voluntad - que se lleva a cabo mediante acción u omisión con la finalidad de producir un resultado trascendente para el derecho.

Como acabamos de decir, la conducta se puede traducir - en dos formas fundamentales que son: una acción y una omisión. Esta última se subdivide en omisión simple y comisión por omisión.

La acción es todo comportamiento humano voluntario capaz de producir un cambio en el mundo externo. Por el contrario, la omisión, es toda inactividad del ser humano que - en virtud de esa inactividad produce un cambio en el mundo - fenomenológico. Esa omisión puede ser cuando la norma impone el deber de ejecutar un acto determinado y que es lo que conocemos como la simple omisión. La otra forma, que es la - comisión por omisión, resulta de la abstención en forma voluntaria de una norma perceptiva de carácter extrapenal,--

---

(3) Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. Ed. Porrúa. México, 1978. p. 155.

(4) Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal. T. III. Ed. Losada. Buenos Aires, 1963 , pp. 39-40.

violando así una norma prohibitiva de carácter penal. En otras palabras, la comisión por omisión se colma cuando el agente produce un resultado típico y antijurídico en virtud de que voluntariamente no acata una norma que impone una obligación; violando así otra norma prohibitiva.

Por lo que toca al pensamiento de los autores respecto a este primer elemento del delito, podemos citar a Jiménez de Asúa, quien indica que el acto "es la manifestación de la voluntad que mediante acción produce un cambio en el mundo exterior, o que, por no hacer lo que se espera deja sin mudanza ese mundo externo cuya modificación se aguarda". (5).

Por su parte, Cuello Calón define a la acción diciendo que es " un movimiento corporal voluntario, o una serie de movimientos corporales, dirigido a la obtención de un fin determinado." (6).

El autor antes citado considera, por otro lado, que la omisión simple " es la inactividad voluntaria cuando la norma penal impone el deber de ejecutar un hecho determinado. La comisión por omisión es la producción de un cambio en el mundo externo mediante la omisión de algo que el derecho ordena hacer". (7).

Por nuestra parte, podemos decir, que la conducta que es el primer elemento del delito se manifiesta en la tentativa en el momento en que el sujeto realiza la conducta encaminada a la producción de un resultado. Otro aspecto de la -

---

(5) Jiménez de Asúa, Luis. Op. Cit. p. 210.

(6) Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal. Parte General. Ed. Bosh. Barcelona, 1971. p. 329.

(7) Ídem. p.331

conducta es la comisión por omisión que consiste, como ya lo indicamos, en que el sujeto omite voluntariamente un deber que el derecho le impone, si el resultado no se verifica por causas ajenas a su voluntad. En tales casos, estaremos hablando de una tentativa por comisión por omisión.

#### AUSENCIA DE CONDUCTA.

El aspecto negativo de la conducta lo constituye la ausencia de conducta. Por tal debemos entender, aquellas causas que impiden la integración del delito, por faltar en los actos y omisiones que el sujeto realiza, el elemento intelectual o volitivo.

Antes de las reformas de 1983, el Código Penal para el Distrito Federal enumeraba como casos de ausencia de conducta los siguientes:

1.- El sueño y el sonambulismo; 2.- La sugestión, la hipnosis y la narcosis; 3.- La fuerza irresistible o vis absoluta; 4.- La inconsciencia y los actos reflejos.

Aún cuando en las reformas, ya no fueron comprendidos los demás casos de conducta que acabamos de citar, a nuestro parecer, siguen teniendo eficacia los casos suprimidos a raíz de las reformas como causas supralegales, ya que en ellos al igual que la vis absoluta no existe el elemento volitivo necesario para considerar a un sujeto como responsa-

ble de un hecho delictuoso.

En este sentido, el maestro Castellanos Tena menciona, que no es necesario que la legislación positiva enumere todas las excluyentes por falta de conducta; cualquier causa capaz de eliminar ese elemento básico del delito, será suficiente para impedir la formación de éste; con independencia de lo que diga o no expresamente el legislador en el capítulo de las circunstancias eximentes de responsabilidad penal. (8).

Por lo tanto, si un delito determinado no llega a su consumación estando presente un caso de ausencia de conducta de los antes señalados; no es dable hablar de delito tentativo al no existir el elemento volitivo necesario para calificar una conducta como propia del agente.

## 2. LA TIPICIDAD

El segundo de los elementos constitutivos del delito lo conforma la tipicidad. Antes de entrar a su estudio, consideramos importante señalar la importancia del tipo, ya que si esta ausente éste, no existiría delito al imperar en esas circunstancias el principio incontrovertible de la nule crimen, sine lege.

El concepto del tipo surge a raíz de la doctrina elaborada por Ernesto Von Beling. En sus inicios, el tipo tenía-

---

(8) Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Ed. Porrúa. México. 1985. p. 163.

una función meramente descriptiva. Posteriormente, el autor, siguiendo con el estudio de su doctrina, establece - a decir de Jiménez Huerta - que el tipo se hace consistir en una pluralidad de elementos que se encuentran en la correspondiente descripción legal; dichos elementos son: unos de naturaleza objetiva y externa, los que caracterizan la antijuridicidad; y otros de naturaleza objetiva o interna, que vienen a ser los que caracterizan la culpabilidad.

Estos elementos son la " imagen unitaria", el cuadro conceptual que funda cada especie delictiva. (9).

En esta forma, podemos señalar, que el tipo es la descripción de un hecho que se cataloga en la ley como delito a los que se suman un conjunto de elementos generalmente de índole objetiva y subjetiva.

El elemento objetivo del tipo se define - a decir de Pavón Vasconcelos - " como aquellos susceptibles de ser apreciados por el simple conocimiento y cuya función es describir la conducta o el hecho que pueden ser materia de imputación y responsabilidad penal". (10).

Dichas descripciones de la conducta o el hecho se expresan en forma general por un verbo; tales son los casos de: privar, en el delito de homicidio; apoderarse, en el delito de robo, etc. Son también características del elemento objetivo, la mención de ciertas referencias que acompañan al propio tipo. Dichas referencias son:

---

(9) Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano. T.I. Ed. Porrúa. - México, 1977. pp. 28-29.

(10) Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. Cit. p. 264.

- a) Calidades referidas al Sujeto Activo.
- b) Calidades referidas al Sujeto Pasivo.
- c) Referencias Temporales y Especiales.
- d) Referencias al Objeto Material.
- e) Referencias al Bien Jurídico Tutelado.
- f) Medios de Comisión.

Por lo que hace al segundo elemento del tipo, es decir, al elemento subjetivo, tiene como función el hacer mención - de la intención o propósito del agente en la comisión de un delito determinado.

A este respecto Franco Guzmán establece, que el tipo - legal objetivo, no hace solamente una descripción de los hechos externos objetivos que deben realizarse para cometer un delito, sino además contiene elementos de carácter subjetivo que sirven, según su naturaleza, a la comprobación de - diversos juicios. Así se encuentran en los tipos legales no solamente subjetivos que llevan en si mismos una de las formas de culpabilidad, cuya comprobación se utiliza con el - fin de reprobar al autor, sino que se encuentran con cierta frecuencia tipos de delito que requieren una especial intención, un fin particular, un objeto determinado que es esencial para poder emitir un juicio de antijuridicidad.(11).

En resumen, podemos decir, que de los anteriores elementos del tipo, ninguno de ellos encuadra en la descripción del tipo de tentativa, ya que de acuerdo a la naturale-

---

(11) Franco Guzmán, Ricardo. La Subjetividad en la Ilícitud. Ed. Jose M. Cajica Jr. S.A. México, 1959, pp. 137-138.

za jurídica de esta figura, ésta funciona como un tipo amplificador o accesario que se va a unir a los demás delitos que componen la parte especial de nuestro código penal. En otras palabras, la tentativa no es independiente, esto es, que ella funciona en conjunto con otros tipos, ya que de otra forma el tipo en cuestión no tendría razón de ser, es necesaria su conexión con el tipo específico, o bien con la norma incriminadora principal.

Por lo anterior, podemos decir, que la tipicidad, segundo elemento que reviste el delito, si se presenta en la tentativa, al estar integrada ésta como figura accesoria en el artículo 12 de nuestra legislación penal.

#### La Atipicidad.

El aspecto negativo de la tipicidad lo constituye la atipicidad. Por tal debemos entender la no adecuación de una conducta al tipo, o bien, cuando se encuentran ausentes alguno de los elementos constitutivos del tipo.

Sobre el particular, Pavon Vasconcelos expresa que se presenta la atipicidad por falta de previsión en la Ley de una conducta o hecho. Atipicidad es, ausencia de adecuación-típica. (12).

El autor antes citado afirma que se originan hipótesis de atipicidad en los siguientes casos:

---

(12) Pavon Vasconcelos, Francisco. Op. Cit. p. 227.

- a) Cuando falta la calidad exigida por el tipo en cuanto al Sujeto Activo.
- b) Cuando falta la calidad exigida por el tipo en cuanto al Sujeto Pasivo.
- c) Cuando hay ausencia del objeto o bien existiendo éste no se satisfacen las exigencias de la ley por cuanto a sus atributos.
- d) Cuando habiéndose dado la conducta, estan ausentes las referencias temporales o especiales exigidas por el tipo.
- e) Cuando no se dan en la conducta o el hecho concreto los medios de comisión señalados por la ley; y
- f) Cuando estan ausentes los elementos subjetivos del injusto, requeridos expresamente por el tipo legal. (13).

De las anteriores hipótesis de atipicidad sirven para el caso de la tentativa las relativas al objeto material y a los medios de comisión, dando pauta a los casos que van a originar el nacimiento del delito imposible.

En consecuencia habrá atipicidad en la tentativa cuando concurren alguno de los supuestos antes señalados.

### 3. La Antijuridicidad.

El tercero de los elementos del delito lo constituye la antijuridicidad. Esta consiste en la contradicción al orden jurídico y las normas de convivencia que se produce como re-

---

(13) Idem. p. 278.

sultado de la conducta típica desplegada por el sujeto.

El maestro Jiménez Huerta nos da a conocer un concepto amplio del delito, al decir que " es la lesión de un bien jurídico y la ofensa de los ideales valorativos de la comunidad. (14).

Para calificar una conducta como antijurídica - continúa diciendo - preciso es comprobar que es contraria a una norma, ya que una misma conducta puede ser tanto lícita como ilícita.

El pronunciamiento y declaración de que una conducta es antijurídica, presupone un análisis, un enjuiciamiento, una valoración. Cuando el juicio arroja como resultado la existencia de una relación de contradicción o desarmonía entre - la conducta del hombre y las normas de derecho, nos hallamos ante un acontecimiento injusto o antijurídico.

Para Antolisei, el delito consiste en la violación de un precepto del ordenamiento jurídico penal, su característica fundamental es el contraste u oposición con - el derecho. Esta contradicción es generalmente indicada con el término antijuridicidad y también con el de ilicitud.(15)

En resumen, la antijuridicidad si esta presente en el delito de tentativa, en el momento en que el sujeto con su actuar lesiona o pone en peligro un bien jurídico tutelado. La tentativa desde el momento en que esta regulada en nuestro ordenamiento penal, cualquier conducta que encuadre en

---

(14) Jiménez Huerta, Mariano. La Antijuridicidad. Ed. Imprenta Universitaria. México, 1952, pp. 10-12.

(15) Antolisei, Francisco. Manual de Derecho Penal. Parte General. Ed. UTEHA. Buenos Aires, 1960.p. 142

dicho dispositivo tendrá el carácter de típica y en consecuencia antijurídica.

Pavón Vasconcelos indica que la antijuridicidad objetiva del delito tentado radica en el peligro en el cual se coloca el bien jurídico como consecuencia del acto "agresivo" tendiente a su lesión. Por ello, la noción de peligro no sólo da su contenido a la antijuridicidad objetiva sino además establece la línea divisoria entre la tentativa punible y la no punible. (16).

#### Causas de Justificación

El aspecto negativo de la antijuridicidad lo conforman las causas de justificación. Estas a diferencia de otras causas excluyentes de responsabilidad, según expresión de Castellanos Tena, recaen sobre la acción, son de carácter objetivo, se refieren al hecho y atañen a la realización externa. (17).

Por otro lado, podemos decir, que el fundamento de las causas de justificación consiste en el sacrificio de un interés de menor valor ante un interés preponderante, o bien, la ausencia de interés.

Sobre este particular Jiménez Huerta expresa, que lo antijurídico se concretiza conceptualmente en la lesión de intereses jurídicos y en la ofensa de los ideales valorati-

---

(16) Pavón Vasconcelos, Francisco. La Tentativa. Ed. Porrúa. México, - 1982. p. 91.

(17) Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit. pp. 184-185.

vos de la comunidad, obvio es que no puede juzgarse antijurídica la acción que no lesiona bienes o intereses jurídicos y que no ofende los ideales de la comunidad. Son circunstancias que impiden el nacimiento de la antijuridicidad, tanto que el titular del interés penalmente protegido consienta válidamente en la acción que sin su voluntad implicaría una lesión a un bien jurídico se considere, al ser juzgada y valorada en las circunstancias en que se realizó, como no ofensiva de los ideales de la comunidad, habida cuenta de que, si bien lesiona bienes o intereses ajenos, salvaguardar bienes e intereses jurídicos preferentes desde el punto de vista social. En cualquiera de estos dos casos, la valoración sobre la conducta enjuiciada no arroja un resultado antijurídico. En otro, sólo el segundo extremo - ofensa del binomio.

La lesión o puesta en peligro de un bien o interés jurídico no decide, por tanto, por sí sola sobre la antijuridicidad de la acción, ya que conductas que lesionan o ponen en peligro bienes tutelados penalmente, pueden ser lícitas.

La valoración singular decidirá cada caso concreto. Lo que si puede afirmarse, es que resultará imposible pensar en la existencia de causas impeditivas del nacimiento de la antijuridicidad que no sean encuadrables en el principio de la ausencia de interés o en el del interés socialmente pre-

ponderante. (18).

En nuestra legislación penal, las causas impositivas del nacimiento de la antijuridicidad se encuentran consagradas bajo el título de Circunstancias Excluyentes de Responsabilidad en el artículo 15, Fracciones III, IV, V, y VIII.

Dichas excluyentes de responsabilidad son:

III. Legítima Defensa. La legítima defensa es la repulsa de una agresión injusta, actual, violenta e inminente de la persona, los bienes, el honor, y los derechos propios o los de un tercero siempre y cuando medie una racionalidad entre los medios empleados por el agresor y los utilizados por el titular de esos derechos.

Jiménez de Asúa la define como "una repulsa de la agresión ilegítima, actual o inminente, por el atacado o tercera persona, contra el agresor sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporción de los medios empleados para impedirle o repelerla. (19).

El fundamento de dicha excluyente es único según lo refiere Zaffaroni y se basa en el principio de que nadie puede ser obligado a soportar lo injusto. Se trata de una situación conflictiva en la cual el sujeto puede actuar legítimamente porque el derecho no tiene otra forma de garantizarle el ejercicio de sus derechos, o, mejor dicho, la protección de sus bienes jurídicos. (20).

---

(18) Jiménez Huerta, Mariano. Op. Cit. pp.117-118.

(19) Jiménez de Asúa, Luis. Op. Cit. p. 289.

(20) Zaffaroni, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal. Ed. Cárdenas Ediciones. México, 1986. p. 521.

Los elementos de la legítima defensa son: a) Una agresión injusta y actual; b) Un peligro inminente; y c) Una repulsa de dicha agresión.

IV. Estado de Necesidad. El estado de necesidad es la excluyente de responsabilidad en la que existe coalición entre - dos bienes jurídicamente protegidos en la que se hace necesario el sacrificio de uno de esos bienes a virtud de una situación real de peligro grave e inminente.

El Código Penal en su artículo 15, fracción IV dice - que dicha eximente es: "... la necesidad de salvaguardar - su propia persona o sus bienes, o la persona o bienes de - otro de un peligro real, grave e inminente, siempre que no - exista otro medio practicable y menos perjudicial".

Los elementos del estado de necesidad según se desprende del texto citado son: a) Un peligro real, grave e inminente; b) Este peligro deberá recaer sobre ciertos bienes - jurídicos; c) Que no exista otro medio practicable y menos - perjudicial.

V. Cumplimiento de un deber o Ejercicio de un Derecho. El - artículo 15 en su fracción V consigna como causa excluyente - de responsabilidad penal: " Obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio de un derecho consignados en la ley".

Esta eximente de responsabilidad penal que anula el elemento antijuridicidad surge cuando por un oficio, cargo o - empleo se hace necesaria la ejecución de ciertas conductas -

que se encuentran amparadas por el derecho y que de otra forma constituirían un delito sino fuera porque como lo hemos dicho se encontraran amparadas por la ley.

El primer supuesto - dice Villalobos - de toda eximente es la realización de un acto que, en condiciones ordinarias, debería ser considerado como delito : como el introducirse - en una vivienda ajena o el hacer violencia a las personas. - La eximente se origina, entonces, por la concurrencia de un deber especial o de un derecho en atención al cual se efectúa el acto y que, por su misma naturaleza de deber o de derecho cumplido, elimina el carácter delictuoso de aquella conducta. Quien se introduce a la casa ajena por el deber que tiene de practicar un cateo, o quien ejerce violencia sobre el hijo en ejercicio del derecho de educación y corrección, lógicamente queda libre de toda responsabilidad penal. (21).

Entre los derechos y deberes que pueden excluir la antijuridicidad, podemos encontrar: el homicidio o las lesiones en los deportes y las lesiones consecutivas de tratamientos médico-quirúrgicos.

VIII. Impedimento Legítimo. La fracción VIII del artículo 15 del Código Penal establece como eximente: "Contravenir lo - dispuesto en una ley penal, dejando de hacer lo que manda, - por un impedimento legítimo."

Esta excluyente de responsabilidad opera cuando alguien

---

(21) Villalobos, Ignacio. Derecho Penal Mexicano. Ed. Porrúa. México, 1990. p. 353.

omite un acto que la ley ordena por un impedimento legal, - siendo el caso del profesional que se niega a declarar ya - que de lo contrario violaría el secreto que le impone su profesión o el caso del testigo que no quiere declarar por ser familiar del acusado.

Como se advierte - indica Carranca y Trujillo - desde luego la causa de justificación se refiere sólo a omisiones y nunca a actos. Tales omisiones han de reconocer una causa legítima. (22).

En cuanto a las causas de justificación, podemos decir, que éstas no se pueden relacionar al delito tentado, ya que para que se den aquellas es menester que el sujeto agote la supuesta conducta delictiva; cosa que no sucede en la tentativa. Además de que la conducta desplegada por el agente en las causas de justificación debe tener por finalidad esencial el sacrificio de un interés preponderante, cosa que no sucede en la figura delictiva a estudio.

#### 4. La Culpabilidad.

El cuarto elemento del delito lo constituye, la culpabilidad. Esta consiste en el juicio de reproche hecho al autor por la conducta realizada.

Jiménez de Asúa define a este elemento diciendo que "es el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabili-

---

(22) Carranca y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano. Parte General. Ed. Porrúa. México, 1991. p. 646.

dad personal por la conducta antijurídica". (23).

Para Edmundo Mezger, la culpabilidad " es el conjunto de aquellos presupuestos de la pena que fundamentan, frente al sujeto la repochabilidad personal de la conducta antijurídica. La acción aparece por ello, como expresión jurídicamente desaprobada de la personalidad del agente", (24).

La culpabilidad adopta dos formas fundamentales que son: el dolo y la culpa.

El dolo consiste en la voluntad del agente en ejecutar un acto con la intención de producir un resultado operando en el agente el conocimiento de las circunstancias de hecho y la conciencia de que se quebranta el deber establecido en la norma.

Mezger apunta que "actúa dolosamente el que conociendo las circunstancias de hecho y la significación de su acción ha admitido en su voluntad el resultado". (25).

El dolo se clasifica en: dolo directo y dolo indirecto o eventual.

Existe dolo directo cuando los actos van encaminados directamente a la producción de un resultado que se quiere.

Al respecto Favon Vasconcelos apunta que estamos ante la presencia de un dolo directo "cuando la voluntad es encaminada directamente al resultado previsto, existiendo identidad entre el acontecimiento real y el representado". (26).

Por el contrario, existe dolo indirecto cuando el au-

---

(23) Jiménez de Asúa, Luis. op. Cit. p. 352.

(24) Mezger, Edmundo. Tratado de Derecho Penal. T. II Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1957. p. 102.

(25) Idem. p. 102.

(26) Favon Vasconcelos. Francisco. Op. Cit. p.374.

tor representa como posible un resultado determinado, aceptando las consecuencias del mismo.

Por su parte, Pavon Vasconcelos señala que existe dolo eventual cuando en la representación del autor se da como posible un determinado resultado, a pesar de lo cual no se renuncia a la ejecución de la conducta. (27).

De esta forma constituyen elementos del dolo los siguientes:

- a) Una voluntad que se traduce en querer el resultado por parte del autor.
- b) La representación, que consiste en el conocimiento de las circunstancias de hecho y de su significación. Dicha representación presupone el conocimiento profano de la tipicidad del acto y por consiguiente su carácter antijurídico.

La segunda de las formas de la culpabilidad la conforma la culpa. Esta consiste en la causación de un daño producido en forma involuntaria, operando en el agente la falta de cuidado y de previsión.

El maestro Ignacio Villalobos define a la culpa en los siguientes términos: "una persona tiene culpa cuando obra de tal manera que, por su negligencia, su imprudencia, su falta de atención, de reflexión, de pericia, de precauciones y cuidados necesarios, se produce una situación de antijuridicidad típica no querida directamente ni consentida por su voluntad, pero que el agente previó o pudo prever y cuya-

---

(27) Pavon Vasconcelos, Francisco. Op. Cit. p. 374.

realización era evitable por él mismo". (28).

La culpa se divide en dos formas: la culpa conciente o con previsión y la culpa inconciente o sin previsión.

Existe culpa conciente cuando el agente prevee como posible un resultado con la esperanza de que éste no sobrevendrá.

Por el contrario, estamos en presencia de un culpa inconciente cuando se produce un resultado típico de carácter previsible pero que el agente no previó.

Otra forma de culpabilidad que el Código Penal establece en su artículo 9o. es la preterintencionalidad. Esta consiste, conforme al precepto aludido, en la causación de un resultado típico mayor al querido o aceptado, si aquel se produce por imprudencia.

En resumen, podemos decir, que el elemento del delito en cuestión si se presenta en la tentativa, ya que ésta última se cataloga como delito de carácter doloso, desde el momento en que el sujeto resuelve y dirige sus actos u omisiones a la producción de un resultado. Atendiendo además a los elementos del dolo, en la tentativa existe intención, traducida ésta como la voluntad encaminada a un fin, así como, una representación.

Para ampliar nuestra idea, Pavon Vasconcelos afirma - que en el delito tentado surge en toda su plenitud y con su carácter general la culpabilidad. El sujeto, al realizar -

---

(28) Villalobos, Ignacio. Op. Cit. p. 298.

actos tendientes a la ejecución de un delito, dirige su voluntad a la producción de un resultado antijurídico, siendo dicha voluntad la relación psicológica que habrá de fundamentar la reprochabilidad.

En manera alguna puede concebirse una tentativa en la cual la acción no vaya dirigida a la consumación de un delito, de manera que todo acto ejecutivo lleva impreso el dolo de la consumación, resultado como característica de la tentativa la proyección de la voluntad a un resultado no alcanzado por el sujeto . (29).

#### La Inculpabilidad.

El aspecto negativo de la culpabilidad lo conforman las causas de inculpabilidad. Por tales debemos entender aquellas causas que eximen al autor en el juicio de reproche.

Jiménez de Asúa establece que las causas de exculpación son las que excluyen la culpabilidad, son las que absuelven al sujeto en el juicio de reproche. (30).

Las causas de inculpabilidad son:

1. El error.

a) Error de Hecho. Esencial y accidental. Este último abarca:

Aberratio in Objeto y Aberratio in Persona.

b) Error de Derecho.

---

(29) Favon Vasconcelos. Francisco. La Tentativa. pp. 92-93.

(30) Jiménez de Asúa, Luis. Op. Cit. p. 289.

2. Eximentes Putativas.
3. Obediencia Jerárquica.
4. La no Exigibilidad de otra Conducta.

El error esencial de hecho, apunta Porte Petit, para que tenga efectos eximentes debe de ser invencible, de lo contrario deja subsistente la culpa (31).

En estas condiciones podemos afirmar, que si el dolo se concretiza estando presente el conocimiento de los hechos, es decir, la conciencia de que un hecho esta previsto en la ley como delito y la significación antijurídica del acto, podemos decir entonces que existirá error estando ausente alguno de los elementos integrantes del dolo o ambos.

El error esencial de hecho se encuentra consagrado dentro del capítulo de las Circunstancias Excluyentes de Responsabilidad en su artículo 15, fracción XI del Código Penal.

El citado precepto establece: "Realizar la acción y omisión bajo un error invencible respecto de alguno de los elementos esenciales que integran la descripción legal, o que por el mismo error estime el sujeto activo que es lícita su conducta.

No excluye la responsabilidad si el error es vencible."

El citado precepto establece además la división existente en la doctrina de dividir el error esencial en dos formas; el error de tipo y el error de prohibición.

---

(31) Porte Petit, Celestino. Importancia de la Dogmática Jurídico-Penal. Ed. Gráfica Panamericana. México, 1954. p. 51.

El error de tipo se menciona en la primera parte de la fracción antes citada, al establecer que la persona que realice la acción y omisión bajo un error invencible respecto a alguno de los elementos que integran la descripción legal.

El error de prohibición se consagra en la última parte de la fracción al mencionar: o que por el mismo error estime el sujeto activo que es lícita su conducta. El error de prohibición da lugar a las eximentes putativas. En ellas el sujeto en virtud de un error esencial de hecho invencible considera lícita su conducta cuando ésta no lo es en realidad, o a contrario sensu, el sujeto considera ilícita su conducta pero cree en forma infundada que se encuentra amparada por una causa de justificación.

Por eximentes putativas - dice Castellanos Tena - se entienden las situaciones en las cuales el agente, por un error esencial de hecho insuperable cree, fundadamente, al realizar un hecho típico del Derecho Penal, hallarse amparado por un justificante, o ejecutar una conducta atípica (permitida, lícita) sin serlo (32).

Las Eximentes Putativas se clasifican en:

a) Legítima Defensa Putativa. En la legítima defensa putativa el agente cree encontrarse agredido en su honor, bienes o derechos o los de un tercero sin que así lo sea. La actuación del sujeto es antijurídica pero a virtud de un error de hecho invencible se encuentra amparado, por lo que no se le

---

(32) Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit. p. 266.

puede reprochar nada.

b) Estado de Necesidad Putativo. En esta causa se esta en la creencia de que el sujeto se encuentra ante una situación real de peligro sin estarlo, debido también a un error de hecho invencible.

c) Deber y Derecho Legales Putativos. En el deber y derecho legales putativos, al igual que las anteriores causas, la conducta desplegada por el agente se supone lícita, sin embargo es contraria a derecho por error sobre el deber o decho que se ejercita o se cumple.

Otra de las formas del error es el Error Accidental. Este se subdivide en:

a) Aberratio Ictus. Este consiste en la realización de un evento equivalente en mayor o menor proporción al deseado por el agente.

b) Aberratio in Objeto. Existe error en el objeto cuando surge en el agente una desviación respecto al objeto.

c) Aberratio in Persona. Existe error en la persona cuando hay una representación distinta a la propuesta por el agente en cuanto a la persona.

La última forma de error la conforma el Error de Derecho. Este se encuentra regulado en el artículo 59 Bis del Código Penal, que establece: "Cuando el hecho se realice por error o ignorancia invencible sobre la existencia de la ley penal o del alcance de ésta, en virtud del extremo atra-

so cultural y el aislamiento social del sujeto, se le podrá imponer hasta la cuarta parte de la pena correspondiente al delito de que se trate o tratamiento en libertad, según la naturaleza del caso".

Como podemos ver, esta no es una causa de inculpabilidad propiamente dicha sino que es una causa atenuante de la pena en virtud del extremo atraso cultural de una persona o del aislamiento social en que se encuentra.

La tercera causa de inculpabilidad lo es la Obediencia Jerárquica. La razón de ser de ésta causa de inculpabilidad se base fundamentalmente en dos situaciones. La primera de ellas se da cuando la persona que ha de obedecer un mandato desconoce en virtud de un error invencible la ilicitud de la orden. La segunda situación se presenta cuando el subordinado tiene la obligación legal de cumplir lo requerido por un superior en la esfera de sus atribuciones y el subordinado carece del poder de inspección sobre la orden, cuando ésta constituya un delito.

La causa de inculpabilidad por Obediencia Jerárquica se encuentra regulada en el artículo 15, fracción VII del Código Penal. Dicha fracción establece: "Obedecer a un superior legítimo en el orden jerárquico aun cuando su mandato constituya un delito, si esta circunstancia no es notoria ni se prueba que el acusado la conocía".

La no Exigibilidad de otra Conducta es la causa que anu

la el elemento culpabilidad por intervenir en el sujeto razones especiales apremiantes, de nobleza o emotividad que excusan el comportamiento, ya que en esas condiciones, no se le puede pedir otra forma de actuar.

Entre otros casos de no exigibilidad de otra conducta se puede citar: a) El estado de necesidad cuando el bien sacrificado es de la misma entidad que el salvado; b) El temor fundado o miedo grave (vis compulsiva); c) El aborto honoris causa; y, d) El encubrimiento de parientes o personas ligadas por amor, respeto, gratitud o estrecha amistad.

En resumen, podemos decir, que de las anteriores causas de inculpabilidad sirven para el caso de la tentativa relativa al error esencial de hecho, originado de esta forma el delito putativo. Este surge cuando en virtud de un error esencial de hecho invencible el sujeto considera ilícita su conducta, cuando ésta no lo es en realidad ya sea por inexistencia del objeto o por carencia de tipo.

##### 5. La Punibilidad y las Excusas Absolutorias.

El quinto y último de los elementos del delito lo constituye la punibilidad. Esta consiste en la sanción penal a la que se hace acreedor el sujeto que ha realizado una conducta típica, antijurídica y culpable.

Al respecto Castellanos Tena nos da a conocer una noción de la punibilidad, al decir que ésta consiste en el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta. Más adelante señala, que la punibilidad consiste en la imposición concreta de la pena a quien a sido declarado culpable de la comisión de un delito. (33).

De esta forma, podemos decir, que el elemento en cuestión si se presenta en la tentativa al estar ésta amenazada con una pena establecida en función de las características - enunciadas en el artículo 12 de nuestro ordenamiento penal.

El aspecto negativo de la punibilidad lo conforman las Excusas Absolutorias. Estas excluyen la aplicación de la pena por causas de utilidad pública o por razones de equidad.

Castellanos Tena menciona que las excusas absolutorias "son aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena". (34).

Las excusas absolutorias se encuentran en diversos dispositivos del Código Penal, que impiden la aplicación de la pena.

Las excusas absolutorias más importantes son:

Artículo 138. Excusa absoluta por deponer las armas, comprendida dentro del capítulo referente a la Rebelión.

Artículo 151. Excusa absoluta por evasión de presos, comprendida dentro del Título Cuarto, Capítulo I referente a -

---

(33) Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit. p. 273.

(34) Idem. p. 276.

la Evasión de Presos.

Artículo 280. Excusa absolutoria por inhumación, comprendida dentro del Título Decimoséptimo, Capítulo Unico referente a la Violación de Leyes sobre Inhumaciones y Exhumaciones.

Artículo 333. Excusa absolutoria por aborto causado por imprudencia o cuando es resultado de una violación.

Artículo 375. Excusa absolutoria por robo cuando el monto de lo robado no pase de diez veces el salario mínimo, sea restituido en forma espontánea y el robo haya sido ejecutado no mediando la violencia.

Por lo que hace a la tentativa, el artículo 12 del Código Penal consigna dos formas de excusas absolutorias dentro del mismo precepto. La primera de ellas ha de ser referida a la tentativa inacabada cuando el sujeto desiste espontáneamente la ejecución de los actos tendientes a la consumación del delito. La segunda ha de referirse a la tentativa acabada o delito frustrado en donde sólo es posible hablar de arrepentimiento.

Sobre este particular Ramos Bejarano expresa: "Que en la tentativa inacabada no puede hablarse con propiedad del arrepentimiento, sino del desistimiento respecto al acto o a los actos faltantes para la producción del resultado, más como éste no emerge por causas dependientes del querer del hombre, si duda no hay posibilidad de punición." (35).

---

(35) Ramos Bejarano, Francisco Javier. La Tentativa Inacabada. Ed. UNAM-Revista de la Facultad de Derecho de México. No. 53, T.XIV. Enero-Marzo 1964. p. 68.

En consecuencia, no podremos hablar de punibilidad en la tentativa si el agente desiste voluntariamente el producir el resultado, operando así en su favor una auténtica excusa absolutoria.

**C A P I T U L O   T E R C E R O****L A S   F R A S E S   D E L   I T E R   C R I M I N I S**

## EL ITER CRIMINIS

### I. CONCEPTO.

El delito desde que nace en la mente del sujeto como idea de cometerlo hasta su consumación sigue un desarrollo dinámico caracterizado por la descomposición de diferentes etapas; unas de carácter psicológico o subjetivo y otras de carácter material u objetivo. Este camino o desarrollo dinámico de lo ilícito penal se le ha denominado desde la antigüedad y especialmente desde el Derecho Romano "iter criminis" o camino del delito.

En efecto, como anotamos en líneas anteriores, el delito se descompone en diferentes etapas que tienen entre sí un contenido diverso. La primera de estas etapas llamada interna o subjetiva se desenvuelve en la interioridad del sujeto y se caracteriza por ser un proceso de tipo psicológico - mediante el cual el sujeto busca la forma de dar salida a su ánimo criminal por medio de actos materiales. Esta etapa ha sido considerada por los jus-penalistas como impune, merced al abismo que existe entre el pensamiento y la conducta.

Una vez que el pensamiento criminoso sale del momento interno y se proyecta en el mundo externo entramos a la segunda etapa del iter criminis denominada fase externa u objetiva o etapa ejecutiva del delito. En ella, una vez que el

sujeto ha resuelto continuar con su ánimo criminal busca la forma de materializar su idea delictiva proyectada en principio. Es el momento en que el sujeto materializa su idea en el mundo externo. La etapa externa esta compuesta a su vez por el estudio del proceso ejecutivo del delito que abarca a los actos preparatorios, los actos ejecutivos y la consumación.

## II. LA FASE SUBJETIVA.

La fase subjetiva o interna del iter criminis comprende el estudio de tres etapas que son:

1) La ideación; 2) la deliberación; 3) la resolución.

1) Como podemos ver, la fase interna comienza cuando surge en la mente del sujeto la idea de cometer en el futuro un delito determinado, es el momento en que en virtud de una razón cualquiera nace en la psiqué del agente la idea de cometer un ilícito penal. Esta idea puede ser rechazada en un principio y quedar anulada para pasar a formar parte de un recuerdo, o al contrario, puede suceder que ese ímpetu regrese con mayor fuerza dando así cabida a la segunda etapa de esa fase que es la deliberación.

2) La deliberación implica el estudio de prueba que ha de hacer el sujeto de la idea proyectada en su principio. En este estudio el sujeto analizará el pro y el contra de su idea --

inicial, estudiará los aspectos positivos y negativos, y de esta forma verá sus posibilidades de éxito si es que se llega a materializar su propósito delictuoso. En este proceso habrán de operar las fuerzas morales que actuarán de una y otra forma como los frenos que batallarán contra el ímpetu malvado del sujeto, serán las fuerzas inhibitorias que impedirán que la idea cristalice en el mundo exterior. Sin embargo, si estas fuerzas no son lo suficientemente fuertes darán paso a la tercera y última de las etapas de esta fase que es la resolución.

3) La resolución constituye la última etapa de la fase interna en virtud de la cual el agente dará respuesta a su impulso inicial, que como señalamos principia con la idea de cometer el delito. En esta etapa el sujeto determinará en definitiva su voluntad hacia un camino definido y que no puede ser otro que la consecución de un resultado con relevancia penal.

En esta forma queda agotada la fase interna del iter-criminis que por sí sola no constituye infracción en el campo del Derecho Penal. Así lo establece Pavon Vasconcelos al expresar "que la fase subjetiva no tiene transcendencia penal, pues siendo inexistente la materialización de la idea criminal en actos o palabras, es imposible la lesión de algún interés protegido penalmente; mientras la idea delictuosa permanece en lo íntimo de la conciencia, no se da infrac

ción alguna al orden jurídico. El Derecho regula, esencialmente, relaciones entre personas y por ello el pensamiento delinque, principio consagrado en la fórmula cogitatio-nis poenam nemo patitur, recogida en el Libro II de la Sép-tima Partida, en su Título 31, que proviene de la más vigo-rosa tradición jurídica romana". (1).

### III. LA FASE OBJETIVA.

Una vez agotado el proceso interno del iter ciminis en-tramos a la fase objetivo-material del delito. Esta fase co-mo indicamos en líneas anteriores esta caracterizada por la-materialización de los actos en el mundo externo, es decir,- que es el momento en que el sujeto realiza determinados ac-tos que apreciados objetivamente dejan entrever una voluntad criminal.

Malo Camacho señala que esta fase esta integrada por - dos momentos: el período que transcurre desde el principio - de la exteriorización de la voluntad hasta el momento ante-rior a la consumación, es decir, la actividad realizada con el fin de cometer un delito, y la etapa de consumación del delito, o sea en donde el efecto buscado ha sido realiza-do.

El período que transcurre desde el principio de la ex-teriorización de la voluntad hasta el momento de la consuma-ción plantea el problema de la tentativa del delito. (2).

---

(1) Pavon Vasconcelos, Francisco. La Tentativa. Ed. Porrúa. México. 1982, p. 11.

(2) Malo Camacho, Gustavo. Tentativa de Delito. Ed. UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México. 1971. pp. 28y29

La fase externa comprende también el estudio de los actos preparatorios y de los actos ejecutivos, esto es, abarca el análisis de este cúmulo de actos que van conformando la cadena delictiva. Sin embargo, como tendremos ocasión de ver, no todo es cúmulo de actos constituyen tentativa punible. En efecto, por un lado, existen actos que solamente preparan el delito, como acontece con los actos preparatorios; por el otro, existen otros que implican la realización del propósito delictuoso y que entran ya en contraste con la descripción delictiva expresada en cada tipo de delito. Estos actos se les denominan actos de ejecución.

Cabe destacar, que en la práctica se presentan además de los actos enunciados anteriormente casos de actos preparatorios considerados como delitos sui generis. Estos casos se les denomina dentro de la dogmática jurídico-penal como resoluciones manifestadas y que a continuación estudiaremos.

#### 1. RESOLUCIONES MANIFIESTAS.

Las resoluciones manifiestas son casos excepcionales de actos preparatorios que se les reprime con una pena en nuestra legislación penal como delitos per se. Estos casos a diferencia de los actos preparatorios constituyen ya la violación de un precepto incerto dentro del Código Penal. Las re-

soluciones de esta índole son la manifestación de voluntad - que se expresa por medio de la palabra o en forma escrita de una persona a otra con el fin de cometer un delito. El fundamento de su punición se basa, en que estas por su naturaleza misma implican un peligro actual e inminente de ciertos bienes jurídicos socialmente importantes y que el Estado protege preferentemente.

Pavon Vasconcelos señala que dicha resoluciones son - " el acto de voluntad mediante el cual el individuo exterioriza su idea criminal por medio de la palabra." (3).

El Código Penal para el Distrito Federal contempla algunos casos de resoluciones manifiestas que sanciona así como delitos.

En el artículo 13 fracciones I y V del Código Penal se establece que son responsables del delito:

- I. Los que acuerden o preparen su realización.
- V. Los que determinen intencionalmente a otro a cometerlo.

En el artículo citado se hace mención de dos tipos de resoluciones manifiestas. En la fracción I se cita el acuerdo para realizar el delito, si por acuerdo entendemos la expresión de voluntad entre dos o más personas con un fin determinado. Por el otro, la fracción V habla de la determinación que hace un individuo a otro con el propósito de mover su ánimo para realizar no otra cosa que un delito.

El artículo 123 en su fracción VI, relativo al delito-

---

(3) Pavon Vasconcelos, Francisco. Op. Cit. p. 11

de Traición a la Patria , hace mención a lo siguiente: " Tenga, en tiempo de paz o de guerra, relación o inteligencia con persona, grupo o gobiernos extranjeros...." Así sucede también en el Artículo 127, relativo al delito de Espionaje en su último párrafo, que a la letra dice: "Se aplicará la pena de prisión de cinco a cuarenta años y multa de mil pesos al extranjero que, declarada la guerra o rotas las hostilidades contra México, tenga relación o inteligencia con el enemigo o le proporcione información...."

La conducta descrita en los artículos antes citados es la relación o inteligencia que tenga una persona o grupo de personas nacionales o extranjeras para cometer algunos de los delitos mencionados en líneas anteriores. La relación o inteligencia supone el acuerdo o trato que puedan tener uno o varios individuos para romper el orden establecido en una Nación.

El mismo artículo 123 en su fracción XI hace mención de un caso más de resolución manifiesta. El citado precepto dice: " Invite a individuos de otro Estado para que hagan armas contra México o invadan el territorio nacional, sea cual fuere el motivo que se tome ...." Lo mismo sucede con el artículo 135 en su fracción I, relativo al delito de Rebelión y que a la letra dice: " Se aplicará la pena de uno a veinte años de prisión y multa hasta de cincuenta mil pesos al que:

I. En cualquier forma o por cualquier motivo invite a una rebelión.

Como podemos apreciar de la lectura de los anteriores - preceptos, la conducta que describe el tipo es la invitación, entendida ésta como la proposición que hace una persona a otras para la ejecución del delito. Pavon Vasconcelos - al referirse a la proposición como auténtica forma de resolución manifiesta la define como: "La invitación formal- hecha, por quien a resuelto delinquir, a otra u otras perso- nas para obtener su cooperación en la ejecución del delito,- constituyendo por tanto la simple invitación de cooperar a - delinquir (4).

La incitación es otra forma de resolución manifiesta - que el Código Penal sanciona como delito. Estos casos son:  
Artículo 125. Incitación para cometer Traición a la Patria.  
Artículo 130. Incitación para cometer Sedición.  
Artículo 131. Incitación para cometer Motín .

La incitación consiste en determinar directamente a - otro u otros a cometer un delito determinado, moviendo así - su voluntad (5).

En los delitos contra la Seguridad de la Nación, la - conspiración, es el último caso de resolución manifiesta - que el Código Penal contempla en su artículo 141 y que a la- letra dice: "Se impondrá pena de uno a nueve años de pri- sión y multa hasta de diez mil pesos a quienes resuelven de-

---

(4) Pavon Vasconcelos, Francisco. Op. Cit. p. 13.

(5) Enciclopedia Jurídica Omeba T.XVI. p. 77.

concierto cometer uno o varios de los delitos del presente título y acuerden los medios de llevar a cabo su determinación".

La conspiración consiste en la unión de varios individuos con el fin de realizar un delito determinado, aquel fin es para el delito que tratamos, el de atentar con la seguridad interior de una Nación.

"Dentro de los presupuestos de los delitos políticos - conspiración es la reunión de personas destinadas a la comisión de un delito político, o con mayor exactitud, la acción de unirse secretamente algunos contra el superior o soberano". (6)

Aún cabe señalar dos casos más de resoluciones manifiestas contenidas en nuestra legislación penal.

El Artículo 209 del Código Penal, regula la Provocación de un delito, al definirla de la siguiente forma: "Al que - provoque públicamente a cometer un delito, o haga la apología de éste o de algún vicio, se le aplicará prisión de tres días a seis meses y multa de cinco a cincuenta pesos, si el delito no se ejecutare. En caso contrario, se aplicará - al provocador la sanción que le corresponda por su participación en el delito cometido."

La razón de castigar este delito es la amenaza en que se encuentran ciertos bienes jurídicos que la misma Ley protege; en este caso la paz y la seguridad públicas, que se -

---

(6) Enciclopedia Jurídica Omeba. T. III. p. 1021.

encuentran en peligro, amén a la incitación que hace uno o varios individuos para provocar de esta forma desórdenes públicos.

Carranca y Rivas comenta que provocar es tanto como incitar, inducir, facilitar o ayudar. La provocación es cometer un delito, ha de ser directa y expresa. Sólo puede ser dolosa o sea con la voluntad y conciencia del agente de provocar la ejecución de un cierto y determinado delito.

Basta que se trate de un delito, o sea de un tipo delictivo, configurado en la Ley, o de cualquier conducta que por ello sea legalmente delictuosa. (7).

El delito de amenaza, es otro caso de resolución manifestada al que hacíamos alusión en línea anterior. Dicho caso se encuentra sancionado en el artículo 282 del Código Penal, que a la letra dice: " Se aplicará sanción de tres días a un año de prisión y multa de diez a cien pesos:

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

II. Al que por medio de amenazas de cualquier género trate de impedir que otro ejecute lo que tiene derecho a hacer".

La amenaza constituye como el Código lo establece un ataque, que si bien no constituye un ataque inmediato a los bienes jurídicos que el precepto protege si los pone en peli-

(7) Carranca y Rivas, Raúl. Código Penal Anotado. Ed. Porrúa. México, 1986 p. 505.

gro. De esta forma, la amenaza constituye el anuncio que le hace una persona a otra con el fin de causarle un daño futuro ya sea en su persona, en su honor, en sus bienes; o bien, en la persona, bienes, honor de un tercero a quien le este ligado un vínculo de parentesco o amistad.

Cabe añadir que la amenaza consiste en la manifestación verbal o escrita que ha de producir de quien la recibe una perturbación en su paz y tranquilidad de un mal de realización posible.

González de la Vega establece que "amenazar es dar a entender material o verbalmente que se quiere hacer un mal e injusto a otra persona en sí misma, en sus bienes, o en la persona o bien de un tercero relacionado.

La amenaza es un delito atacante de la libertad psíquica del amenazado y en ocasiones frecuentes pero no necesarias, tiene por objeto conseguir de éste determinada conducta positiva o negativa". (8).

En consecuencia, queda hecho aquí el análisis de algunos casos de actos preparatorios que nuestra legislación penal sanciona como delitos sui generis, en atención a la protección de ciertos bienes que son considerados importantes para la sociedad tal y como sucede con los delitos contra la Seguridad de la Nación o bien contra ciertas conductas que son atentatorias de la paz pública y que por lo mismo entrañan un peligro para ciertos bienes jurídicos.

(8) González de la Vega, Francisco. El Código Penal Comentado. Ed.-Porrúa, México, 1981. p. 395.

## 2. ACTOS PREPARATORIOS Y ACTOS DE EJECUCION.

Como parte integrante de la fase externa del delito, - los actos preparatorios y los actos ejecutivos han sido motivo de estudio por los más eminentes tratadistas de derecho penal de mucho tiempo atrás, con la finalidad de establecer un criterio de distinción entre dichos actos. Esa investigación ha sido destacada entre otros autores como Beling, Carrara, Mezger, Manzini y en nuestros país por Ramón Palacios, Pavon Vasconcelos y Malo Camacho.

Esa investigación ha tenido como principal preocupación, por un parte, distinguir el acto preparatorio de naturaleza impune del acto ejecutivo de naturaleza punible; - por el otro, el determinar en que momento se tiene por comenzada la ejecución del delito.

Para nosotros, esa investigación es de amplia relevancia jurídica, ya que, no todos los actos que forjan la cadena delictiva y que son ejecutados por el sujeto para la realización de su propósito delictuoso constituyen tentativa punible. En efecto, existen actos que tienen por finalidad - el de preparar el delito, que si bien, tienen en la mente - del autor la intención de conseguir, el de llevar a término una determinada conducta delictiva, son de naturaleza inocente, es decir, no entran en contradicción con el precepto jurídico que prevee la presunta actividad delictuosa a la

cual el sujeto se encamina. Esto acontece con los actos preparatorios que son aquellos por medio de los cuales el sujeto hace el acopio de los medios e instrumentos que le han de servir para la ejecución del delito. Por estas razones se ha sostenido en forma unanime - a no ser por la Escuela Positiva, la cual mantiene el castigo para este tipo de actos por manifestar ya un propósito criminoso, por remoto que éste sea -, que este tipo de actos son de naturaleza inocente y por lo mismo impunes ya que pueden tener por finalidad un fin lícito como ilícito, además de que no extrañan violación a precepto penal alguno.

Cabe señalar algunos ejemplos de actos preparatorios que nos permitan ilustrar nuestros argumentos. La persona - que acude a una tienda para comprar un revólver puede servir ya sea, para ir a un club de tiro para practicar el tiro al blanco, o bien, para preparar un homicidio. Ahora, en caso - de que esto último sucediera no se puede determinar con exactitud cuando acontecerá el evento, a nuestro parecer quizá - nunca, ya que en esta etapa puede operar en el sujeto el - desistimiento. De esta forma no podemos invocar en estos - primeros actos un tentativa de homicidio.

También cabe citar el caso de quien acude a una farmacia con el fin de comprar una sustancia química o veneno, - éstos pueden servir para preparar una sustancia o mezcla química, o bien, para procurar el envenenamiento de alguna -

persona. En fin, estos son algunos casos de tantos actos preparatorios que si bien en la mente del sujeto persiguen un fin delictuoso, son equívocos, según terminología de Carrara, es decir, que no se puede precisar con certeza que vayan encaminados al delito.

A diferencia de los actos preparatorios, los ejecutivos son aquellos que constituyen un comienzo de ejecución del delito proyectado. La fórmula del "comienzo de ejecución" fue adoptada por primera vez en el Código Penal Francés de 1810, que la incluía en su definición de la tentativa en el artículo 2o. y que sería la fórmula que posteriormente le imprimirían a sus cuerpos legales legisladores de otros países. Sin embargo, la fórmula del "comienzo de ejecución" adoptada por el Código Penal de Francia se prestaría a serias objeciones, ya que si bien es cierto que daba una solución al abstruso problema de la distinción entre los actos de ejecución, también lo es, que no señalaba en que momento se tenía por comenzada la ejecución del delito.

A nuestro parecer, el determinar cuando estamos en presencia de los actos de ejecución, por lógica jurídica se impone acogernos al verbo núcleo del tipo de la correspondiente figura delictiva a la cual el sujeto dirige sus actos para precisar de esta forma, si el sujeto con su actuación ha invadido ya la esfera de incriminación estipulada en la norma penal (tipo delictivo), o bien, con su actuar esta en -

vías de romper la barrera de lo ilícito. En estos casos, es el tipo el que nos puede dar una guía más o menos segura para establecer si estamos en presencia o no de actos de ejecución.

Para tal efecto, la doctrina ha creado diversas teorías que han pretendido dar solución al problema que nos ocupa, - esto es, el de distinguir, por un lado, el acto preparatorio del acto ejecutivo, y por el otro, el señalar el momento en que comienza la ejecución del delito. A continuación daremos a conocer algunas de las teorías que han sido de trascendencia en el ámbito de la tentativa.

#### IV. CRITERIOS DE DISTINCION ENTRE LOS ACTOS PREPARATORIOS Y LOS ACTOS DE EJECUCION.

##### 1. TEORIA DE LA UNIVOCIDAD DE CARRARA.

Este autor elaboró su teoría de la univocidad en la que proyecta lo anterior como punto de arranque para distinguir el acto preparatorio del acto ejecutivo. Carrara enseña que los actos preparatorios son de naturaleza equívoca ya que no se puede establecer con claridad que vayan encaminados al delito; a diferencia de los ejecutivos que son de naturaleza unívoca, dando a entender con esto que con dichos actos se puede apreciar su vinculación con el delito.

El autor en cita define a la tentativa "como cualquier acto externo que por su naturaleza conduce unívocamente a un resultado criminoso, y que el agente dirige con explícita - voluntad a ese resultado, pero al cual este no le sigue, ni tampoco la lesión de un derecho superior o equivalente al - que se quería violar " (9). Con esta definición Carrara apun - tó diversas características que deben tomarse en cuenta para saber, en su concepto, que estamos en presencia de actos - de tentativa.

El acto externo es la primera característica que anota en su definición, descartando de esta forma los deseos, los pensamientos, las deliberaciones, los acuerdos o las ing - tigaciones por carecer éstos de un principio de ejecución y - porque no hacen siempre cierta la intención de ejecutar.

La segunda característica que advierte en su definición y que es la base de su teoría es que estos actos externos - conduzcan unívocamente el delito. Sobre este punto, Carrara afirma, que mientras el acto externo sea de tal índole - que pueda conducir así al delito como también a una acción - inofensiva, no tendremos sino un acto preparatorio, que - no puede imputarse como tentativa. El distingue a los actos - preparatorios de un modo absoluto o de manera contingente. - Son preparatorios de manera absoluta aquellos actos en que - falta por completo el carácter de principio de ejecución. - Tales son, por ejemplo, la adquisición de armas y la com -

---

(9) Carrara, Francisco. Programa de Derecho Criminal. Parte General. V.I. Ed. Témis. Bogotá, 1971. p. 246.

pra de venenos.

En cambio, son preparatorios de manera contingente los actos que respecto a determinada intención del agente pueden tener la índole de comienzo de ejecución del delito, y pueden ofrecer un peligro actual, pero muy a menudo deben considerarse como meramente preparatorios por la carencia de univocidad, y dejarse impunes, porque no se tiene la certeza de que tendieran a un delito. (10).

El citado autor señala que cuando esos actos se hallan acompañados por condiciones materiales de una índole tal que manifiestan sin duda estar dirigidos a un delito determinado, pueden sin error castigarse como tentativa, porque existe en ellos el carácter de ejecutivos. Carrara pone como ejemplos, el caso del enemigo que portando un puñal se introduce en su habitación mientras duerme; o el caso de los ladrones, que, provistos de ganzúas, escoplos y recipientes adecuados para el transporte, penetran en la casa donde se encuentra un botín, el juez, con sobrado motivo, podrá ver en esa introducción clandestina y violenta, el carácter de tentativa de homicidio, de tentativa de hurto, etcétera. (11).

En esta forma, Carrara considera a los actos preparatorios de naturaleza impune, ya que como el mismo refiere no hacen siempre cierta la intención de ejecutar. A diferencia de los actos preparatorios que están acompañados de caracte-

---

(10) Carrara, Francisco, Programa. V. I. pp. 247 a 249.

(11) Idem. Parágrafo 358.

rísticas tales que nos permiten apreciar en ellos ya no el carácter de preparatorios sino el de ejecutivos en vista de la naturaleza de los actos ejecutados por el sujeto.

Más adelante, Carrara hace una modificación a su teoría de la univocidad, tomando como base el criterio de la cantidad en la tentativa, o sea, de su fuerza física, y que esta aumenta o disminuye según el momento en que se detuvo la acción esté más o menos próxima al último acto consumativo. En este criterio se basa para hacer la distinción entre tentativa remota y tentativa próxima. Cabe mencionar también la distinción que el mismo autor hace de los sujetos que intervienen en la tentativa; así distingue entre el sujeto activo primario y secundario del sujeto pasivo de la tentativa y de la consumación.

Carrara señala que "un delito se compone de una serie de fases físicas, representada cada una de ellas por un acto por el cual el malvado avanza hacia el fin que se ha propuesto. Cuando el desarrollo de esas fases de acción se interrumpe, tenemos una tentativa, cuya cantidad resulta de la serie de fases que ha recorrido el agente, puestas en relación con las que quedaban por recorrer. Cuanto mayor sea la serie de actos que quedaban por realizarse para consumir el delito, tanto mayor será la cantidad de la tentativa, tanto mayor será el peligro, y, en consecuencia, tanto mayor deberá ser por este aspecto, la imputación." (12).

---

(12) Carrara, Francisco. Opúsculos de Derecho Criminal. V.I. Ed. Témis. Bogotá, 1976, p. 339.

Carrara advierte que en el camino que sigue el delincuente para llegar al delito se deben distinguir diversas etapas. En primer término parte del acto interno, que por sí sólo no presenta elementos de imputabilidad política. Continuando adelante nos encontramos con los primeros movimientos que esa decisión voluntaria le imprime al cuerpo del reo, - los cuales, por faltarles dirección unívoca al delito, no son imputables, y así nos hallamos ante los actos preparatorios. Después encontramos los actos que manifiestan una dirección cierta hacia el delito, pero que aun estan lejos de su consumación, y entonces nos hallamos ante la tentativa remota. Para que por último nos encontremos con otros actos, a partir de los cuales sólo falta un breve intervalo para consumir el delito, y así estaremos ante la tentativa próxima. (13).

Cabe distinguir, según la terminología empleada por Carrara en su teoría, los sujetos que intervienen en la tentativa y estos son, por un lado, el sujeto activo primario que será el agente, o bien, la persona destinada a cometer el delito y el sujeto activo secundario que son los instrumentos u objetos de los que se vale para cometer el delito; por el otro; el sujeto pasivo lo subdivide en sujeto pasivo de la tentativa, que será, todo aquello sobre lo que recaen los actos ejecutivos precedentes a la consumación y denomina se sujeto pasivo de la consumación, todo aquello sobre que-

---

(13) Carrara, Francisco. Opúsculos. pp. 340 - 341.

recaen los actos consumativos del delito. (14).

La distinción que el autor hace de la tentativa, al clasificarla en tentativa remota y tentativa próxima la simplifica de la siguiente manera: " Parece que la tentativa pasa del grado de remota al grado de próxima cuando el culpable, hayándose ya en el lugar destinado a la acción, obra sobre el hombre o sobre la cosa en que debe consumarse el delito. Así, el ladrón, mientras se provee de escoplos y de escaleras, o mientras se dirige a la casa donde se dispone a robar, o mientras espía la ocasión de penetrar en ella, no efectúa sino actos preparatorios. A su parecer se pone en camino de la tentativa cuando apoya la escalera en el balcón o introduce el escoplo en la puerta; pero su tentativa es remota, porque sus actos recaen sobre el sujeto pasivo de la tentativa, y no sobre el sujeto pasivo de la consumación.

Se considera responsable de tentativa próxima cuando, habiendo entrado en la casa, se dirige hacia los objetos que piensa robar y comienza a obrar inmediatamente sobre el objeto en que deba recaer el acto consumativo, objeto que se encuentra en su presencia. Entonces la acción sobre el sujeto pasivo de la consumación ya se ha iniciado o por lo menos es inminente. Así, el cocinero que adquiere y diluye la sustancia venenosa, realizará un acto simplemente preparatorio de envenenamiento; cuando lo arroja en la olla de-

---

(14) Carrara, Francisco. Opúsculos. pp. 312 - 313

la sopa, entra en el camino de la ejecución, y, por lo mismo de la tentativa, pero siempre está dentro de la tentativa remota; sólo cuando viene a servir en la mesa la sopa ---- es cuando se hace responsable de tentativa próxima". (15).

Así expuesta la teoría de Carrara, cabe hacer mención de algunas consideraciones.

El primer planteamiento que hace Carrara en su teoría es el concepto de la univocidad, entendiéndolo éste como la dirección cierta manifiesta, de los actos externos hacia un determinado delito. El problema que se plantea el autor, es el de distinguir entre los actos preparatorios y los actos ejecutivos. La distinción se hace manifiesta con la univocidad; al establecer que los actos preparatorios son de natura leza equívoca, a diferencia de los actos ejecutivos que son unívocos. El autor puso énfasis en que esta fórmula es ta suspendida a circunstancias variables, según los casos e indefinibles a priori con una expresión general, que suministra, no obstante, un criterio suficientemente positivo en la vida práctica. También hace hincapié en la univocidad al señalar que en la preparación criminal podrá haber duda a cerca de a cual delito se enderezan los actos de ejecución, pero si es cierto que iban encaminados a un delito; - señala que podrá haber incertidumbre respecto a los delitos posibles que se pueden ejecutar con dichos actos. El supone que la duda se resuelve por la regla que otorga preferencia-

---

(15) Carrara, Francisco. Opúsculos. p. 349.

a la suposición más benigna.

Carrara en su afán de dar solución al primer planteamiento de su teoría y de poder precisar en que momento se - se pueden tener como punibles los actos ejecutivos y el momento en que da comienzo la ejecución del delito; lo hace distinguiendo entre lo que él denomina tentativa remota y tentativa próxima. Para tal efecto, distingue - como ya anotamos en líneas atrás-, entre el sujeto pasivo de la tentativa y el sujeto pasivo de la consumación. Habrá tentativa remota cuando los actos se realizan sobre el sujeto pasivo de la tentativa y encontramos tentativa próxima cuando los actos estén destinados a recaer sobre el sujeto-pasivo de la consumación.

De esta forma, Carrara abarca lo que él denominó - teoría de la univocidad, sin dejar a un lado, por lo que - hace al último punto de su teoría que aquellos que confundan los actos preparatorios con el conato remoto podrán sostener perfectamente la no imputabilidad, pero destruyen, una-distinción prácticamente utilísima para la equitativa distribución de las penas. Los otros, por el contrario, manteniendo la diferencia entre conato remoto y actos preparatorios le atribuirán cierto grado de imputabilidad. (16).

## 2. TEORIA DEL TIPO DE BELING.

Sin duda una de las teorías que más se acerca a la ver-

---

(16) Carrara, Francisco. Teoría de la Tentativa y la Complicidad o del Grado en la Fuerza Física del Delito. Ed. Góngora. Madrid, 1926.p.158.

dad para distinguir el acto preparatorio del acto ejecutivo y el de establecer cuando se comienza la ejecución del delito nos la da Beling, quien recurrió para dar solución a este problema al núcleo del tipo de cada figura delictiva. - El autor advierte que cada tipo delictivo esta caracterizado por la descripción de una determinada actividad, quien para llegar al fin penetra en la periferia del núcleo del tipo y comienza la ejecución del delito. Beling conoce que "el deslinde entre preparación y ejecución surge objetivamente en cada caso del contenido de cada delito-tipo". (17).

Para este autor seran acciones preparatorias aquellas actividades que no son todavía adecuadas al tipo. Por el contrario son actividades ejecutivas, como ya lo hemos señalado, aquellas que expresan un comienzo de ejecución del verbo-núcleo del tipo. Es por ende comienzo de ejecución del tipo de homicidio el "comenzar a matar"; del tipo del robo el "comenzar a robar".

Pero a pesar de que en sus inicios la teoría de Beling parecía dar solución al problema que nos ocupa, surgieron algunos inconvenientes en el sentido de que en la realización del evento criminoso expresado en el verbo principal del tipo no se efectuará por el sujeto activo. Para tal efecto se acudió a la fórmula de los "complementos de la acción". Sin embargo, el problema radicaba en establecer cuando dichos complementos dejan de ser preparatorios para -

(17) Beling, Ernesto Von. Esquema de Derecho Penal. La Doctrina del Delito-Tipo. Ed. Depalma. Buenos Aires, 1949. p. 102.

pasar a formar parte del proceso ejecutivo del delito.

Beling clasifica a dichos "complementos de la acción" - de la siguiente forma:

a) Cuando la acción se complementa por la sólo fuerza natural. Para tal efecto puede citarse el caso del sujeto que - aprovechando las altas horas de la noche abre la llave del gas en la habitación continúa en donde descansa su víctima, - ocasionando de esta forma que escape el gas tóxico que más tarde producirá la muerte del enemigo.

b) Cuando la acción se complementa por la acción de un tercero inocente que ignora el carácter delictivo del acto. En este caso se puede citar el ejemplo del mensajero que se - encargará de hacer la entrega de los dulces envenenados, ignorando que dicha carga es letal.

c) Cuando la acción se complementa por la propia conducta - del autor o la conducta de un tercero culpable . (18). Es - el caso del cocinero que conociendo el carácter delictivo de la conducta a desplegar arroja a la comida el veneno que - más tarde servirá en la mesa.

El problema de los complementos de la acción ya había - sido advertido por Carrara, quien señaló que no puede hablarse de delito frustrado en la presentación de la comida - envenenada. El último acto consumativo del envenenamiento - no puede ser otro que la deglución. En tal caso mientras no - se ha comido la vianda, el cocinero, después de haberla -

(18) Cfr. Frías Caballero, Jorge. El proceso Ejecutivo del Delito. Ed.- Bibliográfica Argentina. Buenos Aires, 1956. pp. 141 a 143.

presentando e inducir a comerla, puede arrepentirse y arrojar la vasija que la contiene. Carrara señala el caso del enemigo que prepara una celada sobre una vía para que su adversario caiga y muera; en tal caso, hace alusión del "complemento de la acción" cuando la acción se complementa por la propia conducta de la víctima. En este caso no obra la mano del reo, sino el cuerpo mismo de la víctima. Los miembros de ésta hacen las funciones del instrumento del reo; éste, después de haber realizado la tentativa con sus propias manos, persiste en su mal propósito, permitiendo que otro realice por él aquel último acto material que representa la consumación. Decir consumado el envenenamiento de un hombre con el sólo hecho de envenenar la comida, no convence; y se llega al absurdo de admitir homicidio frustrado -- en actos que pudieran preceder en meses y aún en años al momento destinado, según el propósito del culpable, para la muerte. El equívoco nace de la influencia indebida, que ejerce sobre el ánimo la circunstancia de que el acto -- constitutivo del momento de consumación del delito no deba realizarse por el mismo culpable con su propia mano, sino con la de un tercero inocente y con la de la misma víctima. Esta circunstancia es, sin embargo, un accidente, que en nada modifica las condiciones ontológicas ni las jurídicas del delito. Ontológicamente, aquel acto sucesivo -- (realícese por la víctima o por un tercero inocente), es indispensable a la esencia de aquel delito, porque sin él -

la violación del derecho no puede consumarse. Jurídicamente aquel acto (del tercero inocente o de la víctima) es imputable al malhechor, el cual voluntariamente se valió de la mano de aquellos para consumar el delito. Luego, si ontológicamente aquel acto es necesario para completar la subjetividad esencial al delito; éste no considera subjetivamente perfecto mientras dicho acto no se realizó.- Y si aquel acto (aunque materialmente de otro) es jurídicamente la responsabilidad del culpable una vez realizado, indispensable parece que esa responsabilidad sea menor cuando aún contra su querer no se realizó. (19).

De esta forma Carrara estableció dos formas de completar la acción desarrollada por el sujeto para llegar al fin que se ha propuesto, esto es, utilizando para ello la actividad de la propia víctima o bien la acción de un tercero inocente o culpable .

Ahora bien, a pesar de que la teoría del tipo instaurada por Beling resultó ser un aporte sustancial en la solución al problema de la distinción de los actos preparatorios y los actos de ejecución, en nuestra opinión, no solucionó del todo el problema de señalar cuando se tiene por iniciada la ejecución del delito, al establecer que se esta en presencia de los actos de ejecución cuando se comienza a ejecutar la acción particular expresada en el tipo. De tal suer-

---

(19) Carrara, Francisco. Teoría de la Tentativa, pp. 159-160.

te, que en el homicidio, se estará en presencia de actos de ejecución cuando se comienza a matar o en el robo cuando se comienza a robar. Sin embargo, el criterio del "comienzo de ejecución" sustentado por Beling no resultó ser suficiente para establecer cuando estamos en presencia de actos de ejecución tomando como único apoyo la fórmula sustentada por el autor. Con esto, queremos dejar claro que no nos oponemos a la tesis proporcionada por Beling, sino por el contrario, de los numerosos criterios esgrimidos por diversos autores, el de Beling parece ser el que más ha ayudado a dar luz al problema que nos ocupa. Pero si además de la fórmula del "comienzo de ejecución" se añadieran aspectos materiales que acompañan a dicho acto se redondearía en una forma más nitida el aspecto de valorar fehacientemente la conducta desplegada por el sujeto a fin de llegar a la meta que se ha propuesto.

### 3. DIVERSAS TEORIAS.

A su vez, Edmundo Mezger, figura como otro de los tratadistas que han pretendido dar solución al problema del comienzo de ejecución en la tentativa, tomando como base el apoyo del criterio objetivo-formal y material. El criterio objetivo-material considerará que existe tentativa en todos los actos que por su necesaria correspondencia con la acción-

típica se presenta, por su estructura natural (objetiva) - como su parte integrante o que ya producen una directa puesta en peligro del objeto protegido. (20).

El criterio objetivo-material tomo como punto de partida el peligro en que se ve inmerso el bien jurídico y la inclusión de las acciones que, por su vinculación necesaria - con la acción típica, aparecen, según una natural concepción, como parte integrante de ella. (21).

Mezger comienza por señalar que fundamentalmente las - meras acciones preparatorias son impunes, a diferencia, en - cambio, de las auténticas acciones de tentativa. Este autor advierte que la punibilidad empieza en el momento en que se inicia la realización de la resolución de actuar. Congruente con lo que establece el artículo 2o. del Código Penal Francés, la tentativa requiere, un principio de ejecución de este crimen o delito, esto es, del crimen o delito que el autor ha resuelto cometer y que se ha -- propuesto.

Mezger, opuesto al criterio subjetivo sostenido por la jurisprudencia Alemana comenta, que el deslinde entre meras acciones preparatorias y acciones de tentativa no puede quedar determinado "subjetivamente" según la intensidad mayor o menor de la voluntad delictiva, por cuanto, de no mediar una firme e incondicional voluntad de actuar, la punibilidad no se puede tomar en cuenta. El acude a criterios de - carácter "material" al sostener, que por importante que sea

(20) Wessels, Johannes. Derecho Penal. Parte General. Ed. Depalma. Buenos Aires, 1980. p. 175.

(21) Zaffaroni Raúl, Eugenio. Manual de Derecho Penal. Ed. Córdenas - Editor. México, 1986. p.646.

esta demarcación "formal", él se refiere al criterio objetivo que delimita la acción ejecutiva al tipo legal; que se basa en el texto legislativo, no puede solucionar, por sí sola, esta cuestión; en este caso, como en los demás, la demarcación formal se debe conectar con criterios "materiales." (22).

Como podemos ver, Mezger acude a la solución del comienzo de ejecución apoyado en el criterio objetivo-material. Sin duda, no descarta, como acabamos de decir, que en la solución formal del problema del comienzo de ejecución se debe tomar como base el tipo legal pero añadiendo aspectos materiales, esto es, al peligro en que se encuentra el bien jurídico tutelado por la norma.

En similares términos se proclama Maurach, quien siguiendo los postulados señalados por Beling, acude a la solución del problema del "comienzo de ejecución" a la estructura del tipo de la figura respectiva; diciendo que de la configuración del tipo particular depende que se pueda hablar ya (característica de la tentativa) de un comienzo en la realización del delito. El autor continúa diciendo que no hay dificultad alguna si el autor ha realizado ya de modo cognocitable, una parte de la imagen rectora típica, pues en este caso no ha preparado simplemente el comienzo de la acción ejecutora, sino que ha realizado ya una parte del tipo, existiendo pues, sin lugar a dudas, una tentativa.

(22) Mezger, Edmundo. Derecho Penal. Parte General. T.I. Ed. Cárdenas-Editores. México, 1985. p. 281.

En su concepto, existe tentativa de homicidio cuando - la escopeta falla, el disparo no da en el blanco, o bien tentativa de robo cuando el autor prefiere la amenaza o emplea la fuerza sin llevar a cabo aún la sustracción de la cosa; - existe tentativa de violación cuando el autor, a pesar de - aplicar la fuerza, no consigue ejecutar en la persona el - yacimiento .(23).

En esta forma, Maurach soluciona el problema del comienzo de ejecución al exponer que nos encontraremos en presencia de actos de tentativa, cuando dichos actos inciden - ya en la esfera de incriminación del tipo legal.

El autor acude a la solución en la delimitación del peligro, en la tentativa al criterio objetivo, es decir, desde el punto de vista del observador imparcial, atendiendo a - las reglas de la experiencia general de la vida; existe tentativa si el acto realizado por el autor representa, según - la experiencia de la vida una amenaza inmediata al bien - protegido, precisamente porque la cadena causal impulsada - por el autor, conduce de modo adecuado al curso típico del suceso. (24).

Por último dentro de la Escuela Alemana destaca también el pensamiento proclamado por Welzel, quien a diferencia - de sus predecesores sustenta su tesis en el criterio objetivo-individual, el cual toma en cuenta para establecer - la diferencia, el plan concreto del autor, no pudiéndose -

---

(23) Maurach, Reinhart. Tratado de Derecho Penal . T. II. Ed. Ariel. Bar celona, 1962. p. 175.

(24) Idem. p. 175.

señalar la distinción entre acto preparatorio y ejecutivo - haciendo a un lado el plan concreto del agente. Por otra parte, el autor indica "que el hacer punible empieza fundamentalmente cuando el autor mismo inicia la acción insoportable desde el punto de vista etico-social, esto es, con la tentativa, el hacer acreedor de una pena empieza con la actividad con que el autor se pone en relación inmediata con la acción típica". (25).

Welzel afirma " que las tentativa comienza con aquella actividad con la cual el autor, según su plan delictivo, se pone en relación inmediata con la realización del tipo delictivo. Siempre hay que partir de la acción típica del tipo - delictivo particular. A esto se agrega la comprobación individual de si el autor, de acuerdo a la disposición de su plan delictivo, se puso en actividad inmediata a la realización típica ". (26).

Ejemplificando, el autor hace hincapié en que el -- ponerse en actividad respecto de la acción de matar y consiguientemente la tentativa de homicidio, no comienza sólo con el hecho de disparar el arma, sino ya con el hecho de hacer la puntería, y aún, según las circunstancias, con el desenfundar el revólver cargado , en la medida que el autor, según su plan delictivo, se pone en actividad inmediata para matar. Tentativa de hurto es el deslizarse a hurtadillas frente al desván ajeno, el entrar a hurtadillas en el piso superior.

(25) Welzel, Hans, Derecho Penal Alemán. Parte General. Ed. Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 1970. p. 260.

(26) Welzel, Hans, Op. Cit. p. 263.

El acude en la solución del " comienzo ejecución" apoyándose en la teoría objetivo-individual al establecer " que lo que es importante en el enjuiciamiento del principio de - ejecución resulta sobre la base del plan individual del autor, y no desde el punto de vista de un observador hipotético que no conoce el plan delictivo. Ya que las más para la realización del delito son de variedad ilimitada, el principio de ejecución depende siempre del plan individual, del autor " . (27).

En síntesis, podemos establecer que dentro de la teoría objetiva, la de Beling fue el punto de arranque para dar - solución al problema de la distinción entre los actos preparatorios y los ejecutivos y el comienzo de ejecución - en la tentativa al señalar como mínimo de ilicitud penal - el que dichos actos ejecutivos entren ya dentro de la esfera de incriminación del tipo legal. Sin embargo, la teoría de Beling resultó insuficiente para dar solución a problema del comienzo de ejecución y como bien señaló Jiménez de Asúa, ésta debía de ser mejorada y perfeccionada en aras de dar respuesta al problema que nos ocupa. A nuestro parecer, dicha teoría encontró apoyo en otros teorías que le precedieron y que ayudaron a encontrar la respuesta al problema de la tentativa.

En nuestro concepto, podemos decir, que la solución -

---

(27) Idem. p. 264.

del comienzo de ejecución estriba en valorar en cada caso concreto el plan individual del autor, tomando en consideración si los actos desplegados por el autor inciden, por un lado en la esfera de incriminación del tipo legal y por el otro, si dichos actos implican ya una amenaza al bien jurídico tutelado por la norma.

#### 4. TEORIAS SUBJETIVAS.

Las teorías subjetivas, por su parte y a diferencia de las objetivas, le restan importancia a la distinción entre los actos preparatorios y los actos ejecutivos, ya que para esta corriente aquella intención por remota o lejana que ésta sea respecto al resultado, ya es la manifestación de una peligrosidad criminal y por ende debe de ser reprimida.

Entre los principales exponentes del subjetivismo, cabe destacar entre otros a Rafael Garófalo y a Enrique Ferri.

El primero de ellos señala, que es posible determinar la punibilidad de los actos preparatorios cuando estos se cometen por delincuentes habituales de la figura especial de delito que ejercitan. Para tal efecto, cita algunos ejemplos que cabe señalar y que ilustran mejor su idea. Un falsificador de moneda, condenado ya por este crimen, prepara todos los utensilios, compra los que le faltan y dispone los menores detalles para emprender la acuñación; un

estuprador reincide, induce a una niña a entrar en su habitación, la sienta en sus rodillas y la acaricia; un ladrón - fugado de la cárcel se arma y se acerca a la casa donde vive un rico propietario. Si estos hechos -añade- no han podido llegar a su término porque han ocurrido obstáculos independientes de la voluntad del agente, son verdaderas tentativas criminales; en realidad la intención esta manifestada de tal modo, que no puede dudarse del éxito que hubieran tenido sin la existencia del obstáculo. (27).

El autor concluye diciendo que los actos preparatorios o sean los de ejecución no inmediata deben considerarse como verdaderas tentativas criminales en los delincuentes habituales o incorregibles. (28).

Cabe señalar, que la exposición hecha por Garófalo respecto a la tentativa se presta para hacer el siguiente comentario, por parecernos incompleta, esto es, en cuanto que el autor hace mención de que los actos preparatorios deben considerarse como verdaderas tentativas criminales cuando sea cometidas por delincuentes habituales o incorregibles, afirmación esta, que nos parece acertada, sin embargo, el autor acude a la solución del problema en forma parcial al aludir únicamente a los delincuentes habituales, eludiendo así a los sujetos que no lo son, sin dar una respuesta a esta cuestión que nos parece importante. Pero a pesar de todo esto, el autor refiere más adelante que la intención juega

(27) Garófalo, Rafael. La Criminología. Ed. Daniel Jorro.- Madrid, 1912. p. 366.

(28) Idem. p. 367.

un papel relevante cuando en vista de un obstáculo el agente no ha podido llevar a fin su propósito delictuoso; poniéndose de manifiesto que en la Escuela Positiva se juzga la intención sin tomar en consideración si los actos ejecutados o en vías de ejecución sean preparatorios, o bien, cuando a estos aun no se les puede considerar como un comienzo de ejecución.

A su vez, Ferri advierte que la teoría objetiva materializa la justicia penal, dando un valor tiránico a los resultados materiales y exteriores de la acción humana y beneficiando así incluso a los delincuentes más peligrosos, por virtud de los meros accidentes fortuitos que le son favorables: con la teoría subjetiva se espiritualiza unilateralmente la justicia penal, dando un valor tiránico a la sola intención del delincuente y separándola de su actividad exterior y de la personalidad de aquel.

Considerando, en cambio, el delito como un hecho natural y social, en lo que respecta a la defensa social, como síntoma de la peligrosidad del delincuente, es lógico sostener que la tentativa del delito es ya una manifestación perfecta y concreta de la personalidad antisocial de su autor.

Es posible, no obstante, afirmar que la peligrosidad o antisocialidad de un hombre puede determinarse con arreglo a los caracteres de su personalidad en referencia a su -

conducta social, incluso antes de que cometa o haya intentado cometer un hecho punible.

Ahora bien, esta probable peligrosidad puede dar origen a medidas de prevención social personal.

La tentativa del delito constituye, por tanto, el mínimo de actividad antisocial necesaria para que se pongan en movimiento los engranajes de la justicia penal, porque bien, como conato próximo, bien como conato remoto constituye, con la agresión contra el derecho, la manifestación positiva de una personalidad criminal.

La cantidad o calidad de la sanción que convenga al autor de una tentativa de delito dependerá, como siempre, de los actos objetivamente realizados en referencia a la mayor o menor peligrosidad personal que se manifiesta en ellos. (29).

Como podemos observar, Ferri toma como fundamento de la punibilidad en la tentativa la peligrosidad demostrada por el agente aun cuando los actos realizados provengan, o bien, de un acto preparatorio o por el contrario de un acto ejecutivo, contrariando así lo que el mismo autor había señalado cuando advierte por un lado, que se cae en el extremo de tomar unicamente en consideración el acto para castigar la tentativa, lo cual es motivo de estudio por la corriente objetivo-formal, o por el otro lado la intención o peligro demostrado por el sujeto en la Escuela Positiva. Sin embargo, debemos tomar partido por la Escuela Positiva-

---

(29) Ferri, Enrique. Principios de Derecho Criminal. Ed. Reus. Madrid - 1933, p. 596 y 597.

en lo concerniente al delito imposible, ya que si bien es cierto que en el delito imposible no es dable el resultado material por falta de objeto jurídico o porque los medios utilizados por el agente son ineficaces, si es una muestra clara de la personalidad antisocial del delincuente para lo cual debemos atender a lo señalado por Ferri en cuanto a las medidas de seguridad aplicable en tales casos.

## CAPITULO CUARTO

## LA TENTATIVA

### CONCEPTO DE TENTATIVA

Para comenzar, debemos decir que el surgimiento de la figura delictiva de la tentativa se debe al Derecho Penal -- Liberal y en particular al Derecho Penal Alemán, quien consagró en la Ley Carolina los lineamientos rectores de la figura a estudio. La creación de la figura amplificadora obedeció a la necesidad de sancionar aquellas conductas encaminadas a producir un resultado si éste no se realizaba por causas independientes de la voluntad del agente.

En nuestro concepto, esta labor que se fue perfeccionando a través del tiempo y que nació en el Derecho Romano -- rindió finalmente sus frutos ya que era indispensable reprimir aquellas conductas, que si bien no llegan a consumarse, sí ponen en inminente peligro los bienes que el Derecho Penal salvaguarda mediante las normas ya preestablecidas.

Como todos sabemos, el Derecho Penal tiene entre otras funciones tutelar los bienes jurídicos por medio de sus normas y cuya violación implica una transgresión del orden jurídico y como consecuencia de esto el delito, sin embargo, si la violación de la norma penal daba como resultado la creación de un ilícito o bien un delito, se hacia necesario entonces, el crear una figura específica, que si bien no colmaba todos los elementos requeridos por el tipo -- al menos si los ponía en peligro. Es por esto, que si en-

todo delito es necesaria la producción de un resultado, salvo la excepción de los delitos formales, al no existir éste se hacia nugatoria la represión penal. En términos semejantes se conduce Jiménez Huerta al señalar: "en la tentativa se ponen en inminente riesgo por la conducta del agente los propios bienes jurídicos tutelados por el tipo penal a cuya ejecución va dirigida dicha conducta. Resulta, por tanto, lógico y congruente con los propios fines del Derecho Penal tutelar los bienes jurídicos no solamente del daño de que pueden ser objeto, sino también del peligro que pudiera afectarlos." (1).

En consecuencia , podemos señalar, que la tentativa se constituye como un delito imperfecto o como dice Carrara es un delito degradado en su fuerza física, pues al no darse uno de los elementos integrantes del delito, como lo es el resultado no puede catalogarse como un delito perfecto en vista de la estructura misma de la tentativa. En tal sentido se pronuncia Carrara al señalar que todo delito supone una acción externa, misma que se compone de diversas fases físicas. Estas fases físicas - añade - pueden ser a un mismo tiempo subjetivamente y objetivamente incompletas y pueden ser completas subjetivamente, pero incompletas objetivamente. En tales casos el delito presenta una degradación en su fuerza física, o bien porque si la acción fue perfecta, no se

---

(1) Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano. T.I. Ed. Porrúa - México, 1977, p. 356.

perfeccionó la ofensa a la ley. En ambos casos se configura un delito imperfecto. Es imperfecto cuando dicha violación no ha ocurrido, aunque el culpable haya realizado, con voluntad dirigida a ese fin, actos externos capaces de producirla. Dicha imperfección resulta de la ausencia de la fase consumativa, sea que esta falte en cuanto a su subjetividad, porque no fue ejecutada, o porque fue ejecutada de manera insuficiente; sea que esta falte sólo en cuanto a su objeto, porque aún cuando fue ejecutada de manera suficiente el acto consumativo, un caso fortuito impidió la realización del resultado que se quería. (2).

Como podemos notar, el autor en cita, hace alusión al delito imperfecto en cuanto que la consumación no se efectúa en vista de dos circunstancias: la primera, cuando la acción esta incompleta tanto subjetiva como objetivamente, dando lugar a la tentativa propiamente dicha o la denominada tentativa inacabada, o bien, cuando la ejecución esta completa subjetivamente, más no así objetivamente al faltar la ofensa a la Ley por un impedimento ajeno a la voluntad del agente, encontrándonos por lo tanto ante el delito frustrado o la tentativa acabada.

Ahora bien, otra de las características que podemos observar en la tentativa es que ésta sólo cobra vida en contacto con la norma incriminadora que se encuentra dentro de la parte especial, es decir, que la figura de la tentativa es-

---

(2) Carrara, Francisco. Programa del Curso de Derecho Criminal. V. I. - Ed. Temis. Bogotá, 1971. pp. 237-238.

accesoria ya que para que de lugar a otro tipo de delito es fundamental que se subordine a la norma principal dando lugar de esta forma a un nuevo tipo de delito.

A mayor abundamiento, podemos decir, que la tentativa es accesoria en virtud de que sólo cobra vida en contacto con la norma incriminadora principal a la que se contacta, ya que como podemos advertir la figura a la cual se une previene conductas en las que es necesaria para su integración un resultado, ampliando de esta forma el contorno de represión a conductas que han quedado en momento anterior a la ejecución del hecho descrito en la figura típica.

Una vez hecha la conceptualización de la tentativa, podemos decir que esta se hace consistir en todos aquellos actos encaminados directa e indirectamente a la producción de un resultado si es que no se verifica por causas ajenas a la voluntad del agente.

## 2. ELEMENTOS DE LA TENTATIVA.

Para poder establecer cuales son los elementos integrantes de la tentativa es necesario acudir al texto del artículo 12 del Código Penal para el Distrito Federal, que la define de la siguiente forma: " 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 aquel no se consuma por causas ajenas - a la voluntad del agente".

En vista del texto anterior cabe señalar que la tentati va requiere para su integración de tres elementos a saber: -

A) Un elemento subjetivo, que se refiere a la intención diri gida a cometer un delito.

B) Un elemento objetivo, es decir, a los actos u omisiones - realizados por el agente y que según el precepto legal que - la contempla debe de ser de naturaleza ejecutiva, y

C) En último término un resultado no verificado por causas - ajenas a la voluntad del agente.

La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pro- nunciado en tal sentido al señalar que: "Los elementos que - integran la naturaleza de la tentativa son: a) un elemento - moral o subjetivo que consiste en la intención dirigida a - cometer un delito; b) un elemento material u objetivo, que - consiste en actos desarrollados por el agente tendientes a la ejecución del delito; y c) un resultado no verificado por - causas ajenas a la voluntad del sujeto. Asentado lo ante- rior, resulta evidente que la tentativa punible, para - surtirse requiere de no meras actitudes que hagan suponer - que se va a cometer un delito, sino de actos positivos que - constituyan un principio de ejecución, es decir, de inicia- ción que no llega a su fin lesivo por el concurso de una- tercera fuerza que lo impide y que es ajena a la voluntad del

delincuente estos actos que son ya un inicio de penetración en el núcleo del tipo, a que la tentativa se refiere, han de ser realizados empleando el agente un medio objetivo idóneo a causar la lesión en el bien jurídico tutelado conforme a su determinación subjetiva previa; lo que ocurre cuando sólo se trata de meros actos preparatorios, previos a la ejecución." (3)

En estas condiciones podemos añadir según se desprende del propio texto del párrafo primero del artículo 12 del Código de la Materia, que los actos preparatorios escapan de la esfera de represión por no implicar una exteriorización de actos que nos conduzcan objetivamente a pensar que están encaminados a la producción de un resultado. Por lo tanto -- los actos ejecutivos deben de ser de tal naturaleza que den inicio a la penetración del núcleo del tipo a que la conducta va encaminada y que materialmente nos permita deducir que de no haberse presentado una fuerza extraña hubiesen producido el efecto dañoso.

Ahora, no basta que estos actos sean únicamente ejecutivos, es preciso además de que sean idóneos. Aún cuando el artículo 12 del Código Penal para el Distrito Federal no lo exprese como requisito, consideramos que dicho elemento es necesario en toda tentativa punible, ya que si esta ausente la idoneidad, cesa en tal caso el peligro inherente a esta figura. En otras palabras, la idoneidad consiste en --

---

(3) Cfr. Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano. T. II. Ed. Porrúa. Mexico, 1982. p. 222.

la aptitud de los actos desarrollados por el agente para producir el fin que se ha propuesto, es la capacidad de los medios que el sujeto a de emplear para llegar a la meta-deseada. Esta cuestión fue advertida en su momento por Carrara quien al respecto señala que no se podrá hablar de conatos cuando los actos carecen de idoneidad. El autor añade, al decir, que existirá por el contrario tentativa, cuando el acto externo presenta un grado de peligro suficiente a constituir la fuerza física. La falta de idoneidad constituye la cesación del elemento material del conato por defecto de peligro. Supone el concurso pleno del elemento moral la intensión depravada positivamente, dirigida a conseguir el fin criminal, la cual no puede existir si quien emplea el medio no lo juzga capaz de realizar el hecho que resueltamente desea", (4).

En todo caso si existe la imposibilidad de conseguir - el resultado, ya por inidoneidad o bien por la insuficiencia de los medios empleados, nos encontraremos en tales casos - ante una tentativa imposible o bien ante el delito imposible; cuestión que en su oportunidad analizaremos, pues aún cuando dichos actos incapaces por si solos para conseguir el resultado, no pueden pasar inadvertidos en el campo del Derecho Penal, en vista de la personalidad del - delincuente.

En cuanto hace al elemento subjetivo de la tentativa,-

---

(4) Carrara , Francisco. Teoría de la Tentativa y la Complicidad o del - Grado en la Fuerza Física del Delito. Ed. Gongora. Madrid, 1926.- pp. 105-109.

es decir, a la intención dirigida a cometer un delito determinado ha de ser referida única y exclusivamente al dolo. Hay que advertir en primer término que el dolo en la tentativa es el mismo que el dolo en la consumación, ya que si la tentativa representa un grado menor a la consumación no puede variar en absoluto su contenido. En este sentido se pronuncia Pavon Vasconcelos cuando establece que en manera alguna puede concebirse una tentativa en la cual la acción no vaya dirigida a la consumación de un delito, de manera que todo acto ejecutivo lleva impreso el dolo de la consumación, resultado característico en la tentativa la proyección de la voluntad de un resultado no alcanzado por el sujeto. Lo anterior equivale a sostener que la intención en la tentativa en nada se diferencia de la intención o del dolo en el delito consumado . (5).

En estas condiciones, habrá que señalar, que no es posible hablar de un tentativa culposa ya que en ésta no se da la representación del resultado, o bien está ausente la voluntad de causar el daño que se hubiese producido, producto de la imprudencia, la negligencia o de otro supuesto que derive de la culpa.

Sin duda una cuestión que no podemos pasar por alto es la relativa a la intención o propósito del agente al efectuar la conducta encaminada a éste o aquél resultado y que difiere como ya lo indicamos del dolo de la consumación. Es-

---

(5) Pavon Vasconcelos, Francisco. La Tentativa. Ed. Porrúa. Mexico, 1982, p. 93.

ta investigación tiene por finalidad el procurar por parte - del juzgador un equilibrio en la aplicación de las penas en aquellos casos en que el sujeto para conseguir un fin - determinado se vale de ciertos medios que en sí mismos consti- tuyen infracciones a la ley penal.

En la vida práctica se suceden casos en que el sujeto - con la finalidad de consumir determinado delito efectúa actos que como medios le sirven para llegar a aquel fin que se ha propuesto y que por sí mismos son considerados como delitos consumados absorbiendo de esta forma el daño presente al peligro de un daño no realizado.

Esta cuestión fue estudiada por Carrara al tratar el - exceso en la fuerza física de la tentativa aludiendo que - ésta se presentaba entre otros casos cuando los actos ejecutados producen un daño presente, que, bajo el aspecto - de su gravedad política, supera y absorbe la consideración - de aquel peligro. (6).

Otro tanto acontece cuando los actos que constituyen un comienzo de ejecución del delito fin, en su inicio constituyen la violación de aquel derecho que pretendía atacar y - que trae como resultado la efectiva violación de la ley, su- mada a la posibilidad de un daño, suplan a la no realización efectiva.

En presencia del segundo supuesto, podemos advertir que no es posible la tentativa en los delitos de mera acti-

---

(6) Carrara, Francisco. Teoría. p. 120.

vidado en los denominados delitos de peligro, ya que el principio de ejecución constituye por así decirlo el daño y por lo tanto la efectiva lesión del derecho.

Por cuanto hace al primer supuesto, mencionaremos que - las actividades de los hombres constituyen una cadena de medios y fines, esto es, que en la actividad criminal el sujeto para llegar a su propósito delictuoso que es el fin último de su operación, realiza otras tantas actividades que le sirven como medios y que en ocasiones resultan ser violaciones efectivas a la ley.

Ahora bien, si analizamos a fondo esta premisa, nos encontraremos que en algunas ocasiones el medio supera en - importancia al fin, por lo tanto, se hace necesario juzgar - aquel derecho que fue medio sobre este derecho que se pretendía violar. Esto sucede, por ejemplo, en el caso del sujeto - que con el fin de cometer un robo se introduce a la morada - ajena y que al querer apropiarse de los objetos que ahí se - encuentran, se ve obstaculizado para conseguir su propósito - ya que se ve impedido por el dueño del inmueble que al oponer resistencia recibe un disparo a consecuencia del cual muere .

En este caso encontramos dos títulos de delito, por un - lado, el ilícito de robo en grado de tentativa que según la - actividad del agente viene a ser el fin último de su - operación y por el otro el delito de homicidio que como -

medio supera en importancia al fin; de donde podemos deducir que atendiendo al bien jurídico protegido, el derecho a la vida se considera de mayor entidad al derecho a los bienes.- Por tanto, la imputación será no por la tentativa sino por - aquel derecho que ha sido violado en su totalidad.

Sin embargo, podemos ir más lejos en cuanto hace al exceso en la tentativa, citando aquellos casos que a la inversa, aún cuando se ha violado un derecho que como medio ha - utilizado el sujeto no excede en importancia al derecho que - el agente ha tenido el propósito de ejecutar y que por una - circunstancia ajena a su voluntad se ha visto impedido a con seguir. En otras palabras, esto acontece cuando en las - operaciones que ha efectuado el agente, si bien, ya constitu y la efectiva violación de un derecho y por ende el delito - consumado, encontraremos no obstante y de acuerdo a las cir - cunstancias de hecho, evidencias de que el fin último que se proponía el agente excede en gravedad al derecho ya ataca - do y que aunque es medio, se ve absorbido por aquel peligro - de un daño no realizado.

La falta de verificación del resultado por causas ajenas a la voluntad del agente es el último de los elementos que nos reporta el contenido del artículo 12 del Código Penal y que constituye, sin duda, el elemento diferenciador - que le da vida a esta figura jurídica, ya que de lo contrario estaríamos hablando del delito consumado o

materialmente perfecto.

Los motivos o causas que impiden que el resultado se produzca se puede deber a factores físicos internos, externos o psicológicos que provocan que el agente por más que ponga de su parte para conseguir su propósito delictuoso no llegue a ese fin en vista de un obstáculo totalmente ajeno a su voluntad.

Los factores físicos internos se suceden cuando el agente se ve impedido en conseguir aquello que se ha propuesto no porque en realidad así lo quiera sino porque los medios por él empleados aún cuando son eficaces para producir el daño no son utilizados en forma adecuada o con la suficiente habilidad que requiere el caso.

El modo insuficiente (impericia técnica) indica Manzini, es la falta de habilidad del agente para emplear el medio idóneo. El modo insuficiente no hace inidóneo el medio sino cuando éste requiere un conjunto de conocimientos tal que haga absolutamente imposible el empleo por parte de un profano. En los otros casos el medio sigue siendo idóneo, porque el agente lo sabe emplear, aún cuando sea sin suficiente habilidad, y porque aquella proposición de fortuito que entra en toda acción humana compleja, puede compensar la relativa falta de habilidad del delincuente. (7).

Los factores físicos externos son aquellos que como su nombre lo dice surgen en forma espontánea e inesperada y que-

(7) Manzini, Vicenzo. Tratado de Derecho Penal. Primera Parte. Teorías Generales . V. III. Ed. Ediar. Buenos Aires, 1949.p. 200.

provocan que el sujeto aún contra su voluntad pueda continuar con su propósito delictuoso, ocasionando que el agente se desista de su actividad no porque así lo quiera, sino porque de acuerdo a las circunstancias que lo rodean no puede seguir el camino que ha iniciado. Estos agentes externos inutilizan los movimientos que el atentante imprime a su cuerpo, haciendo que éste abandone su designio criminal.

Las circunstancias externas que originan que el resultado no se verifique pueden depender fundamentalmente a un fortuito o bien a la acción de un tercero que detenga la actividad desarrollada porque el agente hasta ese entonces.

Los accidentes de tipo físico que se suceden en el curso de la actividad criminal pueden ser de tan variada índole que por citar algún caso podemos mencionar el del ladrón que con la finalidad de cometer un robo al tiempo de introducir la llave falsa es sorprendido por la policía. Los factores de índole psicológicos son aquellos que inducen en cierto modo, al sujeto activo a abandonar el designio criminal aun cuando los medios utilizados por él sean idóneos a producir el resultado. Estos, al igual que los demás accidentes, provocan que el agente deje por hacer lo que se proponía, coartando en forma absoluta su voluntad.

Como tendremos ocasión de ver en el capítulo siguiente, en el delito imposible podremos encontrar otras causas que van a impedir que el resultado se produzca y que derivan de

la estructura misma de la figura jurídica.

En términos generales, el delito imposible se presenta cuando existe inidoneidad en los medios ya sea en forma absoluta o bien en forma relativa. La inidoneidad es absoluta cuando los medios empleados por el agente son ineficaces del todo para producir el resultado, haciendo estéril la actividad del sujeto activo y que en nuestro concepto no pueden reputarse como actos de tentativa punible ya que en su inicio no poseían la aptitud de ocasionar el daño material.

La inidoneidad es relativa y por ende punible cuando en si los medios tienen cierta aptitud a constituir el daño material pero en vista de las condiciones intrínsecas del su jeto pasivo pierden esa fuerza.

El delito imposible surge también cuando el objeto material del delito es inexistente en forma absoluta, es decir, cuando se pretende privar de la vida a un cadáver o el hecho de suministrar sustancias abortivas a una mujer no embarazada.

La inexistencia del objeto se da en forma relativa cuando el sujeto pretende ejecutar actos sobre un objeto inexistente que en la inteligencia del sujeto activo debía de estar al momento de comenzar la ejecución. Como ejemplo, basta citar el caso del sujeto que con la intención de cometer un robo a una institución bancaria llega a ese lugar después de que fue retirado el dinero .

En estos casos de delito imposible no hay peligro en vista de que el bien jurídico protegido no existe, sin embargo, cabe cierto grado de punibilidad en aquellos casos en que de no haberse presentado ese fortuito hubiese ocurrido el hecho dañoso pues la intención es manifiesta por parte del agente.

### 3. TENTATIVA Y FRUSTRACION

Una vez hecho el estudio de los elementos que constituyen la figura delictiva a estudios se nos hace necesario el destacar para los efectos del presente trabajo la distinción habida en la doctrina y en la práctica entre la tentativa y el delito frustrado o tentativa inacabada. Esta indagación es de ampliar transcendencia para los efectos de la aplicación de las penas en virtud de que no puede ser más grave aquella conducta que si bien va encaminada a la producción de un resultado se interrumpa en un momento en que el agente no ha hecho todo cuanto era necesario para que el efecto se produzca o aquel caso en que el agente a realizado cuanto de su parte había que hacer para que se realice el resultado.

En tales casos, para la aplicación de las penas el juez de instrucción tendrá que analizar según lo dispone el párrafo 2o. del artículo 12 del Código Penal, el grado a que se hubiere llegado en la ejecución del delito además de analizar y observar la naturaleza de la acción u omisión -

y de la extensión del peligro corrido.

El grado de ejecución del delito se determina en el momento en que se detiene la actividad que desarrolla el agente, encontrando que en la tentativa cesa ese desarrollo cuando en vista de una causa ajena a la voluntad del agente impide que éste continúe en su afán criminal cuando de acuerdo a la naturaleza propia del delito faltan todavía otros actos para que se consume. A diferencia del delito frustrado en que esa actividad subjetivamente considerada se ha consumado por decirlo así pero a la cual no le ha seguido el efecto pretendido por el autor ya que intervino un impedimento ajeno a su voluntad.

En este orden de ideas, el peligro corrido en la tentativa no puede ser semejante al del delito frustrado, ya que en éste como acabamos de decir el agente ha efectuado todo lo necesario para que el delito se perfeccione, es decir, que los actos por él realizados tienen la eficacia causal o aptitud necesaria para que el evento dañoso por él esperado surta sus consecuencias.

Por el contrario, en la tentativa aún cuando el agente tenga la intención de cometer el delito no ha hecho lo indispensable para producir el daño ya sea por insuficiencia de los medios o actos por él empleados, o bien, aún cuando los medios que tiene a su alcance le sirvan para llevar a su término su conducta, ésta no sea lo suficientemente tenaz para lograr el fin que se ha propuesto, deteniéndose en el -

inicio o la mitad del camino que éste ha emprendido para conseguir el fin.

Esta cuestión relativa al peligro corrido fue destacada en su oportunidad por Carrara, quien sobre el particular refiere, que la racionalidad de castigar la tentativa tanto más cuanto más se acerque a la consumación es institutiva; - por causa de tal proximidad se aumenta el peligro de la sociedad, por causa de tal proximidad se aumenta la perseverancia del reo en su mal propósito.

La proximidad es un término relativo al fin, no al punto de partida. En sustancia, para medir la cantidad del conato los actos deben de ser pesados mejor que contados, o hay que derivarla de un cálculo más bien negativo, apreciando el número de los actos que faltaban para la realización, con preferencia al de los realizados. La cantidad depende no sólo del número sino de la influencia de los momentos recorridos.

Cuando el modo de obrar adoptado por el reo debía por la ley ordinaria de su naturaleza, producir el efecto deseado, al no ocurrir el obstáculo fortuito que frustró aquel modo de obrar, el peligro ha existido desde el primer acto de ejecución hasta el último representativo de la consumación, luego el delito es frustrado. (8).

Ahora bien, una de las causas que impide que el resul-

---

(8) Carrara, Francisco. Teoría. pp. 148-149 y 172 - 173.

tado se produzca es la insuficiencia o ineficacia de los - medios o actos con los cuales el agente pretende consumir - el delito. En ciertos casos no todos los actos encaminados - a la producción de un resultado son susceptibles de represión penal ya que como indicamos en su momento estos deben tener la característica de ser idóneos, si por idoneidad entendemos la aptitud de los medios o actos de que se vale el agente para realizar el delito.

En la tentativa, por ejemplo, lo que en cierta forma - hace cesar la actividad material y por ende el peligro es la inidoneidad de los medios que éste emplea, no permitiendo que continúe con su propósito criminal.

A lo que pretendemos llegar es a lo siguiente, si en - la serie de actos tendientes a realizar el delito, notamos - que por ley natural no poseen la capacidad de producir el da ño pretendido por el agente, no podremos en tales casos considerarlos como actos de tentativa ya que carecen del peligro que debe de estar presente en toda tentativa punible.

Para finalizar, debemos decir, que si el último acto de ejecución no posee la eficacia casual o por decirlo de otro modo es insuficiente a constituir por la ley natural una - tentativa punible porque el agente no obró de acuerdo a sus - previsiones y los actos anteriores concomitantes al último - si tenían la eficacia para producirlo, podremos en dichas circun stancias considerarlo culpable de tentativa, en vista de que de no haberse presentado dicho obstáculo imputable al -

agente se habría producido el resultado.

En este sentido se pronuncia Carrara, quien a este respecto señala, que si la deficiencia radica en el último acto tan solo, se produce de ordinario la noción de la tentativa punible, si radica en los actos precedentes la impunidad de la tentativa podrá o no subsistir, según el momento determinante de la deficiencia misma (acto omitido o acto no idóneo), si había o no recorrido una serie de actos suficientes a constituir un conato políticamente imputable.

Si la falta de idoneidad se determina en los primeros, esta omisión informará toda la serie de sus operaciones sucesivas, y como todas están libres de peligro, no habrá tentativa punible.

Pero si la falta de idoneidad sobreviene cuando ya había un conato imputable, sólo hace ineficaces todos los actos posteriores, los cuales se consideran como no sucedidos. Los actos precedentes, sin embargo, quedan intactos (9).

---

(9) Carrara, Francisco. Op. Cit. pp. 163-164.

C A P I T U L O    Q U I N T O

EL DESISTIMIENTO Y EL DELITO IMPOSIBLE

## I. EL DESISTIMIENTO.

El desistimiento constituye de acuerdo con lo que establece el párrafo segundo del artículo 12 del Código Penal -- una causa de exclusión de la pena en aquellos casos en que el sujeto una vez iniciada la actividad delictuosa tendiente a consumar un delito determinado, suspende esa actividad por razones que no son independientes de su voluntad, esto es, que son basadas en consideraciones de orden práctico que permiten que el delincuente abandone los actos hasta ese momento ejecutados.

Cuando la cesación de la actividad individual, como indica Manzini, antes de que el agente haya cumplido todo lo que era de su parte necesario para la consumación del delito, ya sea debido a causas que no coartan las energías físicas o psíquicas del agente, sino a la libre voluntad (esto es, no coartada) de él, se tiene la hipótesis del desistimiento voluntario, que hace impune el hecho como tentativa de un delito. (1).

Los motivos por los cuales el Estado se abstiene de imponer la pena que corresponda a la tentativa de un delito en los casos en que el sujeto que ha manifestado un propósito de índole criminal y que en un momento determinado se ha detenido en su ejecución, se funda en razones de política criminal con el fin de procurar que en casos semejantes se esti

---

(1) Manzini, Vincenzo. Tratado de Derecho Penal. Parte General. T. III. - Ed. Ediar Editores. Buenos Aires. 1949, p. 211.

mule al que atenta a parar en la prosecución del delito.

En este sentido se pronuncia Cuello Calon, quien a este respecto señala, que en el caso del desistimiento voluntario en el momento de la tentativa, el agente no es punible porque con su conducta anula la propia voluntad y su actividad criminal, pero el fundamento de semejante impunidad se halla en claras razones de política criminal, en la conveniencia de proporcionar motivos al agente para que abandone su empresa criminal. El abandono voluntario del hecho delictuoso, constituye realmente una negación del delito, pues la actividad criminosa queda negada por aquella otra actividad que impide la violación del derecho, por lo cual ya no es precisa la negación del delito que constituye el hecho social de la pena, y por otra parte, el desistimiento voluntario es también una manifestación de la falta de peligrosidad en el agente o de su menor peligrosidad. Sin embargo, el que desiste por su propia voluntad debe responder de los hechos punibles realizados hasta el momento en que desistió del delito. (2).

Los requisitos que debe reunir el desistimiento para que tenga así el carácter de excluyente son:

- a) Que sea voluntario, entendiéndose éste en el sentido de que sea originado por la propia voluntad del sujeto, decisión que lo obligue a detenerse en su proyecto inicial.
- b) La espontaneidad, como segundo elemento del desistimiento

---

(2) Cuello Calon, Eugenio. Derecho Penal. Parte General. T. II. Ed. Bosh. Barcelona, 1971, p. 613.

to, consiste en términos generales, en el hecho de que al -- momento de la ejecución el agente no se vea obstaculizado -- por causas ajenas a su voluntad que actuen sobre el sujeto - activo del delito (el delincuente es detenido por un tercero en el instante que se apresta a asestar la puñalada), sobre el objeto (la llave falsa se rompe en el momento en que es - introducida en la cerradura) o bien sobre el sujeto pasivo - (la futura víctima se mueve en el momento de ejecutar el dis paro).

En estos casos, el desistimiento no es voluntario y menos aún espontáneo, ya que un impedimento ajeno a la voluntad del sujeto a imposibilitado que éste continúe con su ac tividad, motivando que abandone su propósito inicial no por-- que así lo haya resuelto sino porque un elemento externo ha ocasionado que no pueda continuar con su designio criminal.

Puesto que el abandono, indica Manzini, para excriminar- la tentativa, no debe de haber ocurrido por causas indepen- dientes de la voluntad del agente, el desistimiento no es - eficaz cuando, en el desarrollo del proceso ejecutivo del - delito, surja una causa externa cualquiera, que impida por - cualquier motivo la prosecución de la obra delictuosa, o que la haga absolutamente vana o inútil respecto a la finalidad- propuesta por el agente mismo. (3).

Para ilustrar en que consiste el desistimiento, se nos impone señalar la fórmula ideada por Frank, quien a este --

---

(3) Manzini, Vincenzo. Op. Cit. p.212.

respecto señala: "que el desistimiento es voluntario cuando el sujeto se ha dicho " no quiero, aún cuando puedo", y que es involuntario, cuando dice: " no puedo, aunque quisiera." (4).

En este orden de ideas, podemos decir, que para que el desistimiento tenga la virtud de excluir el castigo a quien encamina sus actos a un resultado debe de ser voluntario " no quiero llegar hasta el fin, aunque puedo hacerlo". Esta situación se comprueba cuando el agente suspende la ejecución del delito aún cuando de acuerdo a los medios de que dispone puede continuar con la actividad que se ha propuesto. El otro elemento, espontaneidad, " no puedo llegar a la meta, aunque quiera", se entiende cuando la suspensión no sea originada por causas externas que anulen la voluntad del sujeto.

En esta forma, podemos decir, que el desistimiento se puede valorar desde dos angulos, el objetivo y el subjetivo.

El hecho de decir " no puedo aunque quiera", nos demuestra que el aspecto objetivo del desistimiento se orienta al uso de medios con que cuenta el sujeto al tiempo de cometer el delito.

Esta situación se demuestra en la observación de las circunstancias de hecho que rodean al agente. En la práctica, es necesario que el sujeto efectúe ciertos actos tendientes al delito para lo cual es menester que haga el aco-

---

(4) Cfr. Soler, Sebastian. Derecho Penal Argentino. T. II. Ed. Tipográfica Argentina. Buenos Aires, 1973. p. 233

pio de ciertos medios o bien impulse su conducta de acuerdo al delito de que se trate.

En estas condiciones, habrá que decir, que en aquellos casos en que el sujeto que teniendo a su alcance los medios necesarios para la consumación se aparta del hecho, aún cuando con los medios de que dispone puede llegar al fin, podremos entender que hay un desistimiento voluntario. En sentido opuesto, tendremos el caso del agente que dispone de ciertos medios que de acuerdo a las circunstancias no son los idóneos para consumir; hecho que lo obliga a abandonar el designio. En tales casos, no podremos considerar que exista un desistimiento voluntario ya que si esos medios hubieran sido los indicados para obtener el resultado, el agente no se hubiera desistido.

La plena inidoneidad, dice Maurach, desconocida por el autor, de medio u objeto no excluye la libertad del desistimiento; a la inversa, falta esa libertad cuando el propio autor está convencido de que ese proyecto es irrealizable. En la tentativa de aborto el desistimiento es libre si la embarazada escupe el medio ingerido por repugnarle su sabor; no es libre, si la embarazada lo vomita por nauseas invencibles. (5).

Es necesario señalar también, que en algunos casos el agente tendrá que vencer ciertas resistencias, como en los-

---

(5) Maurach, Reinhart, Tratado de Derecho Penal. T. II. Ed. Ariel, Barcelona. 1962, p.204.

casos del robo, violación y homicidio. Esto nos conduce a considerar dos supuestos. El primero sería el caso de aquel que con el propósito de llegar a la cópula, tiene que vencer la resistencia de la víctima y que una vez vencida ésta, decide no continuar, ocasionando un verdadero desistimiento voluntario. No es el caso de aquel que con el propósito de privar de la vida, encuentra que en el forcejeo su víctima es más fuerte físicamente, originando que el sujeto desista en forma involuntaria, en vista de que su adversario opusotal resistencia que impulsó al abandono de la empresa.

El aspecto subjetivo, por su parte, se demuestra cuando el sujeto se ve impedido en continuar con el designio criminal por causas ajenas a su voluntad que actúan psíquicamente en su ánimo, demostrando subjetivamente que no puede. Este hecho nos lleva a afirmar que el desistimiento no es voluntario ya que los obstáculos que detienen al sujeto le hacen ver que no puede continuar, obligándolo así a desistir de su mal propósito.

La resolución de desistir como señala Soler, no debe de ser coartada. Nada importa la calidad del móvil; puede el sujeto desistir por arrepentimiento, por temor a la pena, por temor a ser denunciado, por repugnancia física, por insatisfacción acerca de lo que se lograría consumado el hecho, etc. Lo decisivo es la resolución de interrumpir la acciónvaya acompañada de la conciencia de poder o no poder. (6).

---

(6) Soler, Sebastian. Op. Cit. p. 235.

En efecto, si la voluntad de desistir deriva de un obstáculo real o imaginario que origine que el agente se detenga como en el caso del ladrón que al pretender consumir el robo escucha la llegada de la policía u observa que un perro se encuentra a su acecho; no podremos invocar que en estos casos el desistimiento sea voluntario, sino por el contrario, ese desistimiento se vió condicionado por el hecho de que no podía seguir adelante porque de haberlo hecho hubiera sido descubierto.

Esto nos conduce a afirmar que el desistimiento para tener el carácter de eximente, no debe de ser coaccionado, esto es, que la voluntad del agente en detenerse en el camino no sea debido a un elemento externo que inhiba su voluntad.

Así mismo, refiere Maurach, situaciones de motivación psicológica pueden excluir el caso concreto la libertad del desistimiento; así, la impotencia del autor del atentado de violación producida por el shock psíquico o el panico paralizador que asalta al ladrón, tras propinar el primer golpe a la víctima y que le impide realizar otras acciones.(7).

Es verdad, que en ciertas ocasiones el sujeto no puede continuar con su cometido porque en su camino se han interpuesto agentes externos que influyen en su voluntad, impidiendo la consumación. Estos agentes externos que de ningu-

---

(7) Maurach, Reinhart, Op. Cit. p. 204-205.

na forma son previstos por el delincuente originan el desistimiento que de manera alguna se debe entender como voluntario, es decir, que la suspensión debe de ser catalogada como un abandono que da como resultado una tentativa punible, en vista de que una causa externa ha impedido el resultado. Esas causas - como el caso de ver la sangre del adversario - influyen psíquicamente, determinando así el cese de la actividad.

Por último, hay que señalar que el desistimiento opera como excluyente por el hecho tentado pero no por los actos ejecutados con anterioridad a la suspensión, cuando éstos constituyan por sí un delito diverso.

La eximente del desistimiento - según manifiesta Manzini - se refiere solamente a los actos dirigidos a cometer un delito que no sean todavía completos respecto a todo lo que, por parte del agente debía hacerse para producir el evento consumativo, no pudiéndose " desistir de la acción" cuando tal acción es en sí misma completa.

Dicha eximente - añade - excluye la responsabilidad penal por los actos indicados en cuanto éstos constituyen tentativa del delito al que estaban dirigidos, pero no se extiende a la responsabilidad penal por los actos mismos en cuanto ellos "constituyan por sí un delito diverso." (8).

---

(8) Manzini, Vincenzo, Op. Cit. pp. 216-217.

## II. EL DELITO IMPOSIBLE.

Como tuvimos ocasión de ver al hablar de los requisitos que deben revestir los actos de tentativa, señalamos que éstos no deben de apartarse de su naturaleza idónea, es decir, que deben de ser capaces de producir el resultado, situación que no sucede en nuestra figura jurídica y menos aún en el delito imposible, ya bien por imposibilidad de los medios empleados por el agente o bien por imposibilidad sobre el objeto material del delito.

En nuestra legislación penal no encontramos precepto penal que se refiera al delito imposible, tal y como sucedió en el Código Penal de 1871, en el cual se castigaba aquella conducta tendiente a producir el resultado aún cuando en cierto modo no fuera apta para ocasionarlo a virtud de los medios que no eran los idóneos o que el objeto sobre el que debiera recaer la acción al tiempo de que fuera ejecutada no existiera en el lugar en que presumiblemente debiera estar o definitivamente ser un objeto inexistente.

Este hecho, en nuestro concepto, no puede pasar por alto y no porque nos agregemos al criterio subjetivo que ve en la intención un síntoma de la personalidad del delincuente, no obstante que los medios o el objeto sean inidóneos sino porque es necesario reprimir aquellas conductas peligrosas que si bien por un acaecer no llegan a suceder, si de-

muestran en cierto modo una intención de tipo criminal; hecho que explicaremos más adelante.

En otras palabras, la tentativa requiere para su integración de ciertos requisitos, entre los cuales destaca, que los actos ejecutivos sean aptos para producir el resultado, esto es, que sean idóneos, requisito indispensable para que surta efecto el carácter peligroso que caracteriza a la tentativa. Sin embargo, no todos los actos que se traducen al exterior y que el agente encamina para producir un resultado son de esa naturaleza ya bien porque esos medios sean inidóneos en forma absoluta, es decir, que no tengan en el sentido estricto la potencia causal; a diferencia de los medios usados por el atentante que en sí revisten cierta potencialidad pero que el agente no los supo usar en la cantidad que el caso requería, en vista de las circunstancias intrínsecas del sujeto pasivo.

Otra causa que hace cesar el peligro en la tentativa es que al tiempo de la ejecución o bien antes de iniciada ésta el objeto material del delito no exista o también en la creencia del sujeto activo debiera estar ahí en el momento de la ejecución, clasificándose esta otra causa en absoluta y relativa respectivamente.

A este respecto Bettiol señala " que a posiciones más avanzadas en la lucha contra el delito se puede llegar aún considerando consumada la infracción en el momento en que --

el sujeto activo simplemente ha tentado la lesión de un bien jurídico. En la esfera de esta concepción se requiere siempre que la acción puesta en marcha sea idónea para producir el evento, es decir, una acción que genera una efectiva situación de peligro para un bien tutelado.

El legislador ha considerado así decisivo, en cuanto a la punibilidad, no sólo la causación de un efectivo perjuicio en daño del bien o interés tutelado, sino también el hecho de haber suscitado una situación de peligro objetiva.

Si la razón fundamental de incriminar la tentativa esta en el peligro corrido por el bien protegido a consecuencia de la actividad ilícita del culpable, la situación objetiva de peligro es tanto más grande cuanto más se aproxima - el agente con su actividad al resultado. Sólo tomando como punto de partida la peligrosidad del agente desaparece la - distinción entre el delito consumado y frustrado, porque lo que importa no es ya la idoneidad de la acción en cuanto - síntoma de la peligrosidad del individuo.

Para que haya tentativa no basta, sin embargo, que exista una voluntad dirigida hacia un resultado ilícito sino que se exige que dicha voluntad se exteriorice en actos idóneos dirigidos de un modo inequívoco a cometer un delito.

Es la agresión al bien lo que determina la importancia penal del acto de exteriorización de voluntad. Tan cierto - es esto, que si el acto puesto en marcha es inidóneo para -

realizar el evento lesivo, no existe base para una tentativa punible: nos hallamos en el terreno de la tentativa imposible, que es fundamentalmente un delito putativo por error - de hecho, en cuanto a la generalidad de los casos el agente cree que el acto puesto en marcha tenía la aptitud causal pa ra generar el evento, mientras que en la realidad no la tenía. Sin embargo, a pesar de la intención o del animus del agente, precisamente porque dicho animus no se ha realizado en un acto con importancia causal, no puede dar lugar a una imputación por tentativa. Estamos fuera del campo de la impu tabilidad. No hallamos, en todo caso, en el de la peligrosidad del sujeto, en mérito de la cual puede aplicarse una medida de seguridad. (9).

En efecto, si atendemos al aspecto objetivo del delito, podemos decir, que para que un acto sea considerado como antijurídico es condición que el sujeto activo despliegue su conducta a través de actos que impliquen una agresión al bien jurídico tutelado por la norma penal, sin embargo, si encontramos que esos actos carecen de contenido ilícito por ser inidóneos, no podremos estar, en aptitud de emitir un juicio de reproche para el individuo, ya que ese bien nunca sufrirá un daño a virtud de la insuficiencia de los actos - o medios utilizados por el agente.

Beling indica que no son de la clase del delitotipo, en los casos llamados de tentativa absolutamente ini-

---

(9) Bettiol, Giuseppe. Derecho Penal. Parte General. Ed. Témis. Bogota, 1965. pp. 477-488 y ss.

dónea, constituidos por acciones que, tal como eran, y bajo las circunstancias del caso, no podían llegar a ser nunca -- una realización del tipo por oposición al verdadero principio de ejecución, en el cual no se llega a la consumación sólo porque o bien se detuvo la continuación de la acción o -- bien no se produjo la continuación causal del suceso. En la tentativa absolutamente imposible lo que contraría al Derecho es simplemente el querer del actor. Con lo cual la teoría subjetiva va a parar en la punición de lo meramente interno del hombre; pero como que con ella debe reconocer que con eso se suvertiría un principio fundamental de Derecho Penal, pretende que las acciones de que nos ocupamos se dan, también objetivamente, en forma suficiente para la punición, por cuanto contienen una manifestación del querer malo y no sólo un querer como tal. Pero las acciones por medio de las cuales se descubre un plan malvado, para el ordenamiento jurídico son, naturalmente, muy bien venidas, es decir, no son antijurídicas. (10).

En este orden de ideas, hay que decir que el delito imposible surge cuando existe inidoneidad en los medios o en el objeto. La inidoneidad en los medios puede ser absoluta o relativa, misma situación que sucede cuando la inidoneidad recae sobre el objeto material del delito.

Existe además una subclasificación que en la doctrina no ha sido del todo aceptada dentro del marco del delito im-

---

(10) Beling, Ernest Von. Esquema de Derecho Penal. La Doctrina del Delito-Tipo. Ed. Depalma. Buenos Aires, 1944. pp. 102-103.

posible y que consiste en el hecho de que el agente ejecute actos sobre un objeto que dadas sus características no podría llegar a constituir un delito por virtud de un error de hecho sobre ese objeto, cosa que sucede cuando el agente pretende cometer un hurto sobre la cosa propia o adulterio con su propia mujer, figura que se denomina delito putativo.

Para aclarar esta última idea baste citar a Fontan Balestra, quien indica que al lado de los motivos esencialmente de hecho, aparecen otros referidos al objeto del delito con marcado matiz jurídico, que tornan también imposible el delito. Así, por ejemplo, del supuesto hurto de cosa propia, el estupro con una mujer de dieciocho años o con una prostituta.

En efecto, quien obra sin error, mal podrá decirse - que realizó la acción con el fin de cometer un delito. Quien sabe que el arma esta descargada o que el azúcar no mata, - no pudo haber pensado en matar. Lo mismo ocurre con los casos de imposibilidad jurídica; quien sabe que la mujer - que accede tiene dieciocho años, no puede actuar con el fin de cometer un estupro; ni con el de cometer un hurto el que sabe que la cosa es propia.

Queda al margen de toda duda que esos casos en que el sujeto actúa sin error, caen fuera de la previsión legal, - pues aún cuando el criterio subjetivo más extremo, el autor-

debe creer que comienza la ejecución de un delito. Para la ley habla además, de un delito imposible y no de un hecho que no es delito. Obviamente, pues, el hecho tentado debe de ser un delito que en el caso concreto no se puede cometer. (11).

Así, entonces, la inidoneidad absoluta se presenta cuando los medios puestos en movimiento por el agente no son aptos en manera alguna para producir el evento que el agente hubiese deseado en un principio. Esta situación se demuestra en los casos en que el sujeto pretende privar de la vida a su adversario suministrando sal de cocina en vez de veneno, o bien, en el caso de hacer un disparo contra el enemigo cuando el arma se encuentra descargada.

En estas condiciones, no es posible imputar a título de tentativa punible esos casos en que el agente ha puesto en marcha medios que en ningún momento podrían producir el efecto que el supuesto tentador quería ya que la cadena causal se ha detenido en el instante en que no se ha verificado una situación de peligro para el bien jurídico. Esas acciones son irrelevantes en el campo del Derecho Penal por ser estériles al fin propuesto por el agente además de que como ya lo dijimos no hay peligro de afectar el interés protegido por la norma.

En estos términos se conduce Manzini al mencionar que " la inidoneidad del acto es su capacidad causal, esto es, -

---

(11) Fontan Balestra, Carlos. Derecho Penal. Parte General. Ed. Abelodo-Perrot. Buenos Aires, 1966. pp. 407-408.

la capacidad de producir el evento que hace que el delito quede consumado.

Lo que no puede ser producido por el hombre, lo imposible, es social y jurídicamente un nada ya que las acciones y las omisiones humanas no pueden ser reguladas si no existe la posibilidad física de su verificación.

Pero aún cuando un determinado evento puede tener su causa en la voluntad y en la acción humana, el derecho tiene interés en no intervenir (al menos en relación a aquel precepto que el agente quería violar), cuando el hecho concreto se presenta determinado de modo tal, que no consiente absolutamente la verificación del evento mismo. Por consiguiente, no se tiene violación de precepto penal cuando la voluntad de violarlo no se manifiesta con medios que ocasionen o puedan ocasionar su violación. Hay, desde luego, una relación de causalidad entre la voluntad y el acto idóneo realizado, pero la misma no tiene ningún valor jurídico, como cualquier otra manifestación de voluntad necesariamente inútil. Semejantes aberraciones activas de voluntad, no hacen salir del ámbito de la pura intención, ya que tanto vale querer sin obrar, como obrar de un modo necesariamente estéril. El mero deseo de matar a un enemigo, no tiene significado diverso de propinarle, a sabiendas o no, - azúcar en lugar de arsénico, o de realizar prácticas de magia con la ilusión de poder ocasionar su muerte. (12).

---

(12) Manzini, Vincenzo. Op. Cit. pp. 193-194.

Otra cosa sucede con la inidoneidad relativa ya que en ella, a diferencia de la absoluta, el medio en sí reviste cierta aptitud para ocasionar el evento propuesto por el agente pero éste de acuerdo con las circunstancias del caso no lo sabe emplear en la forma que se requiere o en la cantidad debida, ocasionando con esto que aún cuando el medio tenga la cualidad necesaria para producir el resultado, el agente por falta de conocimientos o por inexperiencia no los opera de acuerdo al caso.

Por su parte, lo que hace imposible que se configure el delito en forma relativa es la incapacidad o falta de pericia por parte del agente en cuanto al uso de los medios por él elegidos para ocasionar el evento dañoso, sin embargo, sobre este punto podemos decir, que no puede cesar la imputación en cuanto a este hecho se refiere ya que la imposibilidad no estriba en los medios que el sujeto utiliza sino en la habilidad con que los emplea, que de otro modo si -- los supiese usar se hubiera ocasionado el daño, no cesando con esto el peligro ya que el medio en sí contiene cierta aptitud para generar el evento pero en vista de circunstancias no previstas no pueden producir la continuación causal del suceso.

Respecto a este punto, Ferri indica que se habla de inidoneidad relativa cuando el medio resultó ineficaz en aquel caso concreto, aunque en otras circunstancias o utili-

zándole de modo distinto pudiera producir aquel resultado, y, por lo tanto, considera el modo de actuar: como en el caso de quien dispara un fusil a distancia excesiva, o da una dosis insuficiente de veneno, o lleva una sierra circular pero no sabe emplearla eficazmente sobre el acero de la caja de caudales. (13).

En efecto, las acciones que nos ocupan, si bien nunca llegaran a constituir un delito por defecto en la fuerza física que le imprime el agente a los medios que utiliza y que en sí tienen la aptitud de concretizar el daño, si revisten una manifestación del querer malo, tomando en cuenta que los medios puestos en marcha contienen en cierta forma la idoneidad que el caso requiere pero por razones imputables al agente no los sabe emplear en la medida del caso. Es por esto, que dichos hechos deben estar contemplados en la ley a efecto de reprimir conductas que de un modo u otro demuestran una manifestación de voluntad delictuosa que de no haber surgido ese imprevisto que se encuentra en toda acción humana se hubiera producido el resultado.

Dicho de otro modo, si el fundamento de la punición de la tentativa consiste en el peligro corrido por el bien jurídico, no hay porque no incluir un texto en la ley que se refiera al delito imposible cuando los medios empleados por el sujeto revisten cierta idoneidad para causar el daño pero en vista de circunstancias imprevistas, el agente no los con

---

(13) Ferri, Enrique, Principios de Derecho Criminal. Ed. Reus. Madrid. 1933, p. 495.

duce con la suficiente habilidad, produciendo a querer o no con su conducta desplegada hasta el momento en que esta se detiene un estado de peligro para ese bien jurídico.

En estos términos se pronuncia Manzini al señalar que la inidoneidad de un medio de servir en el sentido supuesto por el agente, no quita la punibilidad de la tentativa, si el medio mismo independientemente de las previsiones de quien los emplea, puede ser eficaz de otra manera. (14).

Cabe decir, que la inidoneidad relativa sobre los medios, se presenta también en el momento en que el daño ha sido evitado por circunstancias imprevistas por el agente, como en los casos en que el sujeto activo con el propósito de cometer homicidio prepara el arma para que sea utilizada llegado el momento y por causa de un tercero es descargada sin que éste se percate de este hecho y en el instante en que aquél la acciona se da cuenta que ha sido descargada previamente; o bien, cuando el agente prepara el veneno que se encuentra contenido en un frasco que por casualidad ha sido vaciado antes, cambiando el contenido mortal por agua.

En estos casos, como podemos apreciar, el evento dañoso ha sido evitado por circunstancias ajenas a la voluntad del sujeto, sin las cuales el delito habría surgido, suscitando el agente con su conducta una situación real de peligro que de ninguna forma debe pasar por alto, ya que si bien los medios al final de la cadena causal no contenían la

---

(14) Manzini, Vincenzo. Op. Cit. p. 199.

potencialidad para ocasionar el daño, si la tenía en un principio y que por una eventualidad imprevista, no ha surgido el delito; este hecho no quita la punibilidad de los primeros actos puestos en marcha por el agente.

La inidoneidad sobre el objeto material del delito puede ser también absoluta y relativa. Sólo la segunda, en nuestra opinión, reviste cierto grado de punibilidad.

La inidoneidad absoluta sobre el objeto se observa cuando la actividad del agente recae sobre un objeto material - inexistente que hace cesar en todo caso el delito ya que hace falta el objeto de tutela de la norma penal, situación - que nos conduce a afirmar que falta un elemento del tipo. En esta forma, no basta que el sujeto ponga en marcha medios - idóneos para causar el efecto por el querido, sino también - es necesario que ese objeto exista en el mundo fenomenológico, toda vez que esa actividad en esas circunstancias sería - estéril para ocasionar algo que sólo en la mente del sujeto - podría existir.

Es por esto, que dichas acciones carecen de contenido - ilícito que obstaculizan la formación del delito ya que si - atendemos a la estructura misma de éste podemos apreciar que uno de sus elementos los constituye el objeto material, que - es la persona o cosa sobre la cual recae la actividad del su - jeto activo. Por tanto, si está ausente el objeto de tutela de la norma, desaparece por ende el supuesto ilícito, - no siendo posible imputar al presunto tentador ningún hecho-

ya que para el Derecho Penal ese tipo de acciones son irrelevantes, a menos que se pretenda castigar la intención como manifestación de voluntad criminosa.

Como ejemplo, baste citar el caso de la mujer que toma un medicamento abortivo con el propósito de procurar el aborto, cuando de hecho no esta embarazada o pretender cometer un homicidio sobre un cadáver.

Con razón advierte Palacios al decir "que si se plantea el problema desde el lado de la intención que se exterioriza, hallaremos los hechos encaminados directa e inmediatamente al delito, supuesta la idoneidad de la acción; pero es un delito imposible a priori, destinado de antemano al fracaso, a su atipicidad, porque no basta el pensamiento, ni la acción que le obedece, ni una abstracta y viable relación causal, sino que es preciso todo ello unido a la referencia sine qua non que el tipo reclama: el objeto material. En realidad la acción se desenvuelve como en el delito putativo, pues se quiere lo atípico.

Ciertamente sólo se puede comenzar a matar cuando hay a quien privar de la vida. La acción que se dirige sin meta, - sin término, sin punto de llegada, no es acción jurídicamente relevante. Poner en peligro la vida de un difunto; haber principiado a matar a un muerto; haber actuado poniendo en peligro la vida de un feto que no tiene vida en el seno de la mujer, son verdaderos contrasentidos en el Derecho Penal.

Sin objeto al que puede lesionar la acción, ésta se --- pierde en el vacío. La acción que no daña ni pone en peligro un bien jurídico, carece de antijuridicidad.

En el homicidio, en el aborto, en las lesiones, el objeto es el hombre o el feto, respectivamente. Si no hay objeto es porque no hay sujeto pasivo. El derecho a la vida supone al hombre, el derecho a nacer supone al feto; sin hombre no hay derecho, sea un cadáver, sea un hombre ficticio que nunca ha nacido.

Punir la acción contra un objeto que sólo existe en la mente del que actúa, no es punir la acción porque ésta nada es, sino el pensamiento manifestado.

Cuando el Derecho Penal pena, castiga la tentativa imposible sobre objeto inexistente transporta la punición al pensamiento, sepulta uno de los elementos del tipo accesorio y formula un juicio de tipicidad, cuando debiera ser de atipicidad; es decir, crea un elemento del delito; el objeto". - (15).

Por el contrario y en oposición a la inidoneidad absoluta sobre el objeto material del delito tenemos a la inidoneidad relativa, que se presenta cuando en el curso de la actividad delictuosa contra la que se dirigía la conducta desplegada por el agente ha desaparecido ese objeto, haciendo infructuosa esa actividad por una circunstancia casual. Este -

---

(15) Palacios Vargas, Ramón. La Tentativa. Ed. Cárdenas Editor. México. 1979, pp. 146 y ss.

hecho, en nuestro concepto, debe de ser sancionado porque -- a diferencia de la inidoneidad absoluta en la que el objeto ha comenzado a faltar antes del inicio de la acción; en la inidoneidad relativa se sucede esa falta ya comenzada la conducta delictiva y que por una causa del todo ajena al sujeto no se puede verificar el evento criminoso.

Para la solución del problema de la inidoneidad de los actos hay que acudir según menciona Antolisei, al juicio ex ante. Ello significa - dice el autor - que no se debe considerar la situación efectivamente existente, esto es, manifestada por el desenvolvimiento de los hechos, sino la situación que se presentaba en el momento en que el agente se ha dispuesto a realizar el proyecto delictivo. Si la presencia del objeto aparecía en tal momento como improbable ( inverosímil ) se dará el delito imposible; en los demás casos, el hecho será sancionado. En consecuencia, debe considerarse -- responsable de tentativa de hurto, por ejemplo, al carterista que en un autobús introduce la mano en el bolso vacío de un viajero. (16).

En otras palabras, la inidoneidad relativa sobre el objeto material del delito se sucede, entre otros casos, cuando durante el curso causal, el objeto sobre el que debería recaer la actividad del agente desaparezca después de iniciada ésta, ocasionando que los actos conducidos por el sujeto choquen ante lo imposible. Como ejemplo, baste ci-

(16) Antolisei, Francesco. Manual de Derecho Penal. Parte General. Ed. - UTEHA. Buenos Aires, 1960. pp. 359.

tar el caso del homicida que sabiendo que su víctima se encuentra durmiendo, entra en su domicilio con el arma y al tiempo de penetrar en su habitación hace dos disparos en contra del lecho donde presumiblemente se debiera encontrar su adversario, cuando éste al escuchar los pasos de su enemigo se enconde en un lugar seguro para evitar su muerte.

En estos casos, cabe decir, que si bien, al final de la actividad desarrollada por el sujeto activo no podía tener verificativo el resultado por razones independientes de su voluntad, se ha suscitado en el comienzo y durante el curso de la acción una situación real de peligro ya que esos primeros actos contenían e iban dirigidos en forma unívoca al resultado, pero por razones del todo ajenas a él no se ha producido el crimen.

Lo mismo sucede con el ejemplo del sujeto que pretendiendo cometer un hurto a un banco, planea el momento oportuno, idea la forma de que todo salga de acuerdo a lo proyectado y llegado el momento hace el acopio de todos y cada uno de los instrumentos para dar el golpe final, sin embargo, todos sus esfuerzos son infructuosos ya que cuando llega a la institución se da cuenta de que el dinero ha sido retirado; ocasionando que toda su actividad previa se estrellase contra lo imposible por causas ajenas a su voluntad.

Otro tanto acontece, en cuanto se refiere a la inidoneidad relativa sobre el objeto material, en los casos en -

que la actividad es desplegada por el sujeto sobre un objeto que dadas sus características intrínsecas imposibilite el resultado, creando un obstáculo que impide que se realice el resultado. En otras palabras, en ocasiones sucede que el agente ya habiendo comenzado la actividad y teniendo a su disposición los medios idóneos para la consecución del resultado y teniendo a la vista el objeto contra el que ha de ejecutar su conducta delictiva se vea impedido en continuar con su proyecto o en conseguir su propósito ya que ese objeto se encuentra provisto de ciertos elementos que producen que esa actividad no llegue a su fin por circunstancias que son ajenas a la voluntad del sujeto, o bien, porque nunca penso que a virtud de esas características su actividad chocara en el vacío.

Para ejemplificar nuestros argumentos, cabe mencionar el caso del presunto homicida que teniendo de frente a su futura víctima desenfunda un puñal y lo empuja en contra de él, siendo que en esos momentos su adversario se encontraba provisto de un chaleco protector que impide su muerte.

## C O N C L U S I O N E S

Primera.- Con base en las citas y pensamientos de la mayoría de los autores penalistas, cuyas obras fueron consideradas para la elaboración de esta tesis, considero que los actos preparatorios o encaminados hacia la consumación o realización de un delito, no constituyen tentativa punible, por ser estos de "naturaleza equívoca", esto es, que no revelan de manera cierta la intención de cometer un delito.

Segunda.- Del estudio de la dogmática interpretada de los diversos tratadistas cuyas teorías se hicieron adecuaciones para el presente estudio, concluimos que se desprenden como elementos constitutivos del delito las concepciones penatómicas (esto es), tomando en cuenta los cinco elementos que forman al delito: a) la conducta o el hecho; b) la tipicidad; c) la antijuridicidad; d) la culpabilidad, y e) la punibilidad.

Tercera.- La conducta, considerada por nuestros tratadistas como el primer elemento del delito presenta su manifestación en la tentativa, justamente durante el momento en que el sujeto realiza la conducta encaminada a la producción de un resultado.

Cuarta.- Estaremos hablando de una tentativa de "comisión por omisión" cuando el sujeto omita voluntariamente un deber que el derecho le impone, si el resultado no se verifi

ca por causas ajenas a su voluntad.

Quinta.- La tentativa no es independiente, ya que funciona en conjunto con otros tipos, para lo cual es necesaria la conexi3n que existe con el tipo especifico, o bien, con la norma incriminadora principal, de lo cual deducimos que la tipicidad si se presenta en la tentativa, al estar integrada 3sta como un figura accesoria contemplada en el art3culo 12 de nuestro C3digo Sustantivo Penal.

Sexta.- Otro de los elementos del delito, que es la culpabilidad se presenta en la tentativa ya que 3sta es catalogada como delito de car3cter doloso, atendiendo al presupuesto que desde el momento en que el sujeto resuelve dirigir sus actos u omisiones a la producci3n de un resultado, sin olvidarnos atender adem3s a los elementos del dolo, ya que en la tentativa existe intenci3n, traducida 3sta como la voluntad encaminada a un fin, pero tambi3n a una representaci3n.

S3ptima.- La punibilidad, como 3ltimo de los elementos del delito se presenta en la tentativa al encontrarse 3sta amenazada con una pena establecida en funci3n de las caracteristicas enunciadas por el art3culo 12 de nuestro ordenamiento penal y por ende, no podremos hablar de punibilidad en la tentativa si el agente desiste voluntariamente el producir un resultado, operando a s3 en su favor una aut3ntica y exclusiva excusa absolutoria.

Octava.- En lo concerniente a los actos preparatorios -

y de ejecución, tomando en cuenta éstos como la parte medular delictiva criminis, concluimos que la investigación de los mismos es de una relevancia jurídica preponderante, fundamento de lo anterior en el presupuesto de que no todos los actos que forjan la cadena delictiva y que son ejecutados por el sujeto para la realización mediata o inmediata de su propósito delictivo, constituye plenamente una tentativa punible.

Novena.- La tentativa surge como figura delictiva dentro del Derecho Penal Liberal, particularmente dentro del Derecho Penal Alemán el cual consagró en la Ley Carolina los lineamientos rectores de ésta, contemplando la creación de una forma amplificadora cuya obediencia nace de la necesidad de sancionar todas aquellas conductas encaminadas a la producción de un resultado y si éste no se perfecciona por causas ajenas a la voluntad del agente.

Décima.- La figura jurídica de la tentativa en ningún caso será semejante al delito frustrado ya que en éste el agente ha efectuado todo lo necesario para que el delito se perfeccione, es decir, los actos tendientes o encaminados hacia la perfección del mismo tienen la eficacia casual o aptitud necesaria para que el evento dañoso por él esperado surta sus consecuencias. Por el contrario, en la tentativa aún cuando el agente tenga la intención de cometer el delito, no ha hecho lo indispensable para producir el daño.

Décima Primera.- Si en la serie de actos tendientes a realizar el delito notamos que por ley natural no poseen la capacidad de producir el daño pretendido por el agente, no serán considerados como actos de tentativa, ya que carecen del peligro que debe estar presente en toda tentativa punible.

Décima Segunda.- Dentro de la temática que conlleva el estudio del llamado delito imposible, los requisitos que necesariamente revisten los actos de tentativa, no deben de apartarse de su naturaleza idónea, esto es, tienen que ser capaces de producir el resultado. Por otro lado, es importante mencionar que en nuestra legislación no hay referencia al delito imposible, pero a la vez es un capítulo importante dentro de la dogmática jurídico-penal por la gran variabilidad de presupuestos que se presentan en el estudio de la conducta.

Décima Tercera.- No podremos hablar de la configuración de una tentativa punible o no contra un objeto que sólo existe en la mente de quien actúa; no es punible la acción porque ésta se pierde en el vacío. La acción que no daña ni pone en peligro el bien jurídico tutelado por ende, carece de antijuridicidad.

Décima Cuarta.- No se podrá verificar el evento criminal cuando se presenta la inidoneidad relativa cuando en el curso de la actividad delictuosa contra la que se dirigía

la conducta desplegada por el agente ha desaparecido ese objeto, este hecho, pensamos debe de ser sancionado, porque a diferencia de la inidoneidad absoluta en la que el objeto ha comenzado a faltar antes del inicio de la acción; y para solucionar este problema de la inidoneidad de los actos habrá- que acudir, según dice Antolisei al juicio ex-ante.

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

ANTOLISEI, Francisco. Manual de Derecho Penal. Parte -  
General. Ed. UTEHA. Buenos Aires, 1960.

BELING, Ernesto Von. Esquema de Derecho Penal. La Doc-  
trina del Delito-Tipo. Ed. Depalma. Buenos Aires, 1944.

BETTIOL, Giuseppee. Derecho Penal. Parte General. Ed. -  
Témis, Bogotá, 1965.

CARRANCA y RIVAS, Raúl. Código Penal Anotado. Ed. Po-  
rrúa. México, 1986.

CARRANCA y TRUJILLO, Raúl. Derecho Penal Mexicano. Par-  
te General. Ed. Porrúa. México, 1991.

CARRARA, Francisco. Teoría de la Tentativa y la Compli-  
cidad o del Grado de la Fuerza Física del Delito. Ed. Góngo-  
ra. Madrid, 1926.

CARRARA, Francisco. Programa de Derecho Criminal. Parte  
General. Vol. I. Ed. Témis. Bogotá, 1971.

CARRARA, Francisco. Opúsculos de Derecho Criminal. Vol.  
I. Ed. Témis. Bogotá, 1976.

CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos Elementales -  
de Derecho Penal. Ed. Porrúa. México, 1985.

CUELLO CALON, Eugenio. Derecho Penal. Parte General -  
T. I y II. Ed. Bosh. Barcelona, 1971.

ENCICLOPEDIA Jurídica Omeba. T. III y XVI. Ed. Biblio-  
gráfica Argentina. Buenos Aires, 1967.

FERRI, Enrique. Principios de Derecho Criminal. Ed. -  
Reus. Madrid, 1933.

FONTAN BALESTRA, Carlos. Derecho Penal. Parte General.  
Ed. Abelodo-Perrot. Buenos Aires, 1966.

FRANCO GUZMAN, Ricardo. La Subjetividad en la Ilícitud.  
Ed. José M. Cajica Jr. S.A. México, 1959.

FRIAS CABALLERO, Jorge. El Proceso Ejecutivo del Delito. Ed. Bibliográfica Argentina. Buenos Aires, 1956.

GAROFALO, Rafael. La Criminología. Ed. Daniel Jorro.-  
Madrid. 1912.

GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. El Código Penal Comentado. Ed. Porrúa. México, 1981.

JIMENEZ DE ASUA, Luis. Tratado de Derecho Penal. T. III.  
Ed. Losada. Buenos Aires, 1963.

JIMENEZ DE ASUA, Luis. La Ley y el Delito. Ed. Hermes.  
México, 1986.

JIMENEZ HUERTA, Mariano. La Antijuridicidad. Ed. Imprenta  
Universitaria. México, 1952.

JIMENEZ HUERTA, Mariano. Derecho Penal Mexicano. T. I.-  
Ed. Porrúa. México, 1977.

JIMENEZ HUERTA, Mariano. Derecho Penal Mexicano. T. II.  
Ed. Porrúa. México, 1982.

LISZT, Franz Von. Tratado de Derecho Penal. T. III. 2a.  
Edición. Ed. Reus. Madrid, 1926.

- LISZT, Franz Von. Tratado de Derecho Penal. T. II. Ed. Reus. Madrid, 1973.
- MALO CAMACHO, Gustavo. Tentativa del Delito. Ed. UNAM.- Instituto de Investigaciones Jurídicas. México, 1971.
- MANZINI, Vincenzo. Tratado de Derecho Penal. Parte General. T. III. Ed. Ediar. Buenos Aires, 1949.
- MAURACH, Reinhart. Tratado de Derecho Penal. T. II. Ed. Ariel. Barcelona, 1962.
- MEZGER, Edmundo. Tratado de Derecho Penal. T. II. Ed. - Revista de Derecho Privado. Madrid, 1957.
- MEZGER, Edmundo. Derecho Penal. Parte General. T. I. - Ed. Cárdenas Editores. México, 1985.
- PALACIOS VARGAS, Ramón. La Tentativa. Ed. Cárdenas Editores. México, 1979.
- PAVON VASCONCELOS, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. Ed. Porrúa. México, 1978.
- PAVON VASCONCELOS, Francisco. La Tentativa. Ed. Porrúa. México, 1982.
- PESINA, Enrique. Elementos de Derecho Penal. Ed. Reus.- Madrid, 1936.
- PORTE PETIT, Celestino. Importancia de la Dogmática Jurídico-Penal. Ed. Gráfica Panamericana. México, 1954.
- RAMOS BEJARANO, Francisco Javier. La Tentativa Inacabada. Revista de la Facultad de Derecho. No. 53. T. XIV. Enero-Marzo 1964. Ed. UNAM.

SOLER, Sebastian. Derecho Penal Argentino. T. II. Ed. -  
Tipográfica Argentina. Buenos Aires, 1973.

VILLALOBOS, Ignacio. Derecho Penal Mexicano. Ed. Porrúa.  
México, 1990.

WELZEL, Hans. Derecho Penal Aleman. Parte General. Ed.-  
Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 1970.

WESSELS, Johanes. Derecho Penal. Parte General. Ed. De-  
palma. Buenos Aires, 1980.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal. Ed. -  
Cárdenas Editores. México, 1986.

#### LEGISLACION CONSULTADA

Código Penal para el Distrito Federal y Territorio de -  
la Baja California sobre Delitos del Fuero Común y para toda  
la República sobre Delitos de la Federación. 1872.

Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Fe-  
derales de 1929.

Anteproyecto del Código Penal para el Distrito Federal-  
y Territorios Federales en Materia del Fuero Común y para -  
toda la República en Materia del Fuero Federal. 1949.

Leyes Penales Mexicanas. T. IV. Instituto Nacional de -  
Ciencias Penales. México, 1980.

Código Penal. Ed. Porrúa. México. 1991.