

321309

UNIVERSIDAD **TEPEYAC**

del

13
205

ESCUELA EN DERECHO
CON ESTUDIOS RECONOCIDOS OFICIALMENTE POR
LA UNIVERSIDAD AUTONOMA DE MEXICO
CLAVE No.3213

PARA EL DESARROLLO TOTAL



TEORIA DE LA TENTATIVA

TESIS
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
PRESENTA
HECTOR SOLORIO GUDIÑO
ASESOR DE TESIS
LIC. PEDRO HERNANDEZ OROZCO
CEDULA PROFESIONAL 743062

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México

UNAM



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

INTRODUCCION	I
I. GENERALIDADES DE LA TENTATIVA	
1. Ubicación sistemática	2
2. Naturaleza de la tentativa	12
3. Concepto regulación	13
II. LAS ETAPAS DE DESARROLLO DE LA ACCION DELICTIVA (ITER CRIMINIS)	
1. Los grados de realización de la acción delictiva	18
1.1 Resolución	
1.2 Preparación	
1.3 Ejecución	
1.4 Consumación	
2. Delimitación entre tentativa y actos preparatorios (teorías)	23
2.1 Teorías objetivas	24
2.2 Teorías subjetivas	27
3. Tentativa y Consumación (grados de transición)	31
3.1 Tentativa inacabada y acabada	33
3.2 Consumación y agotamiento	35
4. Fundamento de la punibilidad de la tentativa (Teorías)	37

III. ELEMENTOS DE LA TENTATIVA (Estructura)	
1. Conducta	43
2. La tipicidad	45
2.1 El tipo objetivo.- sus elementos. (Ambito de delimitación).	48
2.2 El tipo subjetivo.- sus elementos.	49
a) El dolo de la tentativa	
b) Otros elementos	
3. La antijuridicidad	51
4. La culpabilidad	52
IV. LA DELIMITACION DE LA TENTATIVA PUNIBLE	
1. La llamada tentativa idónea.	57
1.1 Problemática actual	
1.2 Casos y efectos	
1.3 Punibilidad de la tentativa inidónea. Fundamento (Teorías)	
1.4 La llamada tentativa supersticiosa o "irreal"	
2. El delito putativo	67
2.1 La tentativa inidónea y el delito putativo	
2.2 El delito putativo y la inidoneidad del sujeto	
2.3 La impunidad del delito putativo	
V. EL DESISTIMIENTO DE LA TENTATIVA	
1. Generalidades del desistimiento	70
1.1 Concepto	70
1.2 Naturaleza y fundamento	72
a) Naturaleza del desistimiento	

b) Fundamento de la impunidad (Teorías)	
2. Formas esenciales de manifestación y presupuestos	74
2.1 El desistimiento de la tentativa inacabada	74
a) El momento objetivo	
b) El momento subjetivo	
c) Error sobre la inidoneidad de la acción del desistimiento	
2.2 El desistimiento de la tentativa acabada	75
3. Casos especiales	77
3.1 El desistimiento en acciones preparatorias	
3.2 El desistimiento en el delito consumado	
3.3 El desistimiento tratándose de participación de varios	
3.4 El desistimiento de la tentativa calificada	
VI. CASOS ESPECIALES DE TENTATIVA	
1. Tentativa en los delitos calificados	80
2. Tentativa en los delitos culposos	84
3. Tentativa en la autoría y participación	85
INVESTIGACION DE CAMPO	93

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

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

Nuestra ley fundamental exige la debida aplicación de las leyes y -
prohibe la analogía en materia penal, nuestra actual legislación --
criminal se encuentra en momentos de actualización científica, lo -
que ha motivado tipificación de mayor técnica que en ocasiones pro-
voca una mala interpretación de las leyes, por tanto es objetivo --
justificado del presente trabajo, el pretender conseguir interpre-
tar el verdadero sentido que el legislador le da a la tentativa en
el derecho penal, recientemente reformado.

Existen diferentes tipos de teorías acerca del tema a tratar
de la tentativa, asimismo encontramos administradores de justicia -
que por su edad y tiempo en el campo no se encuentran actualizados
y así también quienes no obstante estar vigentes se inclinan por -
diferentes teorías, lo que motiva diferentes formas de interpretar
la ley, lo que redundará en la situación jurídica de quienes se ven -
envueltos en una problemática criminal, sean ofendidos o responsa--
bles, ante esta situación pretendemos plantear el problema y su po-
sible solución.

Siendo la teoría la pauta para que por medio de análisis doc--
trinario la legislación de un Estado se vaya actualizando conforme
a las necesidades que van cambiando a través del tiempo en cada me-
dio social, la investigación a realizar es como consecuencia de una
crítica a la forma en como se debe interpretar sobre todo por los -

administradores de justicia, la tentativa en el derecho penal, ya - que es importante el hecho de que mediante la doctrina, pueda darse lugar a la debida comprensión de la tipificación legislativa; por - consiguiente es imprescindible para poder lograr una debida conclusión, conocer las distintas teorías que tratan el tema de estudio, tanto en el marco teórico nacional como en el internacional y final- mente aportar en forma personal la debida aplicación de la tentati- va, en el campo forense profesional, viéndolo desde el punto de vig- ta de la defensa, de la acusación y de la decisión.

Para poder lograr las conclusiones propias del trabajo de investiga- ción a realizar es menester atender a la doctrina nacional que pre- valece, y compararla con la internacional, para lo cual se analiza- rá principalmente autores que forman parte de la administración de justicia como Castellanos Tena, otros que son meramente teóricos co- mo Ignacio Villalobos quienes se mantuvieron vigentes en la actuali- zación del derecho penal, como Jiménez Huerta y otros que traen con- sigo una ideología de lo que es el derecho penal moderno como Moi- sés Moreno Hernández, analizándose extranjeros considerados cientí- ficos del derecho punitivo moderno como Zaffaroni, Welzel y Baciga- lupo entre otros, todos estos autores representantes de teorías ob- jetivas, objetivo-subjetivas y puramente normativas, actual teoría que impera en el mundo.

I. GENERALIDADES DE LA TENTATIVA

I. GENERALIDADES DE LA TENTATIVA

1. Ubicación Sistemática

Existen Estados en los que no tiene relevancia el estudio de la -- tentativa, ya que no se aplica correctamente el derecho, es más no se puede hablar de una aplicación del mismo.

Así las cosas, nos encontramos con que existen Estados de Derecho y Estados Autoritarios. Dentro del primer sistema existen las siguientes características:

1. Cuenta con una división de poderes, cuyas facultades se encuentran compladas en la Constitución, aunque el hecho de que cuente con este ordenamiento no significa que sea un Estado de Derecho, sino que, para que pueda considerarse como tal, debe existir un reconocimiento a la división de poderes y a los derechos del hombre - como tal, ejemplo: Principio de la Legalidad que se encuentra plasmado en la Constitución y que a continuación se transcribe:

Art. 14. A ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades,

des, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trate.

En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser -- conforme a la letra, o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de esta se fundará en los principios generales del derecho.⁴¹

La importancia de que exista el reconocimiento a la división de poderes radica en que habrá un órgano encargado de crear las leyes y otro que realizará la aplicación de las mismas, ya que a diferencia de los Estados Autoritarios, en este, una sola persona será la encargada de la creación y aplicación de las leyes.

⁴¹ Constitución Política de los E.U.M., p. 13.

2. El Estado de Derecho se caracteriza por ser una creación -- del hombre para satisfacer sus necesidades, es decir para que proteja los bienes jurídicos de vital importancia, siendo algunos de --- ellos la vida, la libertad, la integridad, etc., los demás bienes -- serán protegidos por otras ramas del derecho. Para lograr la satisfacción de esas necesidades cuenta con el derecho, el cual se en--- cuentra dividido en ramas y entre éstas se localiza el Derecho Penal.

3. La creación de las leyes penales tiene como finalidad proteger los bienes fundamentales y es en ellas mismas donde se va a delimitar la facultad punitiva del Estado (Jus Puniendi).

El Jus Puniendi es el que va a hacer la distinción entre un Estado de Derecho y uno Autoritario. Si la facultad punitiva no --- tiene límites estaremos en presencia de un Estado Autoritario, en caso contrario podemos hablar de un Estado de Derecho.

Respecto al reconocimiento de los derechos del hombre que se hace en el Estado de Derecho, cabe hacer las siguientes consideraciones:

En relación al Principio de Legalidad.- Primeramente se requiere de la creación de una ley que describa una conducta determinando una sanción. En caso de tratarse de una ley penal se requiere de la existencia de tipos cerrados, a efecto de haya seguridad, como se establece en el artículo 14 de la Constitución.

Una vez creada la ley, al presentarse una conducta que se ade-

que a lo establecido en aquella, el juzgador estará en aptitud de aplicar la sanción correspondiente, con la salvedad de que el sujeto sea culpable, es decir que se debe atender al principio de culpabilidad que consiste en que el Estado es el encargado de aplicar la ley, pero sólo podrá aplicar la sanción si el sujeto es culpable, ya que de lo contrario se desobedecería el principio de inocencia, que consiste en la presunción de que el sujeto es inocente hasta que se pruebe lo contrario.⁽²⁾

Todos estos principios corresponden a un Estado de Derecho y junto a ellos se encuentra también el Principio de Acto o de Hecho, el cual señala "a nadie se le aplicará una sanción si no es por el hecho cometido y no sólo por lo que el sujeto es."⁽³⁾

Sin embargo, por falta de técnica jurídica, por omisiones graves o por imposibilidad de abarcar toda la materia de prohibiciones se da origen a tipos indeterminados o abiertos; se deja abierta la puerta para que el juzgador venga a complementar lo que el legislador dejó incompleto. Pero dichos tipos deben tener cuando menos, la descripción de una parte de la materia de la prohibición, el juzgador extrae el complemento del mismo ordenamiento legal, de otra parte del orden jurídico o de los principios generales del derecho.

En contraposición a estos principios, encontramos los que se aplican en un Estado Autoritario:

a. Lo contrario al principio de legalidad es el de oportunidad

⁽²⁾ Moisés, Moreno Hernández. Apuntes de Derecho Penal. p. 13

⁽³⁾ Paracho Legislativo Mexicano. p. 7

o utilidad, en el cual, el Estado aplica una sanción no importando si la conducta que se va sancionar está previamente señalada en la ley.

b. El principio de peligrosidad es contrario al de culpabilidad. Nuestro Código Penal, en el punto relativo al de la individualización de la pena, notamos que uno de los principios o criterios determinantes para fundamentar la aplicación de la pena y para la medición de la misma la constituye la peligrosidad del autor, además de la gravedad del hecho. Esto es notorio en las resoluciones de los jueces, por lo que debemos considerar que algunas resoluciones adolecen de ciertas arbitrariedades, pues se adoptan criterios que no son acordes con los principios de un Estado de Derecho. "Se esta poniendo una sancion no por el hecho, sino por lo que el sujeto es."⁴¹

La función de los principios rectores del Derecho Penal, viene a constituir una limitante al poder punitivo del Estado, es decir se concreta en una garantía para los gobernados.

Una vez creados los tipos penales, hay que ver que éstos solo se refieren a actos consumados. Es aquí donde surge la interrogante de si solo las acciones consumadas cumplen con los objetivos del Derecho Penal, es decir, si el objetivo del Derecho Penal es proteger el bien jurídico. Únicamente cuando éste se vea afectado se va a -- aplicar una sanción. Para vislumbrar esta interrogante, surge como una política criminal el hecho de que la consecuencia jurídica se --

⁴¹ Moises Moreno Hernández, p. 9

extienda a otros actos que no han llegado a su consumación, pero -- que ponen en peligro el bien jurídico tutelado, de ahí surge la necesidad de que tales actos sean punibles. Pero solo aquellos actos que han salido de la esfera interna del sujeto y que se han exteriorizado, aunque no lleguen a su consumación. Es aquí donde vamos a encontrar la delimitación entre actos consumados, tentativa y actos preparatorios.

Cuando el legislador ha creado la ley viene el segundo paso -- que consiste en darla a conocer a los gobernados. Con esto se pretende que la colectividad se intimide y no realice las conductas señaladas en la ley; pero sucede que no todos los integrantes de la población acatan u obedecen las leyes, violando las mismas, aunque en materia penal es más acertado hablar de una adecuación de la conducta al tipo penal que la regula.

Es aquí donde entra en funciones otro de los órganos del Estado, que es el jurisdiccional, encargado de verificar la comisión de los delitos, aplicando la sanción que corresponda en caso de comprobarse la culpabilidad, teniendo en cuenta los mínimos y máximos, la gravedad del ilícito y la temibilidad del autor.⁽⁴³⁾

"Los criminólogos contemporáneos consideran que las penas no deben verse como sinónimos de castigo, sino que han de observar una función preventiva-reparadora."⁽⁴⁴⁾

Para poder ubicar la tentativa en la Teoría del Delito, es ne-

⁽⁴³⁾ Idem.

⁽⁴⁴⁾ Luis Marco del Pont. Curso de Derecho Penal. P. 12-13.

cesario hacer un analisis de esta partiendo del concepto de acción que los sistemas causalista y finalista tratan de explicar.

- Los Hegelianos manifiestan que la acción se estructura de dos partes:

- a) Aspecto objetivo
- b) Aspecto subjetivo (determinante para el Derecho Penal).

El concepto causal o naturalista, parte del desarrollo de las ciencias naturales, definiendo la acción como un proceso causal --- igual a algun fenomeno natural, siendo en conclusion, un movimiento corporal voluntario.

Manifiestan que los elementos de la acción son : Causa (movimiento corporal) efecto (transformación del mundo exterior) y causalidad (nexo causal o relacion causal) y que su característica radica en que la voluntad constituye el componente esencial de la acción, considerada aquella unicamente en su aspecto externo.

Aseguran que la voluntad se divide en dos:

- Manifestación de la voluntad (aspecto externo).
- Contenido de la voluntad (aspecto interno), que se le llamo dolo y fue ubicado en la culpabilidad.

En base a lo anterior, las normas penales debian prohibir esas acciones causales. por lo que se dijo que las normas describirian - meros procesos causales ciegos (meros movimientos corporales) donde

no importaba el contenido de la voluntad. Esto deformó la estructura del tipo al igual que sus elementos y dio lugar a que se dijera que este concepto no explicaba los delitos de omisión, dando surgimiento a la Escuela Alemana de Valores.

- El concepto social define la acción como un movimiento corporal voluntario que modifica el mundo social en las acciones, así como en las omisiones. Quedando la estructura de la acción de igual forma que en el concepto causalista, es decir que el dolo queda ubicado en la culpabilidad.¹⁷⁾

- A partir de 1930, aparece el concepto final de acción criticando los conceptos anteriores y definiendo a esta como un proceso causal de sentido, ya no ciego, como lo consideraban en el concepto causal o naturalista.

Como los tipos penales reflejan el contenido de la acción, deben tener los elementos objetivos y los subjetivos.

En un principio se decía que el delito tenía dos elementos: objetivo (antijuridicidad) y subjetivo (culpabilidad). Pero la teoría finalista viene a establecer que el tipo tiene elementos objetivos y subjetivos y el dolo y la culpa se desligan de la culpabilidad, quedando esta con elementos normativos o valorativos.

Al analizarse la ley, se concluyó que esta tenía elementos objetivos-normativos, es decir elementos que no se aprecian con la so

¹⁷⁾ Fernando. Castellanos Tena. Temas elementales de Derecho Penal. p. 201.

la aplicación de los sentidos, ya que se requiere de un juicio de valoración.

Mayer y Hegler sostenían " que para saber si una conducta era antijurídica o justificada se requería de elementos subjetivos. -- Unos se analizaban en el tipo y otros en la antijuridicidad."⁽⁸⁾

Para los autores mexicanos causalistas como Castellanos Tena, González de la Vega y Carranca y Trujillo, el tipo está estructurado de la siguiente manera:

"Elementos subjetivos (referente al autor del hecho).

"Elementos objetivos".

"Elementos normativos".⁽⁹⁾

En un hecho delictuoso debe analizarse:

"Actividad desplegada.

"Si se lesionó el bien jurídico o si solo se puso en peligro.

"El nexo causal.

"El objeto material."⁽¹⁰⁾

DIFERENCIAS ENTRE AMBOS SISTEMAS

1. El causalismo parte del concepto causal de acción, mientras que el finalismo del concepto final de acción.

⁽⁸⁾ Eugenio Raúl Zaffaroni. Manual de Derecho Penal p. 349.

⁽⁹⁾ Apuntes de Derecho Penal I, p. 23.

⁽¹⁰⁾ Idem.

2. En el causalismo, en el tipo solo hay elementos objetivos y los subjetivos (dolo y culpa) estan en la culpabilidad, mientras -- que en el finalismo se desligan el dolo y la culpa de la culpabilidad. ya que tambien se consideran elementos subjetivos en el tipo y asi, quedan integrados en este el dolo y la culpa y consideran a la culpabilidad como el juicio de reproche que se le hace a un sujeto por el injusto penal cometido.

Ademas, para el finalismo en la culpabilidad se puede exigir -- otra conducta; esto es, que el sujeto teniendo capacidad para com-- prender y conociendo la antijuridicidad de su conducta no haya acc-- tuado de manera diferente a como lo hizo. si en virtud de las cir-- cunstancias del hecho no pudo actuar de otra manera, no se le puede reprochar su conducta, ya que no le era exigible otra.

UBICACION SISTEMATICA DENTRO DE LA TEORIA DEL DELITO

La generalidad de los autores consideran a la tentativa como una -- forma especial del delito.

¿Como aparece el delito?

En la doctrina contemporanea. la tentativa, el concurso, la au-- toria y la participacion ya no se consideran formas especiales de -- aparicion del delito, sino como formas de realizacion que se anali-- zan en la tipicidad.

En la tipicidad es donde podemos distinguir si se han realiza-- do total o parcialmente los elementos del tipo y asi poder determi--

nar si se trata de un delito consumado o uno tentado.

También en la tipicidad se estudia el número de participantes en el delito, esto es:

Autoria simple (es la intervencion del numero de personas exigidas por el tipo).

Coautoría.

Coautoría mediata.

Instigación.

Complicidad.¹¹¹

2.- NATURALEZA DE LA TENTATIVA

Existen dos criterios para determinar la naturaleza de la tentativa:

a) Que la tentativa es una figura jurídica autónoma y que por tanto tiene su propio tipo y punibilidad; concluyendo que no es una figura accesoria (pocos autores concuerdan con este análisis).

b) Que la tentativa es una figura accesoria, es decir, que depende de otras ya que no tiene tipo ni punibilidad propios. Además en la parte especial de la ley no tiene una descripción, sino que - por el contrario, tiene su regulación en la parte general y rige para todos los delitos que admitan la tentativa.

¹¹¹Idem.

Como ya se señalo con antelacion, la tentativa y el delito con sumado, se dan al analizar los elementos objetivos del tipo y la punibilidad es para ambos.

"Es menester señalar que el precepto legal que define a la tentativa, no describe a una conducta para proteger un bien juridico - especifico y tampoco señala una sancion, sino que por el contrario, nos remite a la sancion señalada para cada tipo, siempre y cuando - acepten estos la tentativa."⁽¹²⁾

3. CONCEPTO = REGULACION

El fundamento juridico de la tentativa lo encontramos en el articulo 12 delCodigo Penal para el D.F. vigente, que a la letra establece.

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

Para imponer la pena de la tentativa los jueces tendran en cuenta la temibilidad del autor y el grado al -

⁽¹²⁾Eugenio Raúl Zaffaroni...p. 640.

que se hubiere llegado en la ejecu---
cion del delito.

Si el sujeto desiste espontánea-
mente de la ejecución o impide la con-
sumación del delito, no se impondrá -
pena o medida de seguridad alguna por
lo que a este se refiere, sin perjui-
cio de aplicar la que corresponda a -
actos ejecutados u omitidos que cong-
tituyan por si mismos delito.⁽¹³⁾

De esta definicion derivan varios elementos (desistimiento en
la tentativa, tentativa no punible, grado de ejecución del delito -
y otros) que serán analizados en capitulos subsecuentes, así como -
algunos criterios doctrinales y jurisdiccionales que se harán valer

El precepto de la tentativa conduce a la necesaria interpreta-
ción tanto por parte del sector doctrinario, jurisdiccional y priva-
do, en el sentido de considerar los alcances de nuestro sistema pe-
nal positivo mexicano, en relación con la tentativa, así debemos di-
lucidar si se contempla la tentativa inidónea, los momentos del ---
Iter Criminis, el periodo de ejecución, etc.. materia básica de la
presente Tesis.

Otra definicion de la tentativa es la que aporta la Real Acade-
mia de la Lengua, y que consiste en la "acción con que se intenta,

⁽¹³⁾ Código Penal para el P.F. p. 10.

experimenta o prueba una cosa."⁽¹⁴⁾

Para Jimenez de Asua consiste en la ejecución incompleta de un delito."⁽¹⁵⁾

Castellanos Tena la define como " los actos ejecutivos, encaminados a la realización de un delito, si este no se consume por causas ajenas al querer del sujeto."⁽¹⁶⁾

Enrique Bacigalupo dice al respecto: "delito tentado es aquel en que la consumacion no tiene lugar porque, a pesar de que el autor ha comenzado la ejecución del hecho tipico, falta algun elemento del tipo objetivo, lo que impide la consumacion, mientras el tipo subjetivo se da integramente."⁽¹⁷⁾

Para concluir el presente capitulo y hecho el analisis anterior, estamos en posibilidad de afirmar que en nuestro sistema penal positivo mexicano es necesario el estudio de la tentativa, en virtud de que vivimos regidos por un Estado de Derecho, en el cual deben respetarse las garantias de los gobernados.

Sistematicamente, la tentativa se encuentra ubicada en la tipicidad, pues en esta es donde podemos distinguir si se han realizado total o parcialmente los elementos del tipo.

⁽¹⁴⁾ Diccionario de la Lengua Española, p. 729.

⁽¹⁵⁾ Fernando Castellanos Tena, p. 279.

⁽¹⁶⁾ Idem.

⁽¹⁷⁾ E. Bacigalupo, Reflexiones sobre la tentativa en el Código Penal Mexicano, p. 22.

Estamos de acuerdo con el criterio de que la tentativa es una figura accesoria en virtud de que, partiendo de la definición del código penal vigente, el artículo 12 de este no describe una conducta específica y menos aun, señala una sanción determinada, sino que para tal efecto nos debemos remitir a la pena contenido en cada tipo, siempre y cuando éstos permitan la tentativa. En otras palabras existe tentativa de homicidio, de robo, etc., pero no hay tentativa de un delito tentado.

II. LAS ETAPAS DE DESARROLLO DE LA ACCION DELICTIVA

I. LAS ETAPAS DE DESARROLLO DE LA ACCION DELICTIVA
(ITER CRIMINIS)

1. Los grados de realización de la acción delictiva.

En un principio, cualquier conducta, sea típica o atípica, se inicia en la mente del sujeto que pretende realizarla. Si dicha conducta es típica, es necesario establecer cuales son las etapas internas y cuales las externas de la voluntad, para así poder determinar a partir de que etapa la conducta puede ser punible.

Para Zaffaroni "el delito se inicia cronológicamente como una idea en la mente del autor, que a través de un proceso que abarca - la concepción (idea criminal), la decisión, la preparación, la ejecución, la consumación y el agotamiento, llega a afectar el bien jurídico tutelado en la forma descrita por el tipo."¹⁰¹

A todo este proceso se le denomina Iter Criminis (camino del crimen). De esta definición surge la necesidad de establecer si todas sus etapas pueden ser penadas, o a partir de cual de ellas podemos hablar de punibilidad.

Comenzaremos afirmando que no todas esas etapas pueden ser penadas ya que las ideas no delinquen, por ser ellas una etapa interna del autor. En caso contrario se estaría violando el principio de

¹⁰¹ Eugenio Raúl Zaffaroni, p. 609.

que el pensamiento no puede soportar ninguna pena (Cogitationis Poenam Nemo Patitur).⁽¹⁹⁾

Al respecto, Jimenez de Azua menciona que: " el padre Jeronimo Montes sostenia que seria inutil plantear el problema de si el pensamiento ha de ser o no punible. hasta que la justicia humana descubre los procedimientos para penetrar en la mente de las personas".⁽²⁰⁾

La aseveración del padre Jeronimo Montes en la actualidad solo es aplicable en parte, ya que, como se señalo con anterioridad, unicamente se va aplicar una sanción cuando se afecte el bien juridico tutelado o cuando se ponga en peligro el mismo con actos exteriorizados, pues el solo pensamiento no afecta dicho bien.

En este sentido, aunque en la actualidad se lograra penetrar en la mente del autor, no se le podria sancionar, pues el solo hecho de pensar delictivamente no afecta ningun bien juridico, por tanto mientras no sea exteriorizada la voluntad y en tanto no ponga en peligro dicho bien, no se puede decir que sea punible esa conducta.

Desde la época de los romanos ya era aplicable el principio de que las ideas no delinquen. Prueba de ello es que tal principio (Cogitationis Poenam Nemo Patitur) fue considerado en el Digesto.

⁽¹⁹⁾ Luis. Jimenez de Azua. "Las ideas y su impunidad". Revista Mexicana de Derecho Penal, p. 24.

⁽²⁰⁾ Ibid., p. 23.

No obstante lo anterior, en los edictos italianos y germánicos las ideas podían ser castigadas en cierta clase de delitos. Como -- ejemplo podemos citar un caso ocurrido el 15 de diciembre de 1503, en acuerdo por el Consejo de los Diez fue ahorcado en Venecia, Marco Sasso, acusado de que meditaba matar al Dux y al hijo de este Lorenzo Loredan: "...y le aplicaron la cuerda y el fuego, y no quería confesar; pero al final confesó. Y así en el Consejo de los Diez se acordó que hoy fuere ahorcado entre las dos columnas en una horca - de altura un paso más de lo acostumbrado, en la cual debe permanecer tres días para que todos lo vean, sirviendo de ejemplo, que no sólo el que hace el mal, sino el que piensa hacerlo será castigado"

(21)

Así como el caso anterior se pueden señalar varios más, pero - cabe hacer la aclaración de que la mayoría de ellos sucedieron durante los tiempos de la inquisición en los que el sacerdote pretende penetrar en la conciencia y pensar ataques nunca cometidos. Entonces sucedía que se les proclamaba heréticos y eran condenados a la hoguera hombres que jamás habían confesado que pensaban heréticamente. Pero dichos casos, solo tienen relevancia para recalcar que durante esa época hubo total ausencia de aplicación del derecho, razón por la cual puede asegurarse que fue la etapa más vergonzosa de la humanidad.

En general, se puede afirmar que las disposiciones vigentes - (Austria, Bolivia, España, México, Argentina, etc.), no contienen textos en los que se establezca la punición de las ideas, por lo -

(21) Ibid., p. 25-26.

que es inútil citar autores o leyes que sostienen la no impunidad de las mismas.

De lo anterior se desprende que las etapas internas del Iter - Criminis no son punibles, siendo éstas, la concepción y la decisión aunque hay también quienes consideran a la deliberación, ya que no se ha exteriorizado.

La concepción es el primer momento que se da en la esfera interna del sujeto. El proceso que se inicia aquí, puede interrumpirse o borrarse ahí mismo y no pasa nada, es decir no es punible, --- ejemplo: aquel que piensa en robar y nunca exterioriza la conducta.

La resolución es la etapa en la que, una vez que se han analizado los pros y los contras de llevar a cabo el hecho que se ha propuesto, se toma la decisión de realizar ese hecho, constituyendo la última etapa de la esfera del pensamiento, en este momento puede desistirse o realizarse ese algo que se ha propuesto.

La decisión o resolución puede exteriorizarse, pero "la mera - expresión verbal de la decisión de delinquir, aunque se trata de -- una conducta no es punible, porque no es mas que una manifestación de propósito cuya exteriorización típica no es precisamente la palabra, sino el efectivo avance en el Iter Criminis." (22)

Sin embargo, por política criminal existen algunos casos como las amenazas que son punibles cuando se expresan.

(22) Eugenio Raúl Zaffaroni. Problemas Especiales de la Tipicidad, p. 672.

La primera etapa de la esfera externa, la constituye la preparación, que consiste en disponer o allegarse de todos los medios necesarios para llevar a cabo su cometido. "No obstante, tampoco es punible (por lo general) esta etapa del Iter Criminis."⁽²⁰⁾

En contraste con lo anterior, el Código Penal francés en casos excepcionales tipifica en la parte especial algunos actos preparatorios, como la asociación para delinquir o la conspiración para cometer traición.

Igualmente para el Código Penal Mexicano los actos preparatorios son, en principio, impunes, pero admite que ciertos actos preparatorios pueden ser punibles por razones de política criminal. Ello obedece a la importancia del bien jurídico en juego, a la gravedad del hecho que se realiza, en virtud de los medios que se utilizan para su realización. Ejemplo: delitos contra la seguridad de la nación (conspiración.- con este delito el Estado se ha excedido en su facultad punitiva).

Si ya se ha tomado la resolución delictiva y se han realizado actos preparatorios y posteriormente se inician actos que van constituyendo un principio de ejecución de la conducta descrita en la ley, estaremos en presencia de actos ejecutivos.

En principio los actos ejecutivos son punibles, pero hay algunos de ellos que son impunes (desistimiento, arrepentimiento activo etc.). Precisamente en esta etapa del Iter Criminis es donde surge

⁽²⁰⁾ Moisés Morano Hernández, p. 23.

la tentativa punible ya que una vez realizados todos los actos tendientes a la ejecucion de la conducta delictiva, puede o no realizarse ésta y en este caso estaremos en presencia de la tentativa. Por el contrario, si la conducta es llevada a sus ultimas consecuencias estaremos en la etapa de la consumacion y por tanto podremos hablar de un delito completo. En otras palabras, "la consumacion se produce cuando se han cumplimentado todos los requerimientos del tipo objetivo y del subjetivo, a diferencia con la tentativa en la que ya se han agotado los elementos subjetivos, pero no los objetivos del tipo."⁽²⁴⁾

En principio todos los actos consumados son punibles, pero hay casos en que no pueden serlo: ejemplo: circunstancias excluyentes de responsabilidad, que se encuentran contempladas en el art. 15 del Código Penal para el D.F. vigente.

2. Delimitación entre tentativa y actos preparatorios (Teorías)

El problema más arduo de la tentativa consiste en determinar la diferencia entre actos ejecutivos o de tentativa y actos preparatorios. Aunque este problema es muy difícil de resolver también es importantísimo porque se trata de un límite de la tipicidad.

La dificultad para determinar cuando hay comienzo de ejecución surge de que la tentativa no es un tipo independiente, "debiéndose determinar el comienzo de ejecución en cada uno de los tipos".⁽²⁵⁾

⁽²⁴⁾ Eugenio Raúl Zaffaroni. Problematiza Especial de la Tipici
dad. p. 678.

⁽²⁵⁾ Ibid., p. 679.

2.1 Teorías objetivas

Las teorías negativas.- Consisten en un conjunto de opiniones diferentes y que tienen una conclusión común: "es imposible determinar cuando hay un acto de preparación y cuando un acto de tentativa. Se trata de un problema similar a la cuadratura del círculo."⁽²⁶⁾

Aceptar esta teoría acarrearía dos consecuencias: Por un lado que todos los actos preparatorios sean punibles (solución que no se acepta por lo antes expuesto) y por otro dejar a criterio del juez la delimitación entre ambos actos, lo que implicaría un problema de límite de la tipicidad entregado por la ley al juzgador, violando así el Principio de Legalidad.

- El criterio objetivo de la univocidad ó equivocidad de los actos de tentativa, sostenido por Carrara y Carmignani, consiste en que, cuando los actos externos son inequívocos (que no pueden considerarse más que dirigidos a la consumación del delito) desde el punto de vista de un tercer observador, serán actos de tentativa o ejecutivos punibles.

Por otro lado, cuando se trata de actos equivocados (que se pueden dirigir a la consumación del delito como a la obtención de otro propósito no criminal) porque el tercero observador no pueda afirmar la inequívocidad, serán actos preparatorios impunes. Este criterio es aceptado por las legislaciones italiana y española.

⁽²⁶⁾ Eugenio Raúl Zaffaroni. Manual de Derecho Penal, p. 643.

En cuanto al C.P. mexicano, esta teoría no es aceptable, porque el comienzo de ejecución no puede determinarse considerando que al observador no le quepa duda sobre la finalidad del agente, además de que el sujeto no revela el fin de su conducta, la cual todavía no es delictiva.

Esta teoría de la univocidad se podría ejemplificar de la siguiente manera: cuando un sujeto sale en la madrugada de su casa -- por tando un arma, un saco vacío y cuerdas, sería autor de tentativa de robo calificado.

La teoría en cuestión no es aceptable porque establece como -- criterio determinante una cuestión procesal, no penal. "Fundado en una cuestión probatoria, pretende resolver una cuestión de fondo".

(27)

Otro criterio consiste en considerar los sujetos intervinientes en la comisión delictiva, siendo actos preparatorios y en consecuencia impunes aquellos que aun no salen de la esfera del sujeto activo; ejemplo: La persona que está ideando la forma de matar a -- otra, pero no se ha decidido si matarlo a puñaladas o con una pistola. Estos actos serían impunes.

Para que dichos actos sean punibles se requiere que además de salir de la esfera del sujeto activo, invadan la del sujeto pasivo, poniendo en peligro el bien jurídico tutelado de este, ejemplo: el autor trae consigo una pistola y anda en busca del sujeto pasivo. -

(27) Comentario Real. Ferreroni. Problemas de la Teoría del Delito. p. 600.

en cuanto lo localiza le dispara con intención de matarlo pero solo logra causarle lesiones. En este ejemplo, aplicando el criterios de los sujetos intervinientes en la comisión delictiva, la acción se tipificaría como lesiones; pero precisamente aquí surge el inconveniente de aceptar dicha teoría, ya que el aspecto subjetivo revela una finalidad diferente a la que nos brinda el tipo objetivo, pero debemos aplicar el principio de subsunción.

Tampoco es aceptable la teoría de los sujetos intervinientes en la comisión delictiva, en virtud de que también hay que considerar los aspectos objetivos y los subjetivos de la conducta desplegada.

- La teoría formal objetiva, sostenida por Béling, parte de lo establecido por la ley, pudiendo así determinar cuando estamos en presencia de actos que constituyen un principio de ejecución: ejemplo; en el homicidio, el principio de ejecución de privar de la vida comienza a partir de que el sujeto activo dispara su arma y por tanto todos los actos anteriores serán meros actos preparatorios y en consecuencia impunes, reduciéndose considerablemente el ámbito de lo punible, remarcándose el hecho de que la tentativa es un problema de límites.

- En Alemania e Italia, Mayer y Mancini crean la teoría material objetiva tratando de complementar la forma objetiva. Entonces consideran que los actos que se dan en el mundo exterior y hay coxg xidad entre éstos y lo descrito en la ley, constituirán ya un principio de ejecución (punibles), de los contrario serán impunes.

La teoría en cuestión, la material objetiva, podría ejemplificarse de la siguiente manera: el sujeto que entra a un museo y toma una pieza valiosa, se le debe considerar como autor de robo, cuando sólo en realidad tomó el objeto con el fin de apreciarlo detenidamente.

En este sentido, la teoría material objetiva es criticable --- pues no toma en cuenta el aspecto subjetivo de la conducta típica, es decir lo que el sujeto realmente se proponía.

2.2 teorías subjetivas

La concepción subjetiva de la delimitación entre tentativa y actos preparatorios, surge a raíz de las dificultades que presentaban las teorías objetivas para explicar la tentativa o la consumación de un delito, debido a que no tomaban en cuenta el aspecto subjetivo y -- por tanto no podían explicar lo que el sujeto realmente se había -- propuesto.

Dentro de estas teorías, las subjetivas, surge la creada por - el alemán Hans Welzel, en la cual ya se comienza a tomar en cuenta el aspecto subjetivo. Esta teoría presentó algunos inconvenientes, por ejemplo, que sólo tomaba en cuenta el aspecto subjetivo sin ha - cer alusión al objetivo, razón por la cual tuvo que ser modificada por el propio Welzel, de manera que también tomara en cuenta la - - acción descrita en la ley, logrando así su transformación a un cri - terio ecléctico, pues no sólo parte de la acción descrita en la - - ley, sino que también toma en cuenta el aspecto externo y además -- considera el aspecto subjetivo.

Esta teoría, creada y modificada por Welzel, se conoce como -- teoría subjetiva y la misma se divide posteriormente en dos criterios a saber:

a) Plan General del Autor, esta teoría fue sostenida, entre -- otros por Schroeder y se apega bastante a lo que es el aspecto objetivo, ya que no está tanto a lo que el sujeto en particular se propuso, sino a lo que un grupo de personas puede afirmar del caso concreto, "colocándose en una posición ex-ante o ex-post, esto es. en lugar del autor o en un lugar de observador."¹²⁸

Si la generalidad determina que ciertos actos van encaminados a la comisión de un ilícito y en base a esto se aplica una sanción. no se está tomando en cuenta el fin que el sujeto se propuso.

b) Plan Individual del Autor. Dentro de las teorías eclécticas encontramos la final objetiva (la más aceptada), también conocida -- como material objetiva y sostiene que hay tentativa cuando los actos realizados externamente colocan al autor en relación directa -- con la acción descrita en la ley. Debe haber una coincidencia entre lo que se da y lo que se haya propuesto hacer. Esta teoría es sostenida por Welzel y los autores finalistas.

Dentro de la teoría material subjetiva ya no hay que estar a -- lo que la generalidad piense sobre lo que se quiso hacer, sino a lo que el individuo se propuso.

¹²⁸ Moisés. Moreno Hernández. P. 34.

"Hay que estar a la acción descrita en la ley, para saber si - hay actos preparatorios o tentativa y posteriormente, hay que observar lo que externamente se realizó y, una vez eso, y ya que lo anterior no nos lleva a una correcta adecuación, hay que estar a lo que el sujeto se propuso con su plan individual".⁽²⁹⁾

La teoría en cuestión podría ejemplificarse de la siguiente manera: Una persona es sorprendida tratando de abrir un auto; primero hay que ver si esa conducta está descrita en la ley, hecho lo anterior y en caso de ser típica la conducta (hablemos de robo) hay que analizar lo que externamente se realizó, es decir hasta que grado se llegó en la realización de la conducta, posteriormente hay que estar a lo que el sujeto se propuso, pues puede suceder que el sujeto activo fuera cerrajero y por mandamiento del dueño tratara de -- abrir el carro porque fueron olvidadas las llaves dentro del vehículo.

En nuestra opinión, consideramos que la evolución de las teorías que tratan de explicar la diferencia entre tentativa y actos preparatorios es muy eficaz, siempre y cuando se aplique el criterio más avanzado: pero sucede que en México, la aplicación de la ley se apega bastante a lo que sostiene el criterio de la univocidad o -- equivocidad sustentado por Carrara; como prueba de ello transcribimos lo establecido en el numeral 256 del C.P. para el D.F. vigente.

Art. 256.- A los mendigos a quienes se aprenda con un disfraz o con -

(29) Idem.

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

3627 TENTATIVA Y ACTOS PREPARATORIOS

RIOS.- La tentativa implica un principio de ejecución y la puesta en peligro de un bien jurídico a virtud de un proceso unívoco, en tanto que el acto preparatorio es equivoco. El acto de tentativa implica un principio de ejecución sin consumación, y en cambio, el acto preparatorio es tan solo un supuesto material equivoco.⁽³¹⁾

3. Tentativa y consumación (grados de transición)

Como se señaló con antelación, la tentativa surge a partir de que ha comenzado la ejecución (como lo manifiesta la teoría formal obje

⁽³¹⁾ Indefinición y Teoría Representativa de 1958-1762. la. Ca-
la Penal. Volúmen Penal. P.P. 336, 338-339.

tiva), por ser ésta una etapa del Iter Criminis que ya pone en peligro un bien jurídico. es decir que se trata de una etapa que se ha exteriorizado y que afecta la esfera jurídica del sujeto pasivo al ponerlo en peligro, lo que implica trascendencia para el Derecho Penal.

La tentativa constituye un delito incompleto. Se dice que es incompleto porque no ha reunido todos los elementos del tipo objetivo; ejemplo: Homicidio.- El sujeto que ha realizado todos los actos tendientes a privar de la vida a otro (desenfundar, apuntar, disparar) pero que no logra su objetivo porque es mal tirador, porque el sujeto pasivo se movió, etc.. es decir. que por causas ajenas a su voluntad no logró el fin deseado, por tanto sólo faltó el elemento objetivo "privar de la vida".

Para ilustrar un poco más en relación a la tentativa y la consumación, citamos las siguientes Jurisprudencias.

3616 TENTATIVA.- Si de actos se concluye que el acusado ejecutó hechos directos e inmediatamente encaminados a la producción de un delito pero el resultado fue impedido por la oportuna intervención de un tercero, no es legal condenar por el delito consumado, sino que las penas deben ser las señaladas por la ley para la tentativa.

3623 TENTATIVA, elementos integrantes de la .- Para que la tentativa sea punible se precisa, como primer elemento, que el agente realice actos directos e inmediatamente encaminados a la comisión del delito de que se trata, y como actos de esa especie sólo se pueden tener aquellos que por su propia entidad, sin dar lugar a una ambigüedad de significación, se presentan como integrantes de un proceso dirigido a la realización de un hecho típico cuestionado; el segundo elemento es la circunstancia de que el delito no se llegue a consumar por causas ajenas a la voluntad del agente.⁽³²⁾

En conclusión, la diferencia entre tentativa y consumación radica en que en aquella no se reúnen los elementos del tipo objetivo mientras que en ésta sí, en tanto que los elementos subjetivos, se dan íntegramente en ambas figuras.

3.1 Tentativa inacabada y acabada

Una vez que se ha dado un principio de ejecución y hasta antes de la consumación pueden darse dos tipos de tentativa: La tentativa --

(32) Ibid.. P.F. 287-288.

acabada (llamada en la legislación comparada y en la doctrina del delito frustrado) que consiste en realizar todos los actos tendientes a la consumación de la conducta típica, pero que por causas ajenas no se completa, ejemplo: el autor que ha desplegado su engaño íntegramente en el delito de fraude y que solo le hace falta hacerse de la cosa o alcanzar el lucro indebido (art. 386 del C.P. para el D.F.) lo cual no consigue. Al respecto es menester transcribir la siguiente Jurisprudencia:

3617 TENTATIVA ACABADA.- Como fase externa del delito, la tentativa acabada es punible si el agente efectúa actos en relación con el verbo principal del delito de que se trata, o sea, existe un principio de ejecución o de penetración al núcleo del tipo, no consumándose por causas ajenas a su voluntad. ⁽³³⁾

Como ejemplo de tentativa acabada podemos citar el siguiente: el sujeto activo saca su arma y dispara en contra del sujeto pasivo y no logra privarlo de la vida por mala puntería.

Por otro lado, la tentativa será inacabada cuando se han interrumpido los actos que serían suficientes para la consumación del ilícito; si la interrupción se da por la intervención de un tercero o por causas ajenas a la voluntad del agente, la tentativa será

⁽³³⁾ Ibid. p. 357.

punible; en cambio, si la interrupción se efectúa por el sujeto activo, la tentativa podrá ser punible, ésto en base a una interpretación "a contrario sensu" de lo establecido en el párrafo I del art. 12 del C.P. para el D.F. vigente y lo establecido en el tercer párrafo del mismo precepto.

La distinción entre ambas clases de tentativa es importante para poder lograr un correcto análisis del punto relativo a la exclusión de la pena por desistimiento voluntario, como se verá en un estudio más detallado en el Capítulo 5 de la presente Tesis.

3.2 Consumación y agotamiento

Como ya se señaló, para que haya tentativa se requiere que haya un principio de ejecución y que no haya operado la consumación. Para que la consumación se produzca se requiere, que además de reunir -- los elementos subjetivos del tipo, se hayan cumplido todos los elementos del tipo objetivo. "La consumación se produce cuando se han cumplimentado todos los requerimientos del tipo objetivo."¹³⁴

Zaffaroni distingue entre consumación formal y material: Consumación formal es aquella en que la finalidad delictiva ha llegado a su climax, es decir ha logrado su objetivo, pero por la naturaleza del delito puede quedar pendiente el agotamiento del hecho.

Al referirnos a la "naturaleza del delito", es en relación con lo establecido en el numeral 7 del C.P. para el D.F. vigente, que -

¹³⁴ Eugenio Raúl Zaffaroni. Problemas Especiales de la Teoría del Delito. P. 678.

contiene la definición del delito y a su vez lo clasifica en:

"I.- Instantáneo, cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos:

"II.- Permanente o continuo, cuando la consumación se prolonga en el tiempo, y

"III.- Continuado, cuando con unidad de propósito delictivo y pluralidad de conductas se viola el mismo precepto legal."⁽¹³³⁾

Como ejemplo de delito instantáneo podemos citar el homicidio; un ejemplo de delito permanente es el rapto; y un ejemplo de delito continuado lo constituye el robo.

Una vez que se ha dado la consumación formal y ya se dió el -- agotamiento del hecho, estaremos en presencia de la consumación material y hasta este momento podremos hablar de complicidad, quedando excluida la tipicidad por tentativa para los cómplices.

Para determinar cuando se da la consumación formal debemos remitirnos a los requerimientos objetivos de cada tipo, los cuales -- una vez cumplidos, es indicación de que la consumación se ha realizado.

"La distinción entre la consumación material y la formal tiene importancia también para los efectos del concurso".⁽¹³⁴⁾

⁽¹³³⁾ Código Penal, Para el D.F., P. 9.

⁽¹³⁴⁾ Eugenio Raúl Zaffaroni. Problemas Generales de la Tipicidad, P. 370.

El concurso de delitos a que se refiere Zaffaroni, en base a - nuestro Código Penal puede ser ideal o real: "Existe concurso ideal cuando con una sola conducta se comenten varios delitos. Existe con curso real, cuando con pluralidad de conductas se cometen varios de litos".⁽³⁷⁾

4. Fundamento de la punibilidad de la tentativa (Teorías)

De la afirmación que hemos venido sosteniendo en el sentido de que la tentativa es un delito incompleto deriva el fundamento de su punibilidad. En este sentido. "el delito tentado es en su disvalor de injusto y culpabilidad lo mismo que el consumado y ello significa - al mismo tiempo que también el fundamento de su punibilidad es el - mismo."⁽³⁸⁾

En otras palabras, tanto para el delito consumado como para la tentativa se requiere de los mismos pasos o momentos, por tanto, si la consumación es punible también debe serlo la tentativa, aunque - en ésta debe hacerse una reducción de la pena por razones obvias, - es decir por no realizarse íntegramente la acción delictiva.

Existen diversas teorías que tratan de explicar el fundamento de la punibilidad de la tentativa, entre las cuales se encuentran - las siguientes:

a) Teoría objetiva.- Sostiene que la tentativa es punible por- que pone en peligro el bien jurídico. De aceptarse esta teoría, co

⁽³⁷⁾ Código Penal para el D.F. P. 13.

⁽³⁸⁾ E. Bacielupo. Reflexiones sobre la tentativa en el Código Penal Mexicano. P. 20.

mo en la tentativa inidonea no hay puesta en peligro de ese bien, - ésta no debe ser punible; esta teoría es adoptada por el C. Juez -- 4o. Penal.

b) Teoría subjetiva.- Fundan la punibilidad de la tentativa en el hecho de que la voluntad del autor es contraria al derecho. Esta teoría no es aceptable, en virtud de que la voluntad en el delito consumado es contraria al derecho al igual que la voluntad en la -- tentativa, razón por la cual deberían pensarse de la misma manera, - cosa que no sucede en nuestro C.P. por razones de equidad.

c) Teoría del autor.- Funda la punición de la tentativa en la peligrosidad del autor. Por lo ya expuesto, no estamos de acuerdo - con esta teoría, pues su criterio es violatorio del principio de culpabilidad, que sólo es aplicable en un Estado Autoritario.

Para Zaffaroni la punición de la tentativa tiene una doble fundam^{en}tación y esto "obedece a que en ella hay dolo y la exterioriza^{ci}ón de éste siempre implica la afectación de un bien jurídico."⁽²⁹⁾

Consideramos que el fundamento de la punibilidad de la tentati^{va} radica esencialmente en que se trata de un delito incompleto, es decir que la finalidad delictiva en la tentativa y en el delito con^{sum}ado es la misma y de ahí surge el fundamento de su punibilidad.

Ahora bien, el hecho de que la pena para la tentativa sea infe

⁽²⁹⁾ Luigi Ferrero, Zaffaroni. Problemas Especiales de la Tipología. P. 672.

rior a la del delito consumado es obvia, porque atendiendo a la -- equidad, no se puede sancionar en la misma escala la conducta que - afecta un bien y aquella que solo lo pone en peligro.

Nuestro Código Penal establece que "para imponer la pena de la tentativa los jueces tendran en cuenta la temibilidad del autor..."⁽⁴⁰⁾ y en este sentido esta aplicando el criterio sustentado por la teoria del autor, criterio con el que no estamos de acuerdo por la ya expuesto, por lo que debe ser modificada la ley en este sentido.

Por otro lado, en el art. 63 del multicitado Código Penal para el D.F. se señala que la pena para los "responsables de tentativas punibles será a criterio del juez, hasta las dos terceras partes de la sancion que se le debiera imponer de haberse consumado el delito ..."⁽⁴¹⁾

Nuestra ley es omisa al señalar la pena minima para la tentati va, por lo que nos debemos remitir a lo dispuesto en el art. 25 del mismo ordenamiento penal, el cual establece: "La prision consiste - en la privacion de la libertad corporal; sera de tres dias a cuaren ta años y se extinguirá en..."⁽⁴²⁾. En este sentido, la pena minima para la tentativa será de tres dias y la pena maxima sera la equivalente a las dos terceras partes del delito de que se trate.

⁽⁴⁰⁾ Código Penal para el D.F., p. 10.

⁽⁴¹⁾ Ibid., p. 26.

⁽⁴²⁾ Ibid., p. 15.

III. ELEMENTOS DE LA TENTATIVA (ESTRUCTURA)

III. ELEMENTOS DE LA TENTATIVA (ESTRUCTURA)

Tomando en consideración lo que se ha venido sosteniendo en la elaboración del presente trabajo de tesis, en el sentido de que la tentativa es un delito incompleto, analizaremos en una forma genérica los elementos del delito, por ser éstos los elementos de la tentativa en su totalidad, variando únicamente en los elementos objetivos y en los subjetivos del tipo.

Los elementos del delito son: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Todos estos elementos se presentan también en la realización de un delito tentado.

En relación a la tipicidad señalaremos que el Estado para preservar la paz social cuenta con el Derecho Penal, el cual se va encargar de proteger los bienes jurídicos de vital importancia. Para que el Derecho Penal cumpla con su cometido, el Estado, por conducto del Poder Legislativo, se encarga de crear la ley penal, describiendo conductas y aplicándoles una sanción a las mismas.

La tipicidad es el elemento en el cual surge la distinción entre delito consumado y tentativa.

La tipicidad se encuentra conformada por dos elementos que son: tipo y conducta. El tipo a su vez contiene elementos objetivos y elementos subjetivos y es en estos dos elementos donde surge la -

diferencia entre delito consumado y delito tentado.

Los elementos objetivos son aquellos contenidos en el tipo, y los subjetivos son dolo y culpa. A continuación pasaremos a analizar cada uno de los elementos del delito.

1. Conducta

A través del tiempo, la teoría del delito se ha ido desarrollando de manera científica, lográndose avances importantes en relación con cada uno de los elementos constitutivos del ilícito.

A partir del inicio del periodo humanitario, en la historia del Derecho Penal, surge la primera escuela conocida como del injusto penal objetivo y culpabilidad sociológica, cuyos principales exponentes fueron Frans Von List y Ernesto Beling. Estos autores, padres de la escuela causalista, consideran a la conducta como el primer elemento objetivo del delito.

El concepto causal o naturalista, parte del desarrollo de las ciencias naturales, definiendo la acción como un proceso causal - igual a algún fenómeno natural, siendo en conclusión, un movimiento corporal voluntario.

Manifiestan que los elementos de la acción son: Causa (movimiento corporal), efecto (transformación del mundo exterior), y que su característica radica en que la voluntad constituye el elemento esencial de la acción, considerada aquella únicamente en su aspecto externo, pues el interno es impune según lo expuesto en el capítulo

anterior.

La escuela causal, excluye de la conducta el contenido de la voluntad, importándole sólo la exteriorización de la misma, asegurando que dicho contenido de la voluntad se debía analizar en la parte subjetiva del delito, es decir en la culpabilidad en su especie de dolo, por lo que las conductas eran meros procesos causales ciegos, siendo la principal crítica el hecho de que con este criterio se excluían a los delitos de omisión simple e impropia, es decir delitos donde se deja de hacer una conducta obligada que trae como consecuencia un resultado formal o material.

Los causalistas definen a la conducta como la puesta en marcha de la causalidad mediante la exteriorización de la voluntad.⁽⁴³⁾

A partir de 1930 aparece el concepto final de acción, que viene a reformar los conceptos causales, considerando que la conducta está representada por un hacer o dejar de hacer, voluntario final, incorporando con ello al primer elemento del delito el contenido de la voluntad representado por el fin con que se conduce el sujeto activo del delito.

Surgen como elementos de la conducta el aspecto interno, representado por la proposición de un fin y la selección de los medios para lograr ese fin propuesto, y un segundo elemento consistente en el aspecto externo representado por la exteriorización de la conducta cuyo contenido será la puesta en marcha de la causalidad en di-

⁽⁴³⁾ Eugenio Raúl Zaffaroni: Manuel de Derecho Penal. P. 347.

rección de la producción del resultado.

Si alguno de estos elementos es inexistente en un hecho humano, no tendrá relevancia en el ámbito penal y tales supuestos se -- dan cuando el sujeto exterioriza su voluntad en forma involuntaria, encontrándose los casos de los actos reflejos, intervención de terceros, inconciencia y fuerza física exterior irresistible, éstos -- previstos claramente en el capítulo de circunstancias excluyentes -- de responsabilidad (Art. 15-I del Código Penal).

Por último, viene Hans Welzel a establecer el concepto de acción que aún en nuestros tiempos se sigue utilizando por los autores finalistas y que consiste en un hacer voluntario final.⁽⁴⁴⁾

2. Tipicidad

Una vez que el legislador ha descrito determinadas conductas en la ley y las ha provisto de una sanción, surge lo que conocemos como tipo y que consiste en la descripción legal de determinadas conductas; ejemplo: comete el delito de homicidio el que priva de la vida a otro.

Castellanos Tena define al tipo como "la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos legales".⁽⁴⁵⁾

⁽⁴⁴⁾ Ibid., p. 249.

⁽⁴⁵⁾ Fernando, Castellanos Tena, p. 165.

Para el caso de la tentativa, puede decirse que su tipo penal está contemplado en el artículo 12 de nuestro Código Penal vigente; pero sucede que este precepto no describe una determinada conducta, sino que nos remite al tipo de cada delito.

En este sentido, ¿cuál es el tipo de la tentativa? La tentativa es una regla general que se aplica a los tipos penales contemplados en la parte especial de la ley, por tanto el tipo penal de la tentativa es el tipo penal de cada delito, pues aquella es una figura accesoria de cada tipo; ejemplo: la persona que suministra a otra, una cantidad de medicamentos, suficiente para privarla de la vida, pero la oportuna intervención del médico no hace posible la consumación.

En el caso en cuestión, el fin era privar de la vida, no solamente causar lesiones, por tanto en el tipo penal en el que debe encuadrarse la conducta es en homicidio, no en lesiones, pues la intervención del médico fue una circunstancia no prevista por el autor, la cual no permitió su consumación, quedando el delito que se pretendía realizar en grado de tentativa.

La tipicidad está compuesta de dos elementos: tipo y conducta. En este sentido, la tipicidad es la adecuación de una conducta al tipo penal⁽⁴⁴⁾; ejemplo: el sujeto "A" dispara en contra del sujeto "B" y lo mata. El tipo penal establece: comete el delito de homicidio el que priva de la vida a otro. Como el sujeto "A" privó de la vida al sujeto "B", realizó la conducta prevista por el

⁽⁴⁴⁾ apuntes de Derecho Penal I. p. 17.

tipo, cometiendo así el delito de homicidio.

La ausencia de tipo y por consiguiente de tipicidad, o la sola ausencia de ésta, impide la configuración de un delito, atentos a lo dispuesto en el artículo 14 de la Constitución, pues en caso contrario se estaría violando tal precepto y con ello el principio de legalidad.

Castellanos Tena define la tipicidad como "el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley; la coincidencia del comportamiento con el descrito del legislador".⁽⁴⁷⁾

Para Celestino Porte Petit es "la adecuación de la conducta al tipo, que se resume en la fórmula Nullum Crimen Sine Tipo."⁽⁴⁸⁾

A principios del presente siglo la tipicidad no era considerada como elemento del delito, únicamente se contemplaban como tales: la conducta, la antijuridicidad y la culpabilidad, aun no se distinguía la tipicidad de la antijuridicidad y por lo mismo había muchas conductas antijurídicas y culpables que no eran delitos. "De ahí surgió la necesidad de agregar otro requisito para lograr una caracterización suficiente del delito".⁽⁴⁹⁾

En este sentido, se agregó como elemento del delito la punibilidad, después de la culpabilidad, quedando integrado el delito por conducta, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad. Pero resulta

⁽⁴⁷⁾ Fernando, Castellanos Tena. p. 166.

⁽⁴⁸⁾ Idem.

⁽⁴⁹⁾ Eugenio, Raúl Zaffaroni. MANUAL DE DERECHO PENAL. P. 346.

ba incongruente averiguar la antijuridicidad y la culpabilidad de una conducta y terminat luego en que ley no la sanciona; en esto se basó Ernest Beling para que en 1906 creara su Teoría del Tipo Penal en la que distinguió la tipicidad de la antijuridicidad, definiendo aquella como "la prohibición de la causación de un resultado".⁽⁹⁹⁾

De esta manera se logró considerar a la tipicidad como elemento del delito, quedando éste integrado por: conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, aunque hubo quienes siguieron considerando la punibilidad.

Hacia 1910 se determinó que para precisar la tipicidad de ciertas conductas se tenían que tomar en cuenta aspectos subjetivos ejemplo: el propósito de ocultar la deshonra en el caso del infanticidio.

Finalmente, fueron Hellmuth Von Weber y Alexander Graf Zu - - Dohna quienes además de considerar elementos subjetivos en el tipo, incorporaron el dolo y la culpa al mismo y dejaron la culpabilidad como reprochabilidad pura, ya que anteriormente se ubicaban en ésta al dolo y la culpa.⁽¹⁰¹⁾

2.1 El tipo objetivo. Sus elementos

(ámbito de delimitación)

Para Enrique Bacigalupo los elementos del tipo objetivo son "los -- que se vinculan con la realización exterior de la acción desde el -

(99) Ibid., p. 347.

(101) Moliné, Moreno Hernández., p. 65.

momento en que comienza la ejecución".⁽⁵²⁾

Para nosotros, dichos elementos, son aquellos que se encuentran contenidos en la descripción legal y que habiendo un principio de ejecución, el sujeto activo se encuentra en relación directa con esos elementos; ejemplo: los elementos del delito de rapto son: apoderamiento de una persona, utilización de la violencia física o moral, o del engaño, satisfacción de algún deseo erótico sexual o para casarse.

La reunión de todos los elementos del tipo objetivo nos ponen en presencia de un delito consumado; para hablar de rapto en grado de tentativa es necesario que no se haya consumado el hecho, es decir que habiendo un principio de ejecución no se haya llegado a la consumación por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo, determinándose en el tipo objetivo el ámbito de delimitación entre rapto y tentativa de rapto.

2.2 El tipo subjetivo. Sus elementos

Los elementos del tipo subjetivo son: dolo y culpa. Anteriormente - ambos elementos se ubicaban en la culpabilidad y el tipo sólo contenía elementos objetivos.

El dolo constituye "el querer y saber de la realización del tipo"⁽⁵³⁾, es decir que presupone la intención de realizar la

⁽⁵²⁾ K. Daciculuro. p. 21.

⁽⁵³⁾ Comentarios de Derecho Penal, I. p. 23.

conducta descrita en la ley; ejemplo: el sujeto "A" sabe que está prohibido matar, no obstante eso, desea matar al sujeto "B" y para tal efecto lo está espionando y en el momento en que éste aparece le dispara y lo mata. El sujeto activo reunió los elementos del dolo - (querer y saber), por tanto actuó dolosamente (intencionalmente).

Por otro lado, la persona presupone imprudencia o negligencia, es decir que no hay intención de realizar un delito, pero pudiendo evitarlo, esto no se logra porque hay violación a un deber de cuidado; ejemplo: una persona que maneja con exceso de velocidad, previendo la posibilidad de causar un accidente y no importándole los resultados sigue conduciendo de la misma forma y al pasar por una avenida le sale otro individuo, produciéndose un choque, pues debido al exceso de velocidad no alcanzó a frenar o virar para evitarlo.

Todo lo relativo a la culpa es aplicable al delito consumado, no así al delito tentado, ya que en la tentativa es requisito indispensable la existencia del dolo, pues ella no es concebible por medio de la culpa. "La tentativa requiere siempre el dolo, es decir el fin de cometer un delito determinado."¹⁰⁴ Ejemplo: cuando se arroja una granada de mano a alguien con la intención de matarla. Si se logra el fin, la conducta se adecuará al delito de homicidio, en caso de no lograrse, habrá tentativa de homicidio.

El dolo de la tentativa es el mismo dolo del delito consumado es decir que en ambas figuras jurídicas el querer del resultado - -

¹⁰⁴ Eugenio. Raúl Zaffaroni. Problemas Generales de la Tipicidad. p. 642.

"privar de la vida" es el mismo. Para Bacigalupo "la tentativa sólo es admisible en los tipos dolosos".⁽⁸⁵⁾

Se sostiene que la tentativa no puede aplicarse a un delito --culposo, porque el mismo Código Penal para el D.F. establece que deben ser hechos "encaminados" a la realización del delito. "Encaminar la acción implica dirigir la misma a un objetivo determinado -- con anterioridad por el autor".⁽⁸⁶⁾ Dicho objetivo no es otro que la realización del delito y debido a esto la tentativa no acepta la culpa (imprudencia).

3. La Antijuridicidad

Como se dijo anteriormente, a principios del presente siglo el delito se definía como una conducta antijurídica, culpable y punible, - pero cuando Beling anunció su teoría del tipo penal, en ésta distinguió la tipicidad de la antijuridicidad y definió a ésta como "el choque de la causación de ese resultado con el orden jurídico, que se comprobaba con la ausencia de todo permiso para causar el resultado."⁽⁸⁷⁾

"Según Cuello Calón, la antijuridicidad presupone un juicio, - una estimación de la oposición existente entre el hecho realizado y una norma jurídica penal. Tal juicio es de carácter objetivo, por sólo recaer sobre la acción ejecutada".⁽⁸⁸⁾

(85) E. Bacigalupo, p. 20.

(86) Idem.

(87) Eugenio, Raúl Zaffaroni, Manual de Derecho Penal, p. 246.

(88) Fernando, Castellanos Tena, p. 175.

Por otro lado, Hans Welzel la define como "contradicción de la conducta prohibida con el orden jurídico."⁽⁹⁹⁾

Para Max Ernesto Mayer "la antijuridicidad es la contradicción a las normas de cultura reconocidas por el Estado."⁽¹⁰⁰⁾

Nosotros consideramos que la antijuridicidad es la característica de la conducta adecuada a un tipo y que va en contra del orden jurídico. En resumen, todas las definiciones apuntadas determinan la realización de una conducta que va en contra del orden jurídico, por lo que resulta inoperante seguir citando autores y la definición de cada uno.

Para terminar el análisis de la antijuridicidad diremos que ésta es la misma para la tentativa y para el delito consumado.

4. La culpabilidad

El último elemento constitutivo del delito es la culpabilidad, ya no lo es la punibilidad, por lo ya expuesto por Beling. Este estudioso del derecho definió la culpabilidad "como la relación psicológica entre la conducta y el resultado en forma de dolo y culpa."⁽¹⁰¹⁾

A partir de 1930, Hans Welzel crea la llamada teoría finalista de la acción y propone el siguiente esquema que contiene los elemen

⁽⁹⁹⁾ Revista de Derecho Penal, I, p. 21.

⁽¹⁰⁰⁾ Fernando, Castellanos Tena, p. 177.

⁽¹⁰¹⁾ Eugenio, Raúl Zaffaroni, Manual de Derecho Penal, p. 346.

tos del delito:

"1.- Conducta, entendida como un hacer voluntario (final).

"2.- Tipicidad, como prohibición de una conducta en forma dolosa o culposa.

"3.- Antijuridicidad, entendida como contradicción de la conducta prohibida con el orden jurídico.

"4.- Culpabilidad, entendida como reprochabilidad."⁽⁶²⁾

En la actualidad, en el mundo, casi no hay autores que no sigan este esquema. Nos adherimos a la aplicación del mismo, entendiendo la culpabilidad como el juicio de reproche que se le hace a un sujeto por el injusto penal cometido, entendiéndose por este una conducta típica y antijurídica.

Además, para el finalismo en la culpabilidad se puede exigir otra conducta; esto es, que el sujeto teniendo capacidad para comprender y conociendo la antijuridicidad de su conducta no haya actuado de manera diferente a como lo hizo, si en virtud de las circunstancias del hecho no pudo actuar de otra manera, no se le puede reprochar su conducta ya que no le era exigible otra.

En base a lo anterior, estamos en aptitud de afirmar que la definición que nos proporciona el artículo 7o. del Código Penal para

⁽⁶²⁾ Ibid., p. 347.

el D.F. en relación al delito, omite señalar todos los elementos -- del mismo, pues sólo hace referencia a la conducta y por otro lado incluye como elemento a la sanción. Así, el citado ordenamiento establece:

Art. 7.- Delito es el acto u omi
sión que sancionan las leyes penales.⁽⁶³⁾

Consideramos que una buena definición de delito sería aquella que contenga todos los elementos del mismo, pudiendo quedar definido como una conducta típica, antijurídica y culpable, sin considerar entre éstos a la sanción. La sanción sólo se va a aplicar cuando se haya comprobado la responsabilidad del sujeto activo, es decir cuando se haya comprobado la culpabilidad. Pero resulta que -- cuando se comprueba la culpabilidad han quedado reunidos todos los elementos del delito, por lo que la sanción ya no forma parte de -- éste.

Como conclusión podemos afirmar que el delito se integra con -- cuatro elementos (conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad) y no únicamente de conducta y sanción.

En relación a la tipicidad diremos que, es en este elemento -- donde se determina el ámbito de delimitación entre tentativa y deli to consumado. Precisamente en el tipo objetivo es donde surge tal -- delimitación.

Por lo que hace al tipo de la tentativa, este es el tipo de ca

⁽⁶³⁾ Código Penal para el D.F., P. 7.

da delito en especial.

En cuanto al tipo subjetivo, conformado por dolo y culpa, la tentativa sólo admite el dolo.

En relación a la antijuridicidad y la culpabilidad, ambas son las mismas para la tentativa y para el delito consumado.

IV. LA DELIMITACION DE LA TENTATIVA PUNIBLE

IV. LA DELIMITACION DE LA TENTATIVA PUNIBLE

1. La llamada tentativa idónea.

Al abordar el tema de la delimitación de la tentativa punible, es indispensable hacer mención a la tentativa idónea e inidónea, establecer la diferencia entre ambas y analizar cual es el fundamento en el que me apoyo para determinar que la última debe ser impune, además de estudiar en qué casos se presenta ésta.

Por principio de cuentas es preciso señalar que tanto a la tentativa idónea, así como a la inidónea no las contempla el Código Penal para el D.F. en forma específica, razón por la cual resulta un poco difícil definir las y fundamentarlas ya que dicho ordenamiento sólo menciona, en una forma genérica, a la tentativa punible de la siguiente manera:

Art. 12. Existe tentativa punible cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza ejecutando la conducta que debería producirlo u omitiendo la que debería evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente...⁽⁶⁴⁾

⁽⁶⁴⁾ Código Penal para el D.F. P. 12.

Como puede apreciarse, el artículo transcrito no especifica lo que debe entenderse por tentativa idónea e inidónea, por lo que nos abocaremos a definir las, apoyándonos en la doctrina la cual aunque no tiene el carácter de ley, si es una fuente del derecho.

Habrà tentativa idónea cuando los medios utilizados sean los suficientes para lograr el fin que se persigue; ejemplo: utilizar una pistola para cometer un homicidio.

Caso contrario sucede con la tentativa inidónea, la cual se da cuando los medios empleados por el autor son notoriamente inidóneos (insuficientes) para causar el resultado; en esta especie de tentativa, los medios son insuficientes para cometer el homicidio, cuando el activo utiliza una arma cargada con balas de salva en la creencia de que son balas de verdad. En este caso, aunque el fin es matar, no debe punirse la conducta porque no se puso en peligro el bien jurídico.

"La única diferencia que hay entre la tentativa idónea y la inidónea, es que en la última hay una absoluta incapacidad de los medios aplicados para la producción del resultado típico".⁽⁶⁸⁾

En las legislaciones argentina y alemana, se contempla la tentativa inidónea como un delito imposible. Así el Código Penal argentino establece en su artículo 44: "si el delito fuera imposible, la pena se disminuirá en la mitad y podrá reducirse a la mínima legal o eximirse de ella, según el grado de peligrosidad revelada por el

⁽⁶⁸⁾ Eugenio Raúl Zaffaroni. Manual de Derecho Penal. P. 648.

delincuente".⁽⁶⁶⁾

El mismo Código Penal argentino, al regular el delito imposible, lo ubica dentro de las reglas establecidas para la pena de la tentativa, por lo que se trata de una tentativa y por tanto debe -- reunir todos los requisitos de ella.

Como ya se ha analizado, uno de los elementos que deben reunir las tentativas punibles es la no consumación del hecho por causas -- ajenas a la voluntad del agente. Tanto la tentativa idónea como la inidónea realizadas con medios o sobre objetos inidóneos, en ambos casos, se trata de delitos no consumados por causas ajenas. La diferencia entre ambas radica en la puesta en peligro del bien jurídico en la tentativa idónea y precisamente este es el fundamento de la -- punibilidad de una y de la impunidad de la otra.

En base a lo anterior, se deduce que la no consumación de un -- delito, también puede depender de la inidoneidad de los medios utilizados o por falta de objeto, cuestión que se analizará más adelante.⁽⁶⁷⁾

Como ejemplo de tentativa idónea podemos señalar el caso de -- una persona que pretende privar de la vida a otra con un cuchillo o con veneno, es decir que intenta utilizar medios que podrían ser su -- ficientes para lograr el objetivo deseado.

La tentativa inidónea se puede ejemplificar como sigue: el que

⁽⁶⁶⁾ Eugenio Raúl Zaffaroni. Problemas Especiales de la Tipi
cidad, p. 609.

⁽⁶⁷⁾ E. Bacigalupo, p. 30.

utiliza una pistola de agua para matar a su enemigo, porque alguien cambió la pistola verdadera, ésta valiéndose de medios que resultan insuficientes o inidóneos para lograr su fin.

Una parte de la doctrina, pretende considerar como tentativa inidónea casos en los que falta algún elemento del tipo; ejemplo: querer matar a un muerto, cometer adulterio con la propia mujer o robar la casa propia. Lo que en realidad sucede en estos casos, es que nos encontramos ante la presencia de un error de tipo, es decir que existe un falso conocimiento de los elementos requeridos por el tipo objetivo y no una tentativa inidónea.

En los primeros años del presente siglo, Graf Zu Dohna propuso la "teoría de la falta de tipo". Esta teoría ha sido seguida por la mayoría de autores, pero en la legislación mexicana no ha tenido -- aplicación por las razones que a continuación se señalan.

Según la teoría de la falta de tipo, habrá tentativa inidónea cuando lo que falta para la consumación sea el resultado. Por otro lado, habrá falta de tipo cuando lo que falte para la consumación -- sea algún elemento del tipo que no sea el resultado; ejemplo: la -- castidad y honestidad de la víctima en el tipo previsto por el artículo 262 del Código Penal para el D.F.⁽⁴⁹⁾

Precisamente por lo expuesto en el párrafo que antecede surge el inconveniente de aceptar, en el Código Penal mexicano la utilización de la teoría expuesta por Graf Zu Dohna, ya que la aplicación

(49) Idem.

del artículo 12 del Código Penal para el D.F. no depende de la falta del resultado, sino de la falta de consumación, pues tal precepto es claro al señalar "...si éste no se consuma por causas ajenas..."⁽⁶⁹⁾ de lo contrario debería establecer "si el resultado no se da por causas ajenas a la voluntad del agente".

Lo anterior demuestra que, independientemente del elemento del tipo objetivo que falte para que opere la consumación se aplicará el artículo 12 del Código Penal para el D.F. y por tanto, para determinar la pena de la tentativa debemos apegarnos a lo que dicho numeral previene.

En cuanto a la tentativa inidónea, ésta se presenta en dos casos a saber:

a) Casos de inidoneidad, falta de objeto o la inexistencia del bien jurídico: en éstos, la acción se dirige a un objeto que no es el establecido en el tipo penal (apuñala a una almohada en la creencia de hacerlo sobre el cuerpo de su enemigo) o bien, no recae sobre objeto alguno (introducir la mano en un bolsillo vacío en la creencia de encontrar en él, dinero del que quiere apropiarse).⁽⁷⁰⁾

b) Casos de inidoneidad del medio: son aquellos en los que el autor utiliza por error, un medio con el que no podría lograr un fin; ejemplo: el autor da a la víctima un poco de sal, en la creencia de darle sosa cáustica.

⁽⁶⁹⁾ Código Penal para el D.F. p. 10.

⁽⁷⁰⁾ E. Bacigalupo. p. 21.

Para lograr una correcta delimitación entre tentativa idónea y tentativa inidónea se requiere de un trabajo arduo; la tentativa es inidónea cuando los medios son inidóneos, pero sucede que en todas las tentativas los medios han resultado inidóneos para producir el resultado, porque de lo contrario, la acción no hubiera quedado en grado de tentativa.

Apreciada la acción desde el punto de vista del autor, es decir apreciada "ex-ante", toda tentativa es idónea, pues aquél considera que los medios empleados son suficientes para causar el resultado; pero apreciando la acción desde el punto de vista del juzgador, es decir una vez que ha sido realizada, toda tentativa es inidónea, porque no se logró el fin deseado por el autor. En toda tentativa - hay un error del autor sobre la inidoneidad de los medios.⁽⁷¹⁾

Por último, señalaremos lo que opina Zaffaroni respecto a la delimitación de los tipos de tentativa en cuestión: "La única diferencia que hay entre tentativa idónea y la inidónea es que en la segunda el error es grosero, burdo, grueso, tal como querer envenenar con azúcar, demoler un edificio con alfileres, envenenar por medio de una culebra que en realidad es una lombriz grande. etc."⁽⁷²⁾

Para fundamentar la punibilidad de la tentativa idónea, debemos aceptar que en ella existe una puesta en peligro del bien jurídico. Ejemplo: una persona pretende privar de la vida a otra utilizando medios notoriamente idóneos (con una pistola), pero no lo logra porque el pasivo se movió. En este caso debe ser sancionada esa

⁽⁷¹⁾ Eugenio, Raúl Zaffaroni. Manual de Derecho Penal. p. 646.

⁽⁷²⁾ Ibid.. p.p. 646-647.

conducta porque se puso en peligro el bien jurídico, siendo la función de la tentativa sancionar la puesta en peligro del bien.

En relación a la tentativa inidonea, existe solo una puesta en peligro muy leve del bien jurídico, razón por la cual deben ser impunes dichas conductas.

Zaffaroni opina lo siguiente de la tentativa inidonea: "nadie tiene porque soportar que se agredan sus bienes jurídicos mediante acciones típicas, aunque se lleven a cabo por medios notoriamente inidoneos."⁽⁷³⁾

Nosotros consideramos que la tentativa inidonea debe ser impune, porque siendo la finalidad del derecho penal proteger los bienes jurídicos, si estos no se ponen en peligro no debe haber una sanción para el que trató de afectarlos.

En el caso de la tentativa inidonea, no debe importar que el sujeto tenga la firme intención de provocar un mal, si el bien jurídico no sufre un daño no puede haber sanción, aunque se hayan empleado medios inidoneos o no haya existido el bien jurídico.

Ejemplo: Una persona penetra a un negocio con la intención de robar el dinero que se encuentra en la caja fuerte, pero al solicitar que le sea entregado, se ve sorprendido pues la caja está vacía y en ese momento llega la policía y lo detiene.

⁽⁷³⁾ Eugenio, Raúl Zaffaroni. Problemas Esenciales de la Teoría del Delito. P. 293.

En este caso, el activo debe dejarse libre porque el bien jurídico no fue puesto en peligro, pues éste no existía.

En conclusión, podemos afirmar que el fundamento de la punibilidad de la tentativa, idónea es la puesta en peligro del bien jurídico tutelado; y el fundamento de la impunidad de la tentativa inidónea es la falta de puesta en peligro del bien jurídico.

Otra clase de tentativa no contemplada por nuestro Código Penal, es la supersticiosa o irreal. Los legisladores mexicanos, acertadamente no aluden a esta clase de tentativa, pues ella no tiene cabida dentro de aquellas que son punibles.

En la tentativa supersticiosa o irreal, el autor obra con extrema torpeza procurando la muerte de otro por medio de ruegos, o utilizando medios supersticiosos, como por ejemplo: disponer ciertos objetos en una forma determinada para que, según las creencias del autor se produzca tal o cual daño.

La gran mayoría de autores se apoyan en la teoría de la impresión, para explicar la impunidad de dicha clase de tentativa; según esta teoría, las tentativas inidóneas y por consiguiente las supersticiosas no son punibles porque hay una irrelevancia social en estos comportamientos, es decir que no alteran la paz del derecho en la sociedad.⁽⁷⁴⁾

Por lo que se refiere a la impunidad de la tentativa supersti-

⁽⁷⁴⁾ E. Rodríguez, p. 37.

ciosa o irreal, estamos de acuerdo, porque en ella falta en el autor una verdadera voluntad de realización, es decir que el autor sólo expresa un deseo, pero de ninguna manera una voluntad de realizar el tipo.

Lo anterior nos permite determinar que no estamos en presencia de actos ejecutivos en los casos de tentativa supersticiosa o irreal, sino ante actos meramente preparatorios y que por tanto, atendiendo a las etapas del iter criminis, esta clase de tentativa no puede ser punible en vista de que no se afecta el bien jurídico tutelado.

En el caso de la tentativa inidónea, si estamos en presencia de actos ejecutivos, pero sucede que se han empleado medios insuficientes para causar el daño o no existía el bien jurídico, por tanto no se vio afectado el mismo.

Una vez conocida la teoría de la impresión, nos hacemos partidarios de ella para explicar la impunidad de la tentativa inidónea y la supersticiosa o irreal, ya que en ambas no se ve alterada la paz del derecho en la sociedad porque no hay ni una puesta en peligro del bien jurídico tutelado.

2. El delito putativo

Por delito putativo debe entenderse la falsa creencia de que una acción es antijurídica, razón por la cual todas las teorías lo consideran dentro del marco de lo impune, ya que en realidad se está

cometiendo una conducta que no está prohibida.⁽⁷³⁾

Entre tentativa inidónea y delito putativo existe una relación de semejanza, pues en ambos existe un error, entendiéndose éste como un estado subjetivo que se encuentra fuera de la realidad.

En el caso de la tentativa inidónea existe un error en los medios utilizados para lograr el fin deseado, es decir que el autor comienza la ejecución suponiendo erróneamente que el medio que utiliza es el adecuado; ejemplo: una persona supone que puede demoler un edificio con alfileres.

Por lo que respecta al delito putativo, éste se da por un error sobre los elementos requeridos por la antijuridicidad, es decir que el autor cree erróneamente que el hecho permitido está prohibido. En otras palabras, existe un falso conocimiento de los elementos requeridos por la antijuridicidad.⁽⁷⁴⁾

Como el delito putativo es un caso de antijuridicidad imaginaria, la generalidad de autores concuerdan en su impunidad, aseveración con la que estamos de acuerdo porque se trata de un delito imaginario.

Ejemplo: a una persona le roban su coche; posteriormente compra otro del mismo modelo y la misma marca; para obtener unas refacciones que necesita, decide robarse un auto igual al propio para desmembrarlo, pero resulta que al estar desarmando el auto se perca

⁽⁷³⁾ Eugenio. Raúl Zaffaroni. Problemática Criminal de la Típica. C.A.S.A. P. 622.

⁽⁷⁴⁾ E. Enciso López. . P. 30.

ta de que es el mismo que anteriormente le habían robado.

En este caso, no se le puede acusar de robo (en caso de consumarse el hecho) o de tentativa de robo (si no se consumó) al sujeto que llevó a cabo esa conducta, porque el tipo penal relativo al robo establece que debe tratarse de una cosa ajena, pero en este caso resulta que es propia, es decir que no existe delito porque su conducta no es antijurídica.

En relación a la inidoneidad del sujeto, ésta consiste en reconocer una calidad que no se posee; ejemplo: el que se cree padre y no lo es, o el que se cree funcionario y no lo es, etc., en ambos casos nos encontramos ante una ausencia de tipo, por no poseer la calidad que éste requiere.

La inidoneidad del sujeto y el delito putativo, tienen cierta semejanza o compatibilidad, ya que en ambas figuras existe un - - - error. En la inidoneidad del sujeto hay un error en cuanto a una calidad que no se posee y en el delito putativo ya se señaló en que - consiste el error.⁽⁷⁷⁾

Para concluir el presente capítulo, diremos que el delito putativo es impune, ya que como se señaló con antelación, se trata de una antijuridicidad imaginaria, es decir que no hay antijuridicidad por tanto el delito putativo es impune atendiendo a un principio general del derecho que señala; todo lo que no está prohibido, está permitido.

⁽⁷⁷⁾ Eugenio. Raúl Zaffaroni. Experiencia Criminal de la Tercera Edad. P. 692.

La tentativa idónea es punible porque hay una puesta en peligro del bien jurídico; en cambio en la tentativa inidónea y en la supersticiosa o irreal no hay puesta en peligro de ese bien y por tanto no pueden ser punibles, esto atendiendo a la finalidad del derecho penal. Además en la tentativa supersticiosa no hay un principio de ejecución es decir, que son actos preparatorios, y atendiendo a las etapas del Iter Criminis los actos preparatorios siempre serán impunes.

V. EL DESISTIMIENTO DE LA TENTATIVA

V. EL DESISTIMIENTO DE LA TENTATIVA

1. Generalidades del desistimiento

1.1 Concepto.

El precepto legal que regula la tentativa (art. 12 del Código Penal para el Distrito Federal) no define el desistimiento, pues sólo establece:

Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a este se refiere, sin perjuicio de aplicar la que corresponda a actos ejecutados u omitidos que constituyen por si mismos delitos.⁽⁷⁸⁾

Como se puede apreciar, el precepto transcrito no brinda un concepto de desistimiento, debido a ello debemos remitirnos a lo que señala la Doctrina.

⁽⁷⁸⁾ Código Penal para el D.F. P. 10.

Después de una búsqueda exhaustiva, sólo Ramón Palacios Vargas nos ofrece un concepto que señala: "desistir en la tentativa es suspender la comenzada ejecución del delito."⁽⁷⁹⁾

Por otro lado, desistir es "apartarse de una empresa o intento empezado a ejecutar. Abdicar o abandonar un derecho."⁽⁸⁰⁾

De ambas definiciones se desprende que el desistimiento debe darse en actos que se han comenzado a ejecutar; pero resulta que el Iter Criminis (camino del crimen) tiene una etapa interna y una externa y en ambas puede operar el desistimiento, pero los efectos en cada una de ellas son diferentes, como se verá más adelante.

Como ya se señaló con antelación, la etapa interna está constituida por la concepción y la decisión. El desistimiento en la concepción puede ejemplificarse de la siguiente manera: aquel que ha concebido la idea de robar, pero se desiste de hacerlo y por tanto no exterioriza la conducta, la cual queda enmarcada dentro de lo impune.

En la resolución puede darse el desistimiento de la siguiente forma: aquel que ha analizado los pros y los contras de cometer -- una violación y ha decidido realizar ese ilícito puede desistirse de llevar a cabo lo que se ha propuesto.

La etapa externa del Iter Criminis consta de la preparación, ejecución y consumación. Como ejemplo del desistimiento en los ac--

⁽⁷⁹⁾ Ramón Palacios Vargas. La Tentativa. p. 102.

⁽⁸⁰⁾ Diccionario de la Lengua Española. p. 244.

tos preparatorios se encuentra el siguiente: una persona que pretende asaltar un banco y que se ha allegado a todos los medios necesarios para llevar a cabo su cometido (pistolas, carros, bolsas o cotaes, chalecos blindados, etc.), pero momentos antes de llegar al banco desiste de realizar el asalto. En este caso la conducta desplegada es impune.

Por lo que se refiere al desistimiento en la ejecución, puede ejemplificarse con el siguiente caso: una persona pretende privar de la vida a otra arrollándola con su auto y uno o dos metros antes de realizarse el impacto, el sujeto activo desiste de su objetivo y vira o frena el auto para evitar el percance.

De todo lo anterior se desprende que el desistimiento puede darse en cualquiera de las etapas del Iter Criminis, aunque los efectos de cada una de ellas son diferentes. En las etapas internas el desistimiento evita que la decisión de realizar el delito se exteriorice; en la preparación evita que se realicen actos que constituyan un principio de ejecución y por tanto sea punible la conducta; en la ejecución tiene el efecto de dejar impune la voluntad exteriorizada siempre que logre evitar la consumación del hecho.

1.2 Naturaleza y fundamento

La naturaleza jurídica del desistimiento consiste en que se trata de "una causa personal de exclusión de la pena".⁽¹⁾

⁽¹⁾ Eugenio. Raúl Zaffaroni. Problematiza Especial de la Tipicidad. P. 674.

La exclusión de la pena funciona a favor del que desiste voluntariamente de llevar a cabo su fin, debido a una interpretación "a contrario sensu" del precepto que regula la tentativa, es decir que si la aplicación de la pena por el delito tentado depende de que la no consumación haya sido consecuencia de circunstancias "ajenas a la voluntad del autor", resulta obvio que si la no consumación proviene de la voluntad del autor mismo, faltará un requisito básico para la aplicación de la pena.

La mayoría de los autores consideran que la impunidad del desistimiento es un estímulo, un premio al mismo y que el fundamento de la exclusión de la pena se encuentra en la pérdida de la finalidad que persigue ésta, es decir que si la pena cumple una función preventiva, ésta no tiene objeto cuando el sujeto ha desistido voluntariamente del hecho; la función está cumplida.⁽²⁾

Zaffaroni sostiene que la tentativa es impune cuando no se motive: a) en ninguna acción especial del sistema penal que ponga en peligro su plan y b) en la imposibilidad de consumarlo.

Estamos de acuerdo con Zaffaroni, ya que el desistimiento debe darse sin el estímulo o la intervención de una acción especial del sistema penal; ejemplos: no desiste voluntariamente el que huye ante la presencia de un policía o ante el temor producido por una alarma, tampoco es voluntario el desistimiento de quien cree ver a un policía cuando en realidad se trata de una persona disfrazada, o de quien desiste ante una alarma que en realidad está descompuesta.

⁽²⁾ Ibid., p.p. 674-675.

Para determinar cuando el desistimiento es voluntario podría utilizarse la fórmula de Frank; "existe libre voluntad cuando el autor se dice "no puedo aunque puedo", y no existe cuando se dice "no puedo aunque quiero".⁽⁸⁰⁾

En otras palabras, el desistimiento debe nacer del sujeto activo sin ninguna circunstancia que lo "obligue" a claudicar en su objetivo; inclusive el desistimiento podría fundarse en normas éticas o morales; ejemplo: el que pretende privar de la vida a otro, pero de pronto salen los hijos de éste y tal situación mueve al sujeto activo a no realizar el hecho que se había propuesto.

Por otro lado, tampoco se puede afirmar que haya desistimiento voluntario cuando el autor encuentra una imposibilidad para llevar a cabo su fin, ya que la eficacia preventiva de la pena no es la que determina el desistimiento. Habrá desistimiento voluntario cuando éste se da ante el temor de la pena.

Podemos afirmar que la naturaleza del desistimiento consiste en una causa personal de exclusión de la pena, y que el fundamento de éste radica en la pérdida de la finalidad que persigue la pena.

2. Formas esenciales de manifestación y presupuestos

2.1 El desistimiento de la tentativa inacabada.

Aunque nuestro Código Penal no hace referencia a ello, el desisti-

⁽⁸⁰⁾ Ibid., p. 627.

miento tiene modalidades propias, según se trate de una tentativa - inacabada (el autor interrumpe la acción ejecutiva) o acabada (se llevó a cabo la acción ejecutiva en su totalidad, más no sobreviene el resultado).

En el desistimiento de la tentativa inacabada basta con que el autor omita seguir con la acción; ejemplo: una persona saca y apunta sobre la persona del sujeto pasivo de la acción, pero cuando está a punto de disparar se arrepiente, guardando la pistola para retirarse.

Por otra parte, es necesario que la interrupción de la acción impida la consumación del delito; si pese a la intervención el delito se consuma, el autor será responsable por el delito consumado. - Ejemplo, el que decide envenenar con sucesivas dosis interrumpiendo su conducta luego de la primera, en la creencia de que con eso evita el resultado, pero la dosis resulta suficiente para causarle la muerte al sujeto pasivo.

El caso anterior, sirve para demostrar que puede existir en el sujeto activo un error sobre la inidoneidad de la acción de desistimiento, es decir que el autor cae en el error de que la interrupción de la acción ejecutiva es suficiente para que opere el desistimiento y por tanto su acción sea impune.

2.2 El desistimiento de la tentativa acabada.

En la tentativa acabada, dado que la acción ejecutiva se ha desarrollado totalmente, el desistimiento debe manifestarse por una activi

dad del agente, es decir que no basta con abstenerse de seguir adelante con su objetivo, sino que se debe evitar la producción del resultado.

Ejemplo: el que manda una bomba por correo no desiste de la tentativa con abstenerse de alguna actividad posterior, aunque el mecanismo de la bomba se haya dañado; habrá desistimiento cuando se da aviso a la policía del envío, o se realiza alguna otra actividad tendiente a evitar la producción del resultado (desactivar la bomba avisar a la víctima, etc.).

Ejemplo: el que pretende envenenar a otro, no desiste de la tentativa de homicidio, al suspender la dosis, aunque ésta no sea capaz de causar la muerte, cuando así lo creía. En cambio, hay desistimiento si se lleva al sujeto pasivo al hospital y efectivamente se evita el resultado.

En los dos ejemplos citados, si no obstante el desistimiento, el resultado se produce, la conducta posterior (tentativa de desistimiento) sólo se tomará en cuenta como atenuante al momento de imponer la sanción.

Al desistimiento en la tentativa acabada también se le conoce como arrepentimiento activo, ya que como se señaló, no basta con que el autor se abstenga de continuar con la acción ejecutiva, sino que debe actuar evitando que se produzca el resultado. De aquí se desprende que el desistimiento de la tentativa acabada exige la reunión de tres requisitos para que pueda considerarse impune la acción y que son a nuestro entender:

1. Abstenerse de concluir lo que ha empezado (comisión de un delito).
2. Realizar una conducta tendiente a evitar la realización de ese delito, y
3. Que no se realice el resultado que se buscaba.

Después de lo anterior se puede afirmar que el desistimiento - en la tentativa consiste en omitir seguir adelante con la acción; - que se puede presentar el desistimiento en cualquier etapa del Iter Criminis siempre y cuando no se haya consumado el delito; la no punibilidad de la tentativa debido al desistimiento es un premio al mismo, razón por la cual se excluye la pena, porque se ha perdido - la finalidad que se busca con ella.

3. Casos especiales

Hasta el momento se ha prestado mayor atención al desistimiento en las acciones ejecutivas, pero debemos recordar que el Iter Criminis (camino del crimen) consta de cuatro etapas más (concepción, resolución preparación y consumación) y en ellas también puede operar el desistimiento, aunque no con los mismos efectos.

Cuando estemos en presencia de una tentativa punible, los efectos del desistimiento son los de una circunstancia de exclusión de la pena, en cambio cuando hay tentativa no punible, el desistimiento sólo evita que siga madurando la comisión del delito, atendiendo a las etapas del Iter Criminis.

Por lo que hace el desistimiento en el delito consumado no - - existe una circunstancia excluyente de la pena, ya que como se señalo, el desistimiento debe ser tendiente a evitar la consumación del ilícito y si esto no se logra, la conducta con que se procuró evitar la consumación sólo se tomará en cuenta para atenuar la pena.

Los efectos que produce el desistimiento en el delito consumado son semejantes a los que se observan cuando una persona que ha cometido un ilícito no pretende evadir la acción de la justicia y - se entrega voluntariamente.

En relación a la participación de varios, el desistimiento no surte sus efectos a todos, pues esta es una causa "personal" de exclusión de la pena que sólo beneficia al autor del desistimiento; - si el que desiste es el partícipe, evitando el resultado, únicamente se aplicará a él la exclusión de la pena y no así al autor.⁽⁸⁴⁾

(84) Hans. Weixel. Derecho Penal Alemán, p. 275.

VI. CASOS ESPECIALES DE TENTATIVA

VI. CASOS ESPECIALES DE TENTATIVA

1. Tentativa en los delitos calificados

Para abordar el tema de los delitos calificados y existencia de la tentativa en ellos, es menester señalar lo que es una calificativa o circunstancia, como las denominan Ranieri y Palacios Vargas.

El primero de los autores citados sostiene: "Denominanse circunstancia o accidentalía delicti los elementos que eventualmente pueden añadirse a los que son indispensables para la existencia del delito, en conformidad con su modelo legal (essentialia delicti), y que, por lo mismo, pueden existir o no existir sin que por ello resulte modificada la estructura del delito de por sí perfecto, pero que, si existen, aumentan o atenúan la entidad de dicho delito - y, por consiguiente, aumentan o atenúan la pena señalada en la ley".⁽⁸³⁾

Por su parte, Ramón Palacios señala al respecto: "La circunstancia es un hecho de carácter objetivo o subjetivo, que se reporta a la pena, dejando inalterada la figura."⁽⁸⁴⁾

De lo anterior se desprende que las circunstancias no son indispensables para la existencia de un delito, sino que sólo influ-

⁽⁸³⁾ Silvio. Ranieri. Manual de Derecho Penal. P. 1.

⁽⁸⁴⁾ Ramón. Palacios Vargas.. P. 123.

ESTA TESIS NO DEBE
SARIR DE LA BIBLIOTECA

yen sobre la gravedad de éste y por lo consiguiente sobre la gravedad de la pena.

Si una circunstancia fuera necesaria para la existencia de un delito, se debería considerar aquella como elemento objetivo del mismo y ya no como circunstancia; por consiguiente "el delito que presenta una o varias circunstancias se denomina delito circunstanciado, y se distingue del delito simple porque aquel contiene uno o varios elementos accidentales que se agregan a la estructura de éste, que de por sí ya es perfecta." (57)

Existen circunstancias agravantes y atenuantes. Son agravantes aquellas que acarrearán una pena mayor que la establecida por el delito simple, como consecuencia del agravamiento de éste. Por otro lado, son atenuantes aquellas que traen como consecuencia una reducción de la pena establecida para el delito simple, en virtud de una atenuación del mismo.

Por ejemplo; son circunstancias agravantes la premeditación, la alevosía, la ventaja, la traición y la violencia; y son circunstancias atenuantes las previstas en los artículos 310, 311 y 380 del Código Penal.

Las circunstancias agravantes que anteceden se encuentran reguladas en el Código Penal para el D.F. de la manera siguiente: la premeditación en el art. 315; la alevosía en el art. 318; la ventaja en el art. 316; la traición en el art. 319; la violencia en el -

(57) Silvio, Ranieri... P. 3.

art. 2373 y en el art. 381 se encuentran enumeradas 15 circunstancias agravantes para el delito de robo.

Por ejemplo: una persona que mata a otra es responsable de homicidio; pero si el mismo sujeto activo utiliza una bomba para privar de la vida, ya es responsable de homicidio calificado por ventaja; y si al mismo caso le agregamos que el sujeto pasivo era pariente del autor y que este estuvo acechando a aquél, ya estaremos en presencia de homicidio con traición, alevosía y ventaja; pero si todavía le aunamos al delito que el autor causó intencionalmente la lesión, después de haber reflexionado sobre el ilícito, podremos hablar de homicidio con premeditación.

En preciso aclarar que con cualquiera de las circunstancias -- mencionadas, el homicidio o las lesiones serán calificadas basadas en lo establecido en el art. 315 del Código Penal para el D.F., que a la letra prescribe: "se entiende que las lesiones y el homicidio son calificados, cuando se cometen con premeditación, ventaja, alevosía o traición."⁽¹⁰⁸⁾

No obstante lo anterior, existen circunstancias para algunos -- ilícitos, que en otros delitos son elementos objetivos el tipo; por ejemplo: la violencia se considera circunstancia en los delitos -- previstos en los artículos 260, 261 y 372, mientras que en la violación constituye un elemento objetivo del tipo.

Para determinar cuando se trata de una circunstancia y cuando

(108) Código Penal para el D.F., p. 110.

de un elemento objetivo del tipo, nos debemos apoyar en las definiciones citadas; por tanto diremos que la violencia es una circunstancia en los delitos previstos por los arts. 260, 261 y 372 por -- que no es indispensable para la existencia de los mismos; por lo -- que se refiere a la violación, la violencia es un elemento objetivo del tipo, porque es indispensable para la existencia del delito y sin la cual, no puede haber tipicidad.

Después de hacer un somero análisis de las circunstancias en los delitos consumados, debemos determinar si existen las circunstancias en la tentativa.

Como ya se señaló en capítulos anteriores del presente trabajo de tesis, la tentativa es una regla general aplicable a los delitos que la aceptan y que surge cuando no se da la consumación de éstos, es decir que no existe tentativa de un delito tentado, sino tentativa de un delito específico. Por tanto, debe aceptarse la existencia de las calificativas en el delito tentado, pues estas pueden o no existir, pero el delito es independiente, existe por sí solo, sea tentado o consumado.

Para reforzar lo anterior diremos "que puede tenerse tentativa tanto de un delito simple como de un delito circunstanciado."⁽⁸⁹⁾

Así, podemos afirmar que si existe tentativa de delito circunstanciado, el cual tiene las mismas consecuencias o efectos que en el delito circunstanciado consumado, es decir que sólo se verá modi

⁽⁸⁹⁾ Silvio, *Revisión*, p. 65.

ficada la intensidad o gravedad de la pena.

Lo anterior lo ejemplificaremos de la siguiente manera: Si a una persona se le acusa de un delito, cuya pena sea de 9 años, pero que la realización del mismo se quedó en grado de tentativa, es decir que no se consumó el delito, el culpable será sancionado de acuerdo a lo establecido en la ley, con seis años de prisión, pero si el delito es circunstanciado, la pena aumentará o disminuirá, según se trate de una circunstancia atenuante o agravante.

Para reforzar todo lo anteriormente dicho nos permitimos transcribir la siguiente Jurisprudencia.

1419 TENTATIVA CALIFICADA.- La tentativa es un acto de ejecución sin consumación y participa necesariamente de la modalidad dentro de la que se hubiere consumado la figura delictiva; por lo tanto, puede legalmente afirmarse que en tipos que admiten las calificativas, la tentativa puede también ser calificada.¹⁰⁰

2. Tentativa en los delitos culposos.

Con anterioridad se señaló que no puede existir tentativa en los delitos culposos. Nuestro Código Penal reconoce tres clases de deli-

¹⁰⁰ Jurisprudencia y Tesis Sobresalientes de 1955-1963. p. 443.

tos: intencionales o dolosos, imprudenciales o culposos y, preterintencionales, los cuales se encuentran definidos en el art. 9 de dicho ordenamiento.

El dolo es un elemento esencial para la existencia de un delito tentado, ya que siempre requiere del dolo la tentativa, es decir del fin de cometer un delito determinado.

Haciendo una interpretación de la ley, diremos que, para que se de la tentativa deben conocerse las circunstancias del hecho típico, queriendo y aceptando el resultado prohibido por la ley, aunque éste no se de por causas ajenas a la voluntad del agente; es decir que debe existir dolo en la tentativa.

Una vez que se quiere y acepta el resultado, se exterioriza la resolución de cometer un delito, ejecutando la conducta que debería producirlo u omitiendo la que debería evitarlo y es si el ilícito no se consuma por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo, cuando nos encontramos en presencia de una tentativa punible.

Sostenemos que no existe tentativa en los delitos culposos por que la culpa se presenta cuando se incumple un deber de cuidado, es decir que no hay intención de cometer un delito. Como el art. 12 -- del Código Penal para el D.F. establece que se deben "ejecutar conductas", por esta razón, no es concebible la tentativa en los delitos culposos, ya que la ejecución es llevada a cabo queriendo y aceptando el resultado prohibido, siendo ambos, elementos del dolo.

3. Tentativa en la autoría y participación

En ocasiones, la naturaleza de determinados delitos requiere de la intervención de varios sujetos, como el del adulterio (art. 273 Código Penal) o en la asociación delictuosa (art. 164 Código Penal) - en donde la intervención de dos o más personas es una condición indispensable para la realización del ilícito.

A esta clase de delitos se les conoce como plurisubjetivos, -- porque el tipo exige el comportamiento de varios individuos es decir que la intervención de varias personas constituye un elemento objetivo del tipo, por ejemplo: la asociación delictuosa no puede tipificarse con la reunión de sólo dos personas, porque el tipo legal requiere que sean tres o más individuos.

Por otro lado, existen delitos unisubjetivos, en donde únicamente se requiere la intervención de un individuo para la realización del ilícito; por ejemplo el homicidio (art. 302, Código Penal) aunque puede darse la intervención de más personas en esta clase de delitos, sin que por ello se vea afectada la estructura del ilícito; es entonces cuando surge la participación.

En la mayoría de los casos, el delito surge de la conducta desplegada por un solo individuo; pero, en la práctica dos o más personas realizan conjuntamente un mismo delito; es aquí cuando hablamos de participación.

La doctrina señala lo siguiente respecto a la participación: - "es la voluntaria cooperación de varios individuos en la realiza---

ción de un delito, sin que el tipo requiera esa pluralidad".⁽⁹¹⁾

Ranieri dice que: "se tiene concurso de varias personas en un delito cuando un hecho, conforme al modelo legal de un delito, es realizado con la cooperación de varios sujetos activos, pero cuya pluralidad no es elemento necesario para la noción abstracta de dicho delito."⁽⁹²⁾

De lo anterior podemos concluir, que en los delitos unisubjetivos la intervención de dos o más personas nos ponen en presencia de la participación, porque el tipo objetivo no requiere de pluralidad de sujetos; en los delitos plurisubjetivos, la intervención de dos o más personas no da lugar a la participación, porque dicha pluralidad de personas es un elemento objetivo del tipo.

En la participación, no todos los sujetos intervinientes en la comisión del delito tendrán, el mismo grado de responsabilidad, ya que ésta, estará relacionada con la actividad realizada por cada uno y es aquí donde surgen varias formas de participación que la ley previene.

El Código Penal para el D.F. establece:

Art. 13 Son responsables del delito:

I.- Los que acuerden o preparen su --

⁽⁹¹⁾ Fernando, Castellanos terna, p. 203.

⁽⁹²⁾ Silvio, Ranieri, p. 62.

realización;

II.- Los que lo realicen por sí;

III.- Los que lo realicen conjuntamente;

IV.- Los que lo lleven a cabo sirviendo de otro;

V.- Los que determinen intencionalmente a otro a cometerlo;

VI.- Los que intencionalmente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión;

VII.- Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito; y

VIII.- Los que intervengan con otros en su comisión aunque no conste quien de ellos produjo el resultado.⁽⁹³⁾

⁽⁹³⁾ Código Penal, para el P.R., p. 19.

Es autor principal el que acuerde o prepare su realización. Autor directo es aquel que lo realiza por sí, son coautores los que lo realicen conjuntamente. Es autor mediato aquel que lo lleve a cabo sirviéndose de otro. Es instigador el que determina intencionalmente a otro a cometerlo. Son cómplices los que intencionalmente -- presten ayuda o auxilien a otro para su comisión y aquellos que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito. (194)

Castellanos Tena sostiene lo siguiente: Si alguien ejecuta por sí solo el delito, se le llama simplemente autor; si varios lo originan, reciben el nombre de coautores. Los auxiliares indirectos son denominados cómplices, quienes aun cuando contribuyan secundariamente, su intervención resulta eficaz en el hecho delictuoso. (195)

Sebastián Soler entre otros, habla de autores mediatos para señalar a aquellos que siendo plenamente imputables, se valen para la ejecución material del delito de un sujeto excluido de responsabilidad. Hay instigación, cuando el sujeto quiere el hecho, pero lo quiere producido por otro; quiere causar ese hecho a través de la psique de otro, determinando en éste la resolución de ejecutarlo. (196)

Una vez señalados los grados de participación que reconocen -- tanto la ley como la doctrina, trataremos de explicar cuales son -- sus efectos en la tentativa.

(194) Reunión de Paracho, Penni, I., p. 29.

(195) Fernando, Castellanos Tena, p. 287.

(196) Idem.

Es preciso señalar que tanto en los delitos tentados como en los consumados, la participación debe ser considerada de igual manera y con los mismos efectos por lo siguiente: la voluntad criminal de todos los intervinientes, es la misma en el delito consumado que en el tentado; la diferencia sólo radica en que en éste el ilícito no se realizó por causas ajenas a los partícipes, por tanto todos deben ser responsables del delito tentado.

Por ejemplo: cinco sujetos pretenden robar un banco, el sujeto A estudia la manera de llevar a cabo el ilícito y provee a los otros cuatro sujetos de todos los instrumentos necesarios para tal efecto; el sujeto B sólo se va a concretar a manejar el auto en el que pretenden darse a la fuga; el sujeto C amagará a los policías y a los empleados del banco; el sujeto D abrirá la caja fuerte; y el sujeto E tomará el dinero y lo depositará en las bolsas que llevarán para guardarlo.

En este caso, los cinco sujetos tienen la misma intención de llevar a cabo el atraco; si éste es llevado a buen término, los cinco serán responsables del robo, pero en caso de que al salir del banco lleguen refuerzos de la policía y logren capturar a los asaltantes, éstos serán responsables de tentativa de robo de acuerdo a la intervención de cada uno.

Cabe señalar que independientemente del número de participantes o de la conducta desplegada por cada uno en la realización del delito, no todos recibirán la misma sanción. "Generalmente el juzgador aplica su criterio para imponer la pena a cada partícipe, basándose en los mínimos y máximos que la ley establece para cada deli--

to, teniendo generalmente una mayor pena el autor, que el cómplice o que el instigador."¹⁷⁷

Lo anterior obedece a una política criminal basada en que no se puede sancionar con la misma severidad a una persona que mata y a aquella que sólo le proporcionó los medios.

Para concluir podemos afirmar que en la tentativa sí existe la autoría y la participación, teniendo los mismos efectos que en un delito consumado. Por lo que se refiere a la tentativa calificada, ésta sí es dable, ya que las circunstancias son independientes a la vida del delito. La tentativa culposa no es posible que exista, ya que como se apuntó con anterioridad, un requisito indispensable para que un delito se quede en grado de tentativa es que haya intención de cometerlo.

¹⁷⁷Apuntes de Derecho Penal I. . p. 28.

INVESTIGACION DE CAMPO

Para concluir el presente trabajo de investigación y tratando de reforzar el contenido de la misma realizamos la siguiente investigación de campo consistente en entrevistas realizadas a diferentes jueces que son, a final de cuentas los encargados de aplicar las leyes y las cuales a continuación vertimos, para posteriormente aportar algunos comentarios al criterio jurisdiccional.

- "Ya no hay en México ni en el mundo, quien diga que la tentativa es una figura autónoma, se encuentra dentro de las formas especiales de aparición del delito, es una figura accesoria que tiene como objeto extender o ampliar la ilicitud a una fase previa a la consumación.

Dentro de política criminal y sobre todo en política legislativa penal todos los tipos están referidos a hechos consumados; hay conductas que el legislador estableció como necesarias de igualmente proteger, o sea no sólo la lesión del bien jurídico que se tutela en el delito consumado, sino también la puesta en peligro de ciertos bienes jurídicos siendo el art. 12 una fórmula ampliatoria de la tipicidad porque no sólo se sancionará al que prive de la vida a otro, sino también al que intente privar de la vida.

En consecuencia, no existe autor nacional o extranjero que pueda afirmar que la tentativa es una figura autónoma, porque de lo contrario habría delito de tentativa y tentativa de tentativa."

No estamos de acuerdo en el sentido de que la tentativa es una forma especial de aparición del delito, sino -- que se trata de una forma de realización que se analiza en la tipicidad, ya que es en ésta donde se va a determinar si se consumó el delito o no.

- "La tentativa se da únicamente respecto de aquellos delitos en que existe la voluntad de realizar el hecho típico, o sea dolo. Definitivamente no puede existir tentativa de delitos culposos."

Claro que no puede existir tentativa de un delito -- culposo, porque la tentativa requiere necesariamente del dolo para su existencia; es decir que es necesario el querer y el saber del hecho delictuoso.

Además el Código Penal establece que deben ser hechos "encaminados" a la realización del delito y según Enri-- que Bacigalupo encaminar la acción implica dirigir la misma a un objetivo determinado con anterioridad por el autor y por tanto no puede existir la tentativa culposa.

"Hasta este momento, leyendo las obras más avanzadas publicadas por la doctrina internacional, uno de los más difíciles y todavía insalvables problemas es la delimitación entre actos preparatorios y actos ejecutivos como delimitación de la tentativa, se han ensayado muchas teorías, siendo la más aceptada la teoría del dominio del hecho, o sea la teoría del plan individual del autor que -- significa que más allá del criterio meramente formal en el cual -- existía tentativa y por tanto actos ejecutivos donde el sujeto empe

zaba a matar, en la teoría formal la tentativa sólo se daba cuando el sujeto empezaba a jalar el gatillo y que todos los actos anteriores iban a resultar actos preparatorios; abandonando esta teoría y pasando por la material en la que se dijo que todos aquellos actos que ponen directamente en función de realizar la acción descrita en la ley serán considerados tentativa, que es un criterio ambiguo por que entonces el ir a comprar la pistola también debería ser un acto de tentativa.

Se estableció ese criterio del plan individual del autor, en el cual un observador ex-post que en este caso viene a ser el juez, el ministerio público o cualquier persona advierte cuando según el plan del autor estaba ya en la realización de los actos de tentativa; por ejemplo: el hecho de dejar un vaso con liquido que contenga veneno para que otro lo tome, si el sujeto activo sabe que rutinariamente el sujeto pasivo llega y toma un vaso que siempre se le tiene servido con jugo y ahí coloca la dosis venenosa, esperando únicamente que llegue el sujeto pasivo y se lo tome, ese será un acto de tentativa acabada."

Una vez más se nota el amplio conocimiento que tiene el Lic. Estuardo Bermúdez sobre el derecho penal ya que atinadamente dijo que la teoría más avanzada para determinar la delimitación entre tentativa y actos preparatorios es la del plan individual del autor.

Lo anterior nos demuestra que el Lic. Estuardo es una persona que constantemente se está actualizando, ya que su papel como órgano jurisdiccional así lo requiere.

El proceder del C. juez cuarto penal debe servir de ejemplo para muchos que como a él les preocupa la correcta aplicación del derecho, lo cual sólo puede lograrse estando a la vanguardia de lo que sostienen las teorías -- más avanzadas que van surgiendo no sólo en México sino -- también en el resto del mundo.

- "Algunos delitos de mera actividad como las amenazas, efectivamente recogen la resolución manifestada para cometer otro delito diverso; las amenazas es el anuncio de un mal a una persona; cuando esa resolución manifestada viene dirigida de inmediato a su preparación, ejecución e incluso consumación bajo otro de los institutos -- que tiene el derecho penal y que es la teoría del delito y se dan -- más afectaciones o más grados de afectación, ya sea la sola puesta en -- peligro o la lesión a un bien jurídico, las etapas previas dejan de tener efecto, es decir que si esa resolución manifestada en cuanto a la amenaza se da de inmediato y de inmediato vienen los actos preparatorios y los ejecutivos e inclusive los consumativos de lesión del bien jurídico, carece de efecto jurídico total esa resolución manifestada, porque ese hecho sería enjuiciado ya como hecho consumado o bien como una tentativa, bajo ya no sólo la resolución manifestada sino los actos ejecutivos que la acompañaron.

Generalmente la resolución es impune pero la manifestación de ésta con ciertas exigencias que el tipo establece es punible bajo -- la figura de amenazas; si ese anuncio del mal que se va a causar es a futuro, será delito de amenazas, pero si es en el momento estaremos ante la presencia de tentativa o de un delito consumado. Por -- ejemplo: si una persona está discutiendo con otra y le dice que lo

va a matar y se retira, se trata de un delito de amenazas; pero si en el momento que le anuncia el mal que le va a hacer corre por un cuchillo o una pistola y trata de cumplir la resolución manifiesta-- da, estaremos ante una tentativa de homicidio, pero si en el mismo momento consuma la amenaza, se trata de un homicidio.

El delito de amenazas se encuentra contemplado en el Código Penal porque se está protegiendo el bien jurídico consistente en la paz y la tranquilidad de las personas."

- "En el caso concreto de las amenazas, hay que recordar que éstas constituyen un delito sin resultado material. Es un delito en el cual su tipicidad está concretada a elementos de carácter subjetivo y la existencia del delito va a depender de que se consumen -- sus elementos constitutivos con la propia acción realizada por el sujeto activo.

La punibilidad de las amenazas se basa en el quebrantamiento de la tranquilidad del sujeto pasivo y es por eso que el Estado las ha contemplado en el Código Penal como delito.

Tomando en cuenta la naturaleza del delito de amenazas, éste no acepta la tentativa, porque se realiza o no se realiza el mismo, no puede haber tentativa de amenazas."

Hay que recordar que la tipicidad está formada por -- conducta y tipo; y en este sentido no se puede decir que la tipicidad se concrete a elementos de carácter subjetivo ya que el tipo está formado también por elementos obje

tivos.

- "Como figura accesoria que es, toda la suerte de la tentativa en cualquiera de sus efectos sigue la suerte del delito principal al cual amplía y por consiguiente la punibilidad de la tentativa está determinada por la punibilidad del hecho consumado y así se hablará bajo el esquema establecido en el artículo 63, hasta las dos terceras partes de la pena correspondiente para el hecho consumado; pero atendiendo al segundo párrafo del artículo 51 la pena mínima será de tres días.

La reducción de la punibilidad para la tentativa puede resultar benéfica para el sujeto activo en relación con la libertad provisional; por ejemplo: en un delito cuya pena es de tres a nueve años, el sujeto no tendrá derecho a libertad provisional; pero el autor de la tentativa cuya pena sea igual si podrá gozar de ese derecho.

Por otro lado, si existe tentativa de un delito cuya punibilidad sea de tres días a tres años, la pena máxima será de dos años y la mínima no podrá ser inferior a tres días, atendiendo a lo establecido en el artículo 25 del Código Penal."

- "La tentativa irreal o supersticiosa es aquella que en general se ha considerado impune, porque conlleva tal defecto en el conocimiento del agente respecto de los medios empleados para la comisión del delito, que hace notoriamente imposible admitir que esta conducta se produzca.

Esta figura generalmente se da respecto de personas que tienen un desviado conocimiento de los medios que van a producir el resultado y la aceptación de que el resultado se logrará con los medios empleados. Por ejemplo: aquellas personas que pretendan lograr un resultado realizando actos de hechicería como crear un muñeco y clavarle alfileres.

En el delito putativo el sujeto cree haber realizado un injusto que en realidad no existe y para excluir la punibilidad en este tipo de comportamiento será aplicable lo mismo que se dijo respecto a la tentativa inidónea, ya que nunca el error sobre la existencia de los elementos del delito puede constituir un delito; quien cree que está cometiendo un delito cuando en realidad no lo está cometiendo, debe quedar impune su conducta. Ejemplo: aquella persona -- que cree estar cometiendo adulterio cuando en realidad ya está divorciado porque a la promoción realizada sobre divorcio le ha recaído una sentencia de la que él no tenía conocimiento; jamás podrá -- ser sancionada por ser un delito putativo.

Por tanto y en conclusión, el delito putativo así como el delito imposible y la tentativa inidónea son impunes. El delito putativo es el error sobre la conciencia de la antijuridicidad que se cree tener, cuando en realidad no existe."

Como lo señalamos en el capítulo correspondiente la tentativa supersticiosa es un especie de la tentativa inidónea, por que en ambas no se pone en peligro el bien jurídico tutelado.

La diferencia entre ambas clases de tentativa radica en que en la supersticiosa nos encontramos ante actos preparatorios y en la inidónea ante actos ejecutivos; pero - en ambas no se debe imponer sanción alguna por lo manifestado anteriormente.

Creemos que el delito putativo no debe ser punible ya que existe un falso conocimiento de la antijuridicidad, - es decir que creemos que nuestra conducta es antijurídica cuando en realidad está permitida.

- "En cuanto a la tentativa supersticiosa yo dudo de su existencia como figura jurídica, porque sale del mundo de lo jurídico - para ingresar en lo mítico y recordemos que el derecho penal es objetivo, es ejercitado por el Estado y cuando éste se encuentra - frente a conductas que están en lo mítico, lo religioso y lo jurídico es muy especial su regulación, incluso yo dudo de su existencia como figura jurídica, aunque como hecho real y social sí existe.

La existencia del delito putativo también ya está bien delimitada por la doctrina y por los estudiosos del derecho, en él el sujeto activo cree que está llevando a cabo hechos que son constitutivos de algún ilícito penal, cuando en realidad no lo está llevando a cabo."

Me parece muy superficial la respuesta, ya que se concretó a negar la existencia de la tentativa supersticiosa como figura jurídica, pero no quiso manifestar su punto de vista al respecto.

Considero que no existe como figura jurídica porque - no tiene relevancia social, o sea que no afecta algún - - bien jurídico y como la finalidad del derecho penal es -- proteger a éste, no tiene razón de ser que se contemple - esta clase de tentativa en algún ordenamiento jurídico, ya que es impune.

La respuesta relativa al delito putativo también es - muy superficial ya que hace mención a que el sujeto activo cree estar llevando a cabo hechos que son constituti-- vos de algún ilícito penal, cuando en realidad no lo está llevando, pero nunca señala el porque.

El delito putativo es un claro ejemplo de antijuridicidad imaginaria, ya sea porque ésta no existe, es decir que la conducta realizada no está prohibida aunque el sujeto activo crea que sí lo es, o porque exista algún as-- pecto permisivo.

- "Naturalmente que sí existen los calificativos en la tentativa. Las calificativas según nuestra jurisprudencia no forman parte del tipo y por tanto no tienen nada que hacer por ejemplo, en la regulación de plazo constitucional, no deben ser analizadas sino hasta sentencia.

Si las calificativas no forman parte del tipo, no pueden ser - ampliadas por la figura de la tentativa y en conclusión no debería haber jamás tentativas calificadas, porque la tentativa sólo amplía el tipo pero no la calificativa."

- "Según la redacción de nuestro Código Penal cuando se habla de circunstancias modificativas, entendiendo éstas como agravantes o atenuantes, algunos intérpretes así lo han querido ver y sostienen que las calificativas sólo se pueden dar en los delitos consumados. Considero que este es un punto de interpretación errada, porque no todas las calificativas pero sí la mayoría tienen cabida en la tentativa.

Recordemos que el cuerpo del delito como figura procesal es -- equivalente con lo que se considera tipicidad. Para poder comprobar la tipicidad es necesario comprobar sus elementos integrantes, ya sean de carácter objetivo, subjetivo o normativa. Hago mención a este tema porque las circunstancias calificativas son las que rodean la comisión de la estructura típica, son las que rodean la comisión del hecho, son las que rodean el cuerpo del delito.

Para esclarecer la existencia de las calificativas en la tentativa nos basaremos en ejemplos.

Siguiendo el ejemplo del robo, usted y yo nos ponemos de acuerdo para cometerlo, al llegar al banco vamos armados y por tanto estamos ejerciendo violencia moral sobre las personas que se encuentran allí para intimidarlas y que nos entreguen el dinero.

Suponiendo que en lugar de un banco se trate de una negociación que ya está cerrada al público, pero en la cual el cajero todavía se encuentra adentro; forzamos la chapa y nos introducimos, amagamos al cajero y a una empleada que se encontraba adentro, le exigimos que nos entregue el dinero y en ese momento llega una patru--

lla, deteniéndonos antes de apoderarnos del dinero.

En este caso, es indudable que el robo lo pretendimos llevar a cabo con violencia moral y en lugar cerrado, siendo estas circunstancias que el mismo Código Penal admite como agravantes para el robo. Sin embargo, independientemente de que si se consumó o no el delito las calificativas existen.

Para concluir, desde mi punto de vista si existen las calificativas en la tentativa de algunos delitos, pero no en todos. Para determinar cuales delitos no aceptan las calificativas en la tentativa, sería cuestión de reflexionarlo con mucho cuidado."

La tentativa es una forma especial de aparición del delito y - por tanto merece un estudio independiente de los elementos que configuran al mismo. Pero sucede que la tentativa contiene todos los - elementos del delito y únicamente el Estado es más benévolo en la - punición porque no se llegó a transgredir el bien jurídico tutelado."

La tentativa es una forma de realización que se analiza en la tipicidad, como ya se señaló y además no contiene todos los elementos del delito, porque faltan elementos del tipo. Ejemplo: en la tentativa de homicidio no se privó de la vida y ese es un elemento del tipo. Por tanto, como el tipo es un elemento del delito no se puede -- afirmar que la tentativa contenga todos los elementos del mismo.

- " Este al igual que la delimitación entre tentativa y actos preparatorios es un problema muy difícil de delimitar porque hay que tomar muy en cuenta que en la ejecución del ilícito debemos atender al Iter Criminis y hay que ver hasta que grado de ese camino ha recorrido el activo en el delito para llegar a la consumación.

Los actos preparatorios son aquellos en donde el agente del delito ya tiene concebido un plan y se allega de todas las herramientas necesarias para llevarlo a cabo. Ejemplo: si se quiere robar el banco, vamos a allegarnos de pistolas, metralletas, automóvil, etc., todo esto constituye actos de carácter preparatorio.

Los actos ejecutivos son aquellos que ya teniendo las herramientas necesarias para llevar a cabo el plan, empezamos a desplegar nuestra conducta hacia la producción del resultado deseado y querido; esto es, nos trasladamos al banco, merodeamos, vemos la oportunidad de poder introducirnos a él y lo hacemos; sacamos las pistolas, amagamos a la gente, amagamos al cajero y hasta este momento y antes de introducirnos a la caja donde está el dinero estaremos ante actos ejecutivos.

Una vez que estamos cerca del dinero y nos lo están pasando a la bolsa que llevamos para llegar al apoderamiento, es donde se está obteniendo la producción del resultado; ya que está poniendo en peligro el bien jurídico. Si llega en ese momento la policía y no podemos llevarnos el dinero, la producción de ese resultado estaba en vías de consumarse pero no se logró por elementos extraños a nuestra voluntad y a nuestro querer: perturbaron el camino que ha-

biamos planeado para obtener el resultado querido, sin embargo como se puso en peligro el bien jurídico tutelado debe ser punible la -- conducta.

La sutileza del intérprete de la ley consiste en poder determinar en el caso concreto, hasta que momento terminan los actos ejecutivos y se lesiona el bien jurídico o sólo se pone en peligro."

Difiero en el hecho de que introducirse a la bóveda -- del banco ya no constituya un acto ejecutivo. ¿Entonces -- él lo considera un acto consumativo? ¿Y desde este momento hasta que ya se tiene el dinero en la bolsa, que clase de actos son, ejecutivos o consumativos?.

De acuerdo con Zaffaroni no existe alguna etapa intermedia entre ejecución y consumación en el Iter Criminis y por tanto creo que en el caso en cuestión la ejecución -- termina cuando le es entregado el dinero y a partir de -- ese momento se da la consumación.

CONCLUSIONES

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

Capítulo I

En México, tiene importancia el estudio de la tentativa en virtud de que trata de un Estado de derecho y por tanto existe en él una división de poderes y el reconocimiento de los mismos.

Al haber reconocimiento a la división de poderes, existe un órgano encargado de crear las leyes y otro que las aplica. Por lo que se refiere a la facultad punitiva del Estado, ésta se encuentra limitada por las mismas leyes.

La tentativa dentro de la teoría del delito debe analizarse en la tipicidad, ya que es en ésta donde podemos descubrir si se han realizado total o parcialmente los elementos del tipo y así determinar si se trata de un delito tentado o consumado. Es decir, que la tentativa ya no es una forma especial de aparición del delito, sino una forma de realización que debe analizarse en la tipicidad.

La naturaleza de la tentativa consiste en que se trata de una figura accesoria de los tipos que la aceptan, ya que el precepto -- que la regula no describe una conducta ni señala una sanción, sino que nos remite a la sanción de cada tipo.

Capítulo II

Las etapas internas del Iter Criminis nunca podrán ser punibles en virtud de que no se ha exteriorizado la voluntad y por tanto no existe afectación del bien jurídico. En el caso de la exteriorización de la resolución (amenazas), esta etapa del Iter Criminis se considera punible por política criminal, ya que ha sido perturbada la tranquilidad del sujeto pasivo.

Dentro de la fase externa del Iter Criminis aún existen etapas que son impunes (preparación), salvo sus excepciones (conspiración). La punibilidad comienza a partir de la ejecución, por ser ésta una etapa en la que ya hay puesta en peligro del bien jurídico tutelado.

Entre las teorías que tratan de delimitar la tentativa de los actos preparatorios, la más avanzada y que consideramos debería ser aplicada en México es la del Plan Individual del Autor y consecuentemente el artículo 256 del Código Penal debe ser derogado.

Por lo que se refiere a la tentativa y la consumación, la diferencia entre ambas figuras jurídicas radica en que la consumación ha reunido tanto los elementos objetivos como los subjetivos del tipo, mientras que la tentativa no reúne todos los elementos objetivos, pero los subjetivos sí.

La tentativa acabada siempre será punible, porque el activo ha realizado todos los actos tendientes a la realización del delito, pero que por causas ajenas a su voluntad no se realiza éste. En el

caso de la tentativa inacabada, ésta siempre será impune ya que el sujeto activo ha interrumpido voluntariamente los actos que serían suficientes para la consumación, en cuyo caso estamos ante la presencia del desistimiento que es una causa de exclusión de la pena.

Consideramos que el fundamento de la punibilidad de la tentativa debe basarse principalmente en lo sostenido por las teorías objetivas, es decir en la puesta en peligro del bien jurídico y posteriormente en la finalidad perseguida por el activo, o sea en lo expuesto por las teorías subjetivas. Pero siempre, para que la tentativa pueda considerarse punible debe reunir ambos elementos, es decir que haya puesta en peligro del bien jurídico y tener en cuenta la finalidad del sujeto.

En relación al artículo 12 del Código Penal para el D.F., consideramos que su párrafo segundo es violatorio del principio de culpabilidad que se aplica en un Estado de derecho, ya que funda la punición de la tentativa en la peligrosidad del autor y que al crear dicho párrafo, nuestros legisladores se vieron influenciados por el principio de peligrosidad que impera sólo en un Estado Autoritario.

Sostenemos firmemente que para imponer una pena, no sólo de tentativa sino también de un delito consumado, no debe tomarse en cuenta la temibilidad o peligrosidad del autor porque se estaría imponiendo una pena no por el hecho cometido, sino por lo que el sujeto es.

Ahora bien, si a un sujeto se le debe considerar temible o peligroso porque ha cometido otros ilícitos anteriormente, esto no de

be influir para determinar la pena que se le va a imponer por el actual delito, porque en cierta forma se le estaría juzgando dos veces por el mismo delito, lo cual va en contra de lo establecido en la Constitución.

Por tanto y tomando como base lo anterior, el citado párrafo - del artículo 12 del Código Penal debe ser modificado para quedar de la siguiente manera:

"Para imponer la pena de la tentativa, los jueces tendrán en cuenta que se haya puesto en peligro el bien jurídico tutelado, la finalidad del sujeto y el grado a que se hubiere llegado en la ejecución del delito."

Capítulo III

Tomando en cuenta que la tentativa es un delito incompleto, debe -- contener los mismos elementos que el delito consumado. Es decir que los elementos de la tentativa son conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad; la diferencia con el delito consumado surge en la tipicidad, precisamente en los elementos objetivos del tipo.

Del desarrollo científico de que ha sido objeto la teoría del delito surgen las siguientes conclusiones:

La teoría que deben aplicar los juzgadores al resolver sobre -- un caso en concreto, el ministerio público al realizar la averiguación previa y los maestros de derecho penal al impartir sus clases es la finalista, la cual considera a la conducta como un hacer vo--

luntario final; es decir que no sólo debe tomarse en cuenta lo que externamente se realizó, sino también, lo que el sujeto se proponía hacer y que haya una relación causal entre lo que se quiso y lo que se llevó a cabo.

El tipo penal de la tentativa es el de cada delito que la acepta, siempre que aquel no se consume por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo. Aún tomando como base la errónea definición de delito que nos brinda el artículo 7 del Código Penal, no podemos -- considerar al artículo 12 como el tipo penal de la tentativa, porque no señala la sanción para el que pretende cometer un delito y éste se quede en grado de tentativa, siendo que debemos entender -- por delito el acto u omisión que sancionan las leyes penales.

Por tanto si el artículo 12 no señala la sanción para el autor de tentativa, este artículo no se puede considerar como tipo penal, ya que nos remite a la sanción de cada delito que acepte la tentativa. En conclusión el tipo de la tentativa es el de cada delito que la acoja.

Decimos que la definición de delito del artículo 7 es errónea porque en éste, sólo se hace alusión a un elemento del delito y además se agrega como tal a la sanción, lo cual no es correcto porque la pena de un delito no puede considerarse como elemento del mismo y necesario para su existencia.

Una definición de delito podría ser aquella que contenga todos los elementos del mismo, pudiendo quedar como sigue: "delito es una conducta, típica, antijurídica y culpable".

Por lo que se refiere al tipo subjetivo de la tentativa, conformado por dolo y culpa, hay que señalar que sólo el dolo es aceptado en los delitos tentados, ya que éstos requieren la intención de cometer el delito, mientras que en la culpa existe violación a un deber de cuidado, pero no intención.

En cuanto a la antijuridicidad y la culpabilidad, ambas son las mismas para el delito consumado y para la tentativa. Es decir que la antijuridicidad de la tentativa consiste en realizar una conducta que vaya contra el orden jurídico y que queda comprobada con la ausencia de algún aspecto permisivo.

La culpabilidad del delito tentado al igual que la del consumado, es el juicio de reproche que se le puede hacer a un sujeto por el injusto penal cometido. Es decir que el sujeto teniendo capacidad para comprender y conociendo la antijuridicidad de su conducta, no haya actuado de manera diferente a como lo hizo, si en virtud de las circunstancias del hecho no pudo actuar de otra manera, no se le puede reprochar su conducta ya que no le era exigible otra.

Capítulo IV

La tentativa idónea siempre será punible, porque los medios empleados son suficientes para cometer el ilícito, aunque no se consume, pero existió una puesta en peligro del bien y en esto se basa la punibilidad de esta especie de tentativa.

La tentativa inidónea ya sea por falta de objeto o inexistencia del bien jurídico o por emplear un medio inidóneo, siempre será

impune porque el bien jurídico no se puso en peligro, siendo esto - la finalidad que persigue el derecho penal. Por tanto, como no hay puesta en peligro del bien jurídico no puede sancionarse la conducta desplegada.

Para fundar la impunidad de la tentativa supersticiosa o - - - irreal nos basamos en el artículo 12 del Código Penal, el cual establece que debe haber un principio de ejecución para que sea punible la conducta; como en la tentativa supersticiosa sólo se trata de actos meramente preparatorios, por eso no podemos admitir la punibilidad en ella. Además, como ya se manifestó en esta clase de tentativa hay una irrelavancia social en esa clase de conductas.

El delito putativo o delito imaginario es impune porque se trata de un error por parte del agente respecto de los elementos requeridos por la antijuridicidad, es decir que el activo cree estar cometiendo un delito que en realidad no lo es.

Capítulo V

Por desistimiento debemos entender el dejar de hacer algo que se ha empezado a ejecutar. Es una causa personal de exclusión de la pena y su fundamento radica en la pérdida de la finalidad que persigue - la pena.

Para que la pena quede excluida debe ser voluntario el desistimiento, es decir que ni la imposibilidad de cometer el ilícito ni - la intervención de una acción especial del sistema penal debe influir en el ánimo del sujeto activo para que se abstenga de llevar

a cabo su fin; el desistimiento debe darse por temor a la pena o incluso atendiendo a normas éticas o morales.

En la tentativa inacabada el desistimiento puede dar origen a ella, evitando que el sujeto activo continúe con la acción ejecutiva del ilícito que se haya propuesto realizar. Por tanto el efecto que tiene el desistimiento respecto de la pena ya no tiene aplicación o relevancia, pues la tentativa inacabada es de por sí impune porque no hay puesta en peligro del bien jurídico.

En la tentativa acabada, para que el desistimiento produzca su efecto de exclusión de la pena, es necesario que se haya logrado -- evitar la consumación del ilícito. Es decir que para que se pueda gozar de los beneficios que brinda el desistimiento (excluir la pena) se requiere que la consumación no se haya llevado a cabo, pues de lo contrario sólo se tomará en cuenta para disminuir la sanción por haber procurado evitar el mal que se ocasionó.

Resumiendo diremos que el desistimiento en la tentativa acabada debe incluir:

- Una abstención de concluir lo empezado a ejecutar.
- Actuar para evitar la realización del delito.
- Que no se realice el resultado.

Capítulo VI

Las calificativas o circunstancias son aquellos elementos independientes a la vida del delito y que sólo influyen sobre la gravedad o atenuación de la pena y no sobre la existencia de éste.

En la tentativa sí existen los calificativos por ser éstos ajenos a la existencia del delito, sea tentado o consumado. Al igual que en los delitos consumados, los calificativos influirán para agravar o atenuar la pena en la tentativa.

En cuanto a los delitos culposos, la tentativa no existe en ellos porque debe haber intención de cometer el ilícito, queriendo y aceptando el hecho prohibido.

La participación es dable en los delitos tentados ya que la voluntad criminal de todos los que intervienen en el ilícito, es igual que en los delitos consumados; la pena para cada uno de los participes generalmente es aplicada de acuerdo al criterio del juzgador tomando en cuenta la intervención de cada individuo, pues no puede castigarse de igual forma al autor y al cómplice.

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

BACIGALUPO, Enrique.

"Reflexiones sobre la Tentativa en el Código Mexicano" en la Revista de la Procuraduría General de Justicia del D.F., Temis, Bogotá, 1980. p.p. 19-53.

CASTELLANOS TENA, Fernando.

"Temas Elementales de Derecho Penal, 14a. ed., Porrúa, México, 1980. 231 p.p.

Diccionario de la Lengua Española, 11a. ed., Porrúa, México, 1977. 840 p.p.

HERNANDEZ OROZCO, Pedro.

Apuntes de Derecho Penal I. Universidad del Tepeyac, México, 1985. 37 p.p.

JIMENEZ DE AZUA, Luis,

"Las Ideas y su Impunidad". Revista Mexicana de Derecho Penal. Porrúa, Buenos Aires, 1983. 237 p.p.

Jurisprudencia y Tesis Sobresalientes de 1955-1963. 1a. Sala Penal, Volumen Penal, 1366 p.p.

MAURACH, Reinhart.

Tratado de Derecho Penal. Barcelona, España, 1962-1963. Tomo II.

MORENO HERNANDEZ, Moisés.

Apuntes de Derecho Penal, Inacipe, México, 1982 p.p.

PALACIOS VARGAS, Ramón.

La Tentativa, 2a. ed., Cárdenas, México, 1979. 327 p.p.

PAVON VASCONCELOS, Francisco.

"La Tentativa", Criminalia, XXV/1959, Porrúa, 122 p.p.

PONT, Luis Marco del.

Derecho Penitenciario, Cárdenas, México, 1984. 809 p.p.

VILLALOBOS, Ignacio.

Derecho Penal Mexicano, Porrúa, México, 1975. 627 p.p.

WELZEL, Hans.

Derecho Penal Alemán, Santiago de Chile, 1971, Cartagena,

España (traducido). 527 p.p.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl.

Manual de Derecho Penal, Cárdenas, Buenos Aires, 1986

825 p.p.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl.

Problemática Especial de la Tipicidad, Cárdenas, Buenos Aires

1978. 957 p.p.

Código Penal para el D.F., 42a. ed., Porrúa, México 1986.

111 p.p.

Constitución Política de los E.U.M. 82a. ed., Porrúa, México,

1987. 128 p.p.