



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

LA LIBERTAD PROVISIONAL EN TENTATIVA DE DELITOS GRAVES

T E S I S

QUE PRESENTA MARIA DE LOURDES DIAZ ALVARADO PARA OBTENER EL TITULO DE: LICENCIADO EN DERECHO

ASESOR DE TESIS: LIC. JESUS UBANDO LOPEZ



CIUDAD UNIVERSITARIA, D. F.

1997

TESIS CON FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional  
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**Biblioteca Central**



**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 esta 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.



LIBERTAD NACIONAL  
AVENIDA DE  
MEXICO

## SEMINARIO DE DERECHO PEÑAL

Cd. Universitaria, a 8 de abril de 1997.

**C. DIRECTOR GENERAL DE LA COORDINACION  
ESCOLAR DE LAUNAM.  
P R E S E N T E.**

LA C. MARIA DE LOURDES DIAZ ALVARADO, ha elaborado en este seminario a mi cargo y bajo la dirección del Lic. JESUS UBANDO LOPEZ, su tesis profesional intitulada LA LIBERTAD PROVISIONAL EN TENTATIVA DE DELITOS GRAVES con el objeto de obtener el grado académico de licenciado en Derecho.

La alumna ha concluido su tesis de referencia la cual llena a mi juicio los requisitos señalados en el art. 8 fracción V, del reglamento de seminarios para la tesis profesional, por lo que otorgo la aprobación correspondiente para todos los efectos académicos.

**A T E N T A M E N T E  
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"  
EL DIRECTOR DEL SEMINARIO**

**FACULTAD DE DERECHO  
DR. RAUL GARRANCA Y RIVAS**

## **AGRADECIMIENTOS**

**Infinitamente a mis padres  
por el amor y esfuerzo  
con que me han guiado cada día,  
hoy hacemos realidad un sueño más.**

**A mis hermanas Ma. Guadalupe,  
Verónica y Alejandra, por nuestra  
convivencia y fraternidad.**

**A Juan Francisco Vera Ayala  
por ser justamente como es,  
apoyarme, amarme y ser parte de mí.**

**A nuestra Facultad de Derecho  
recinto de intelectualidad,  
formadora de ilustres abogados,  
mi gratitud por permitirme ser parte de ella.**

**A mi Asesor de Tesis,  
el Lic. Jesús Ubando López,  
por brindarme su tiempo,  
apoyo y experiencia.**

# LA LIBERTAD PROVISIONAL EN TENTATIVA DE DELITOS GRAVES

## INDICE GENERAL

	PAGINA
<b>INTRODUCCION</b>	
<b>CAPITULO I. ANTECEDENTES</b>	
1. Origen Histórico de la Tentativa	1
1.1 Italia	1
1.2 Argentina	4
1.3 España	6
1.4 Inglaterra	8
1.5 Alemania	9
2. La Tentativa en el Código Penal Mexicano	10
2.1 Código Penal de 1871	11
2.2 Código Penal de 1929	14
2.3 Código Penal de 1931	17
3. La Tentativa en los Proyectos para modificar el Código Penal	21
3.1 Proyecto de 1949	21
3.2 Proyecto de 1958	22
3.3 Proyecto de 1963	23
3.4 Proyecto de 1965	24
<b>CAPITULO II. GENERALIDADES</b>	
1. Concepto de Tentativa	26
2. Elementos de la Tentativa	31
3. Las Fases del Iter Criminis	35
4. Naturaleza Jurídica de la Tentativa	45
5. Presupuestos del Delito	54
5.1 Sujeto Activo	55
5.2 Sujeto Pasivo	58
5.3 Objeto Material	60
5.4 Objeto Jurídico	60
5.5 Daño puesto en peligro	61

### **CAPITULO III. LA ESTRUCTURA DE LA TENTATIVA DEL DELITO**

<b>1. Teoría Causalista</b>	<b>63</b>
<b>2. Teoría Finalista</b>	<b>67</b>
<b>3. Elementos Positivos del Delito</b>	<b>70</b>
3.1 Conducta	70
3.2 Tipicidad	73
3.3 Antijuridicidad	75
3.4 Imputabilidad	75
3.5 Culpabilidad	76
3.6 Condicionalidad Objetiva	78
3.7 Punibilidad	78
<b>4. Elementos Negativos del Delito</b>	<b>79</b>
4.1 Ausencia de Conducta	79
4.2 Ausencia de Tipo	80
4.3 Causas de Justificación	81
4.4 Causas de Inimputabilidad	86
4.5 Causas de Inculpabilidad	87
4.6 Falta de Excusas Objetivas	89
4.7 Excusas Absolutorias	90
<b>5. Tentativa Acabada y Tentativa Inacabada</b>	<b>90</b>
<b>6. Delito Imposible</b>	<b>94</b>
<b>CAPITULO IV. LA TENTATIVA Y LOS DELITOS GRAVES</b>	
<b>Procedencia de la Libertad Provisional en Tentativa de Delitos Graves</b>	<b>97</b>
<b>1. Concepto Gramatical de Delito</b>	<b>97</b>
<b>2. Concepto Jurídico de Delito</b>	<b>98</b>
<b>3. Delitos Graves</b>	<b>105</b>
<b>4. Artículo 20 Fracción I de la Constitución Federal. Concepto.</b>	<b>110</b>
<b>5. Artículo 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal</b>	<b>117</b>
<b>6. Artículo 556 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal</b>	<b>121</b>
<b>7. La Tentativa de Robo contemplada en el artículo 370 párrafo II en relación al 372 del Código Penal</b>	<b>126</b>
<b>8. La Tentativa de Violación</b>	<b>141</b>
<b>9. La Tentativa de Homicidio Simple</b>	<b>148</b>

**A N E X O. Nota aclaratoria**

**157**

**CONCLUSIONES**

**169**

**BIBLIOGRAFIA**

**176**

## INTRODUCCION

Debemos reconocer que el bien jurídico de mayor importancia es la vida humana, sin embargo, siguiendo con la jerarquía, le continúa, la libertad individual. Un individuo puede perder su libertad como resultado de una sentencia condenatoria que ordene que se le someta a un determinado lapso de prisión, o bien, también puede perder su libertad durante el proceso, en virtud del instituto llamado prisión preventiva.

Hasta antes de la expedición de reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 10 de enero de 1994, conforme a la fracción I del artículo 20 Constitucional, todo acusado inmediatamente que lo solicitara, era puesto en libertad previa caución que fijara el juzgador, tomándose en consideración sus circunstancias personales y la gravedad del delito que se le imputara, siempre que dicho delito, incluyendo sus modalidades, mereciera ser sancionado con pena cuyo término medio aritmético no fuera mayor de cinco años de prisión, sin más requisito que poner la suma de dinero respectiva, a disposición de la autoridad judicial. Sin embargo, este ordinal en relación con el contenido del precepto 556 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, otorgaba mayores beneficios: se permitía al juez que concediera la libertad caucional, aun cuando el término medio fuese superior a cinco años, siempre y cuando se cumplieran con cuatro requisitos: que se garantizara debidamente a juicio del juez la reparación del daño, que la concesión de la libertad no constituyera un grave peligro social, que no existiera riesgo fundado de que el inculpado pudiera sustraerse a la acción de la justicia y que no se tratara de reincidentes.

Sin embargo, con las reformas, los requisitos para otorgar el beneficio de libertad se redujeron, quedando atrás aquel famoso término medio para hacer el cálculo de procedencia de la libertad caucional. Actualmente solo se requiere, si se trata de un delito que cause un daño material, se garantice su reparación siempre y cuando no sea alguno de los denominados delitos graves. Fuera de estos casos de

excepción, la libertad es procedente. Lo que significa que todos los justiciables, tanto los del fuero local como los del fuero federal, tendrán acceso en condiciones idénticas o casi idénticas a la libertad caucional; la única limitante para obtener la libertad caucional es que el delito no sea grave, y la definición de los delitos graves las da cada código penal de los estados; en la medida que haya diferencias entre los códigos habrá por consecuencia diferencia en el derecho de la libertad caucional.

Se calificaron como delitos graves a las actividades gravemente atentatorias contra la seguridad de las personas en su vida e integridad física, en su patrimonio y también contra su libertad, en diversos aspectos de indiscutible trascendencia para la solidez de la paz y la seguridad sociales, o con la finalidad de quebrantar las instituciones públicas. El catálogo de delitos graves está contemplado en la parte final del innovado numeral 268 del Código instrumental que refiere: "... Para todos los efectos legales, por afectar de manera importante valores fundamentales de la sociedad, se califican como delitos graves los siguientes: Homicidio por culpa grave previsto en el artículo 60 párrafo tercero; terrorismo previsto en el artículo 139 párrafo primero; sabotaje previsto en el artículo 140 párrafo primero; evasión de presos previsto en los artículos 150 con excepción de la parte primera del párrafo primero y 152; ataques a las vías de comunicación previsto en los artículos 168 y 170; corrupción de menores previsto en el artículo 201; violación previsto en los artículos 265, 266 y 266 bis; asalto previsto en los artículos 286 párrafo segundo y 287; homicidio previsto en los artículos 302 con relación al 307, 313, 315-bis, 320 y 323; secuestro previsto en el artículo 366 exceptuando los párrafos antepenúltimo y penúltimo; robo calificado previsto en los artículos 367 en relación con el artículo 370 párrafos segundo y tercero, cuando se realice en cualquiera de las circunstancias señaladas en los artículos 372, 381, fracción VIII, IX y X, y 381-bis, y extorsión previsto en el artículo 390 todos del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal."

De lo anterior, surgen diversas inquietudes, como en la realidad acontece en los juzgados penales, ante la tentativa de un delito grave: ¿Es procedente o improcedente la libertad provisional tratándose de la tentativa de delito grave?, y ante cualquier respuesta a esta interrogante, entonces, ¿Porqué algunos juzgadores otorgan este beneficio, y porqué otros lo niegan? ¿Cuál es el fundamento?

Podríamos empezar a discernir nuestro criterio al respecto, afirmando que ni el texto legal ni la exposición de motivos, permiten advertir que los delitos graves comprendan a las tentativas, toda vez, que los calificados delitos graves, y que se encuentran conceptuados en forma precisa por la ley, se refieren a conductas en las que la consumación del delito se realiza, es decir, ante la exteriorización de actos ejecutivos que reúnen todos los elementos genéricos y específicos del tipo legal; y no a las tentativas, que de acuerdo con nuestro Código Penal, estamos ante tentativa punible cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.

Por otra parte, también es conveniente diferenciar las conductas delictivas de un acusado, en atención al bien jurídico protegido, que se lesiona (consumación) o que se pone en peligro (tentativa); en razón de su trascendencia y gravedad; aunado a la penalidad diferenciada que existe para el delito grave y la tentativa.

Es por lo anterior que en el presente trabajo, estudiaremos a la tentativa en concordancia a las disposiciones vigentes, y analizaremos si es procedente o no la libertad provisional bajo caución en tentativa de delito grave.

## CAPTULO I ANTECEDENTES

### 1. ORIGEN HISTORICO DE LA TENTATIVA

De acuerdo con Franz von Liszt, "la idea de la tentativa debe su origen a la ciencia jurídica medieval de Italia". Por su parte, Von Hippel, agrega, "la punición de la tentativa es el signo de un Derecho en evolución progresiva. En los antiguos tiempos de la responsabilidad por el resultado es desconocido ese pensamiento, puesto que no se produce daño alguno. (...) Según informa Constantino Castori, después de estudiar a la tentativa, en el Derecho de los pueblos orientales no es posible hallar datos, ni textos, para decir que la tentativa fue reconocida".<sup>1</sup>

#### 1.1 ITALIA

"En el antiguo derecho romano, según Ferrini, no se penaban los delitos sino cuando llegaban a su consumación, así lo prueban los textos por nosotros conocidos que sólo se refieren al delito consumado; las únicas excepciones de este criterio las constituían los delitos de traición y la mutación violenta de la constitución".<sup>2</sup>. En general, "no hay datos precisos que nos conduzcan a considerar que fueron capaces de construir la noción de la tentativa, puesto que existen diversos textos contradictorios al respecto, aunque puede afirmarse que en los más graves crímenes se equiparaba la tentativa con la consumación, como afirma Tiraquello. Aunque en ciertos casos las leyes romanas graduaban la pena según que el hecho se había principiado o consumado; aunque en otros casos, sus leyes decían que no es ladrón, el que abría las puertas con intención de robar, pero no realiza su propósito". Castori considera que "es natural que los romanos no pudieran apreciar bien la naturaleza de la tentativa, puesto que ella se enlaza con toda la difícilísima

<sup>1</sup> JIMENEZ DE ASUA, Luis. Tratado de Derecho Penal. "El delito y su Exteriorización". Tomo VII. Edit. Lozada. Argentina. 1970. Pág.455.

<sup>2</sup> CUELLO CALON, Eugenio. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Volumen Segundo. Edit. Bosch. España. 1970. Págs. 642 - 643.

tarea de la imputabilidad, y en aquellos tiempos, mientras habían alcanzado altísimo grado de perfección las investigaciones en el campo del Derecho civil, había progresado bien poco el Derecho penal".<sup>3</sup>

Al parecer es hasta Justiniano, cuando se recopilan antecedentes sobre el delito imperfecto y su penalidad, en que la gravedad de la infracción servía entonces de regla, por lo que en los delitos privados, como el daño efectivo condicionaba la sanción, no podía hablarse de grados en el iter criminis, en cambio, en los delictiva publica, se solía apreciar la tentativa más benignamente que el delito perfecto. Por lo que en ciertos delitos graves, el intento se penó como la consumación.

"Enrico Pessina sostiene que de las fuentes del derecho romano se puede desprender que, 1o.- En los más graves entre los delictiva publica, como el homicidio y el crimen de lesa majestad, en virtud del principio político o de la intimidación, siempre que el propósito criminoso fuese manifiesto, la acción reveladora de tal propósito, por débil que fuera su contenido, era equiparada al propósito realizado; 2o.- Con relación a los delictiva privata, por el contrario, el resultado realizado era condición esencial para la responsabilidad del agente; 3o.- La noción del conato propiamente dicho, según su propia apreciación como punible, pero con pena menor de la señalada para el delito consumado, empieza a presentarse en el tiempo del Imperio".<sup>4</sup>

Algunos estatutos italianos castigaban con pena arbitraria la tentativa, aunque como ya se dijo anteriormente, la mayoría de ellos imponía al delito intentado la misma pena que al consumado.

Se aprecia la evolución de la tentativa en los antiguos Códigos de los Estados italianos, que a partir del Código de 1876, de Leopoldo de Toscana, ya establecieron la distancia entre tentativa y delito consumado. De esta manera,

---

<sup>3</sup> JIMENEZ DE ASUA. Ob.cit. Pág.456.

<sup>4</sup> Ob.cit. Pág. 457.

"Alciato define la tentativa como lo que está en el camino y al delito como la meta. (...) Otra opinión era la de Julio Claro que sostenía que cuando los estatutos nada decían especialmente de la tentativa, el juez tenía libertad de escoger la doctrina que más le placiera, aunque si bien se mostraba partidario de que no debía castigarse la tentativa si no era seguida de efecto, salvo en los delitos más atroces. Farinacio sienta como primer principio el castigo de la tentativa, pero adaptando la pena a la proximidad o lejanía en que la conducta del agente estuviera respecto de la consumación".<sup>5</sup>

La mayoría de los prácticos italianos distinguieron para el castigo de la tentativa, los delitos más graves de los leves. La delimitación del conato, incluso en su límite inferior (preparación) como en el superior (consumación) se fue perfilando a través de la obra de los prácticos italianos.

Fue Menochio quien empezó a distinguir entre "conato remoto" y "conato próximo" al definir como delito perfecto a aquella especie de tentativa a la que desde la actividad del agente nada le faltaba para la consumación, en donde se decidía el valor del arrepentimiento.

Por su parte, Carrara parte de "la cantidad del conato (o sea, la cantidad física), que crece o decrece, según que, en el momento en el cual se detuvo la acción, estuviere más o menos próximo al último acto consumativo".<sup>6</sup> Este es el criterio de Carrara: cree primeramente que hay conato próximo cuando el agente, en el campo destinado a la acción, se encuentra en presencia de la persona o de la cosa sobre la cual debe consumarse el delito; pero luego quiere, para que se pueda hablar de conato próximo, que la acción comience a ejercitarse sobre la persona o sobre la cosa, sujeto pasivo del delito.

---

<sup>5</sup> JIMENEZ DE ASUA. Ob.cit. Págs. 460-461.

<sup>6</sup> Ob.cit. Pág. 464.

"En Italia, la Corte de Casación desde 1900, fijo su orientación expresando: "Toca al juez distinguir en concreto, caso por caso, según la particular naturaleza de los hechos" .<sup>7</sup> . La ley con la frase genérica, principio de ejecución ha querido dejar al juez el poder de señalar en las diversas especies del hecho, el punto en el cual, según su apreciación, la acción dirigida a violar el derecho ha empezado a manifestar la intención del agente de violar el derecho.

## 1.2 ARGENTINA

Como lo expone el maestro Jiménez de Asúa en su libro citado, es en el Proyecto Tejedor en donde existe un capítulo dedicado a la tentativa, el que describe en su artículo 1° a la misma: "Hay tentativa siempre que con la intención de cometer un crimen se ejecutan actos externos que tienen por objeto la consumación o preparación de ese crimen".

Luego, existen tres artículos posteriores referentes al desistimiento, art. 5°: "En los casos en que la ley no castiga la tentativa de crímenes que tienen pena de muerte, presidio o penitenciaría, el autor de la tentativa será sin embargo sometido a la vigilancia de la autoridad". Posteriormente, el artículo 6° que a la letra dice: "Cuando la tentativa criminal haya ido tan cerca de la consumación del crimen que el culpable haya llegado al acto que debía realizar inmediata y directamente al crimen, hay tentativa próxima y la pena será proporcionada a la del crimen ...". Finalmente, el art. 7°, delinea: "Las mismas reglas son aplicables, aunque el resultado requerido para constituir la consumación del crimen haya dejado de verificarse por circunstancias accidentales, cuando se trata de crímenes cuya definición supone como condición integrante la realización de un resultado dado, y se acaba el acto principal de una manera 'perfecta' ".

---

<sup>7</sup> MALO CAMACHO, Gustavo. Tentativa del Delito. Instituto de Investigaciones Científicas. México. 1971. Pág. 43.

El artículo 8º trata de la tentativa remota y su penalidad, pero en realidad no se trata de tentativa, sino de actos preparatorios. Y el artículo 9º refiere a la tentativa calificada y es de este tenor: "Si la tentativa constituye por sí misma un crimen completo, se aplicará el maximum de las penas expresadas, a menos que la pena del crimen completo contenido en la tentativa, sea más grave que la del crimen tentado, en cuyo caso se aplicará la pena más grande, independientemente de cualquier consideración".<sup>8</sup>

Después surgieron los Proyectos de Código penal de 1891 y 1906. El primero, al definir a la tentativa, da un concepto que sin hablar terminantemente del comienzo de ejecución, vincula la manifestación de la voluntad a que se manifieste "por actos exteriores que tengan relación directa e inequívoca con el delito"; adoptando una posición carrariana y vaga para determinar la esencia de la tentativa. En el Proyecto de 1906, se lee "Hay tentativa cuando la resolución de cometer un delito ha sido manifestada por actos exteriores que tengan relación directa con el mismo. Para la apreciación de los actos se tendrán en cuenta los antecedentes del agente".<sup>9</sup>

En el Proyecto Moreno, la idea de la tentativa, se figuró así : "el que comienza la ejecución de un delito premeditado de antemano, pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad, sufrirá las penas determinadas en el artículo 44". La idea relativa a la premeditación fue muy criticada por estudiosos de la época, ya que los argumentos expuestos como motivo, no son persuasivos. Por su parte, Julio Herrera, influyó para que el concepto de tentativa se completará con el concepto de "resolución delictuosa", a fin de referirse exclusivamente a los actos de ejecución, y así no cayeran los actos preparatorios bajo pena. También amplió la fórmula agregando el 'desistimiento'.

---

<sup>8</sup> JIMENEZ DE ASUA. Ob.cit. Págs. 469-470.

<sup>9</sup> Ob.cit. Pág. 470.

### 1.3 ESPAÑA

En la alta edad media son frecuentes las noticias según las cuales las actuaciones preparatorias de ciertos delitos vienen consideradas como infracciones criminales sui generis. La pena se imponía por la sola actitud aun cuando no pasara ésta de simple amenaza ni llegaran a emplearse las armas en cuestión. La penalidad era siempre de carácter pecuniario y consistía en el pago de una determinada multa denominada la "caloña", que equivalía a sesenta sueldos, la cual aparece bastante en estos casos bastante difundida.

En algunos Fueros, como por ejemplo el de Miranda y el de Calatayud de 1131, se consideró una figura muy próxima al delito consumado, la que denominaron consilium mortis, que consistiría en el acuerdo entre diversas personas, que se confabulaban para atentar contra la vida de otra, sin que todavía hubieran llevado a la práctica lo proyectado.

No sin razón, escribe Orlandis: "Según el criterio anterior, deberían los textos limitarse a sancionar como delito independiente los hechos externos en que se hubiera manifestado aquella conjura y que fuesen preparatorios para la comisión del delito proyectado. Más las fuentes, que establecen la figura del 'consilium mortis' se apartan de tal criterio y califican al 'consilium' no en atención a los actos realizados, sino al fin realmente perseguido". El consilium se asimilaba al delito perfecto.<sup>10</sup>

Respecto a la Ley de Partidas, exactamente en la 2 del título XXXI de la Partida Séptima, se enuncian casuísticamente los casos en que se pena el comienzo de ejecución, e incluso se penaban algunos actos meramente preparatorios. De hecho, en las doctrinas de Diego Covarrubias en relación al iter criminis, no distingue entre actos preparatorios y ejecutivos. Así como tampoco diferencia la tentativa de la frustración. Aunque en general, la tentativa se penaba menos que el delito

---

<sup>10</sup> JIMENEZ DE ASUA. Ob.cit. Pág.467.

consumado, aplicándose a aquélla pena extraordinaria, que quedaba al arbitrio del juez.

He aquí el texto correspondiente del Código penal español de 1822: Art. 5º: "La tentativa de un delito es la manifestación del designio de delinquir, hecha por medio de algún acto exterior, que dé principio a la ejecución del delito o la prepare". Y en el artículo 7º señala su penalidad, siempre que su interrupción no sea por voluntad del agente: "Por regla general, y excepto en los casos en que la ley determine expresamente otra cosa, la tentativa de un delito, cuando la ejecución de éste no haya sido suspendida o no haya dejado de tener efecto sino por alguna casualidad, o por otra circunstancia independiente de la voluntad de su autor, será castigada..."

El jurista Cuello Calón en su obra intitulada Derecho Penal desarrolla un capítulo que denomina 'Grados de desarrollo del delito', en el que expone entre otras temas, la tentativa en la legislación española, al respecto, afirma: "Nuestro Código penal actual no sólo castiga el delito consumado, sino también el frustrado, la tentativa y considera además como grados de su desarrollo la conspiración, la proposición y la provocación para delinquir. El Código no define el delito consumado, pero puede decirse que existe cuando se han ejecutado todos los actos propios y característicos del delito y el culpable realiza su designio directa e inmediatamente apetecido. (...) Hay delito frustrado, dice el Código, cuando el culpable practica todos los actos de ejecución que deberían producir como resultado el delito, y, sin embargo, no lo producen por causas independientes de la voluntad del agente (art. 30., párrafo segundo). Hay tentativa, cuando el culpable da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores y no practica todos los actos de ejecución que debieran producir el delito por causa o accidente que no sea su propio y voluntario desistimiento (art.30, párrafo tercero). (...) El Código penal no hace referencia alguna a los actos preparatorios; el Tribunal Supremo declara que no son punibles porque no constituyen aún un principio de ejecución, pues ésta no se inicia hasta que lo intentado y preparado se ejecuta. Sin embargo, en el Libro

segundo del Código figuran algunos delitos que son verdaderos actos preparatorios, así la tenencia de explosivos, la de útiles destinados a la falsificación, etcétera".<sup>11</sup>

#### 1.4 INGLATERRA

Durante largo tiempo, el Derecho inglés ha mantenido el punto de vista de que todo delito implica, sustancialmente, una culpa moral; el derecho penal trataba sólo de los delitos que eran Mala Fer se, no de los que meramente eran Mala quia prohibita. Este punto de vista se expresaba en el aforismo: Haund reus nisi mens sit rea (No se es reo, sino cuando la mente es culpable); y la doctrina de la Mens rea, ha dejado huellas muy definidas en el derecho penal moderno.

Con la doctrina anterior se vino a fortalecer la teoría de que para incurrir en responsabilidad por un delito, el acusado tiene que haber sido culpable de algún estado de espíritu, al que llamaron malicia. Por lo tanto, el acto no hace al reo, sino cuando la mente es culpable.

El hecho de que el derecho penal acepte la existencia de grados en la criminalidad, está muy estrechamente relacionado con la doctrina de la Mens rea.

Tentativa (attempt) es, el comienzo de una serie de actos los que, llevados a sus naturales conclusiones, resultaría la omisión de un delito.

El hecho de que una tentativa se frustre, no es un obstáculo para que se le considere como tal tentativa; pero se ha sostenido ingeniosamente, y algunas veces con éxito, que la tentativa de un delito imposible, no es una tentativa punible.

Es doctrina establecida que, aunque el acusado hubiese abandonado su intento con tiempo suficiente, puede ser condenado por tentativa.

---

<sup>11</sup> CUELLO CALON. Ob.cit. Pág.651, 652, 653, 654 y 659.

"Toda tentativa es considerada como un delito consumado, en el sentido de que tienen asignados castigos especiales en el derecho penal; y en el caso de que no tengan pena señalada especialmente, con arreglo al Common Law, se consideran como delitos leves (misdemeanours)".<sup>12</sup>

### 1.5 ALEMANIA

La Edad Media alemana no logró integrar un concepto de tentativa del delito, pese a que en ocasiones eran castigadas agresiones contra la vida y la integridad corporal aun sin haber sido causado resultado.

"Para los germanos, la mayoría de los "malhechos" (missetaten) aparecían como agresiones al grupo familiar (sippe). (...) La esencia del malhecho se veía en la producción antijurídica de una lesión, sin (especial) consideración del aspecto volitivo. "El hecho mata al hombre". Por eso se respondía también por actos culposos y casuales, mientras que la tentativa, por el contrario, permanecía fundamentalmente impune. Esto no significaba, sin embargo, una ceguera frente al aspecto volitivo, sino sólo una arcaica responsabilidad por lo típico (...). De ahí se explica que ciertos casos típicos, en que falta la voluntad la más de las veces, (por ejemplo, matar al talar árboles), fueran penados con menor severidad y, por el contrario, casos típicos de tentativa sin resultado de lesión (por ejemplo, sacar el cuchillo) caían bajo pena".<sup>13</sup>

El primer código que definió a la tentativa fue la Constitutio Criminalis Carolina de 1532, que en su artículo 178 la regula, así: "Item si alguien se atreve a emprender un acto malo [maleficio: Missethat] por medio de algunos actos externos que puedan ser apropiados para la consumación del acto malo, y, sin embargo, la consumación de este acto fue impedida por otros medios, contra su voluntad, esta

<sup>12</sup> JENKS, Edward. El Derecho Inglés. Traductor José Paniagua. Biblioteca de Autores Españoles y Extranjeros. Vol. CXLIX. Edit. Reus. España. 1930. Pág. 224.

<sup>13</sup> WELZEL, Hans. Derecho Penal Alemán. Parte General. Edit. Jurídica de Chile. 11a. ed. Chile. 1993. Pág. 11.

voluntad maliciosa de la cual, como se ha dicho, resulta una mala acción, debe ser penalmente castigada, pero en un caso más duramente que en otros, en vista de las circunstancias y forma de la cosa".<sup>14</sup>

"En el mismo ordenamiento se observaron determinados con más precisión los diversos momentos del iter que debían ser castigados en forma diversa: el conatus remotus, actos preparatorios; el pro pinquus, acto de ejecución y el proximus, tentativa acabada".<sup>15</sup>

En la subsecuente legislación denominada La Josefina, de 1787, también se reguló a la tentativa, en el artículo 9 del capítulo I, en donde podía leerse: "Aunque el pensamiento y un simple proyecto criminal no pueden por sí solos constituir una infracción, no es sin embargo necesario que la acción delictiva haya estado efectivamente ejecutada para que haya delito. El mero atentado de una acción criminal deviene punible desde que el mal intencionado está dispuesto a la ejecución, y habrá manifestado su designio con algún signo externo, con un acto, aunque después, el hecho quede interrumpido por causa de azar o de su propia impotencia, acaecida en la ocasión, o por cualquier impedimento sobrevenido de otro modo".<sup>16</sup>

En Alemania se naturalizó el sistema bipartito con la terminología empleada por Schaveter, después apoyada por Mittermaier, y que llega hasta hoy, de tentativa inacabada (unbeendigter Versuch) y acabada (beendigter Versuch).

## 2. LA TENTATIVA EN EL CODIGO PENAL MEXICANO

En 1861 el Ministro de Justicia Don Jesús Terán, por acuerdo del C. Presidente de la República Don Benito Juárez, nombró una Comisión para formar el

---

<sup>14</sup> JIMENEZ DE ASUA. Ob.cit. Pág. 459.

<sup>15</sup> MALO CAMACHO. Ob.cit. Pág. 41.

<sup>16</sup> JIMENEZ DE ASUA. Ob.cit. Pág. 460.

Código Penal, conociendo la urgente necesidad de reformar la legislación penal vigente.

Esta Comisión tomó por texto, para el orden de materias, el Código penal Español, y se acordó seguir el mismo texto. Sin embargo, ésta estuvo desempeñando su cargo hasta 1863 en que con motivo de la invasión extranjera interrumpió su trabajo.

Es hasta el 28 de septiembre de 1868, cuando por conducto del Ministro de Justicia, C. Licenciado Ignacio Mariscal, al ser más necesaria la reforma proyectada, dispone que se continúen los trabajos, nombrando para tal efecto a: C. Licenciado Antonio Martínez de Castro, Presidente; C. Licenciado Manuel Zamacona, C. Licenciado José María Lafragua, C. Licenciado Eulalio María Ortega y al C. Licenciado Indalecio Sánchez Gavito, Secretario. De esta comisión redactora surge el Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1871.

## 2.1 CODIGO PENAL DE 1871

También denominado Código Penal de Martínez de Castro.

En este código, después de distinguir los delitos intencionales de los culposos, fija una verdadera criminometría al introducir los denominados grados de los delitos. Presentando un grado más de los que hasta entonces habían admitido los Códigos, a saber: el del delito intentado (delito imposible), como intermediario entre el conato y el delito frustrado.

"El fundamento de esta innovación, según la Comisión Redactora, es que además de que no puede decirse con propiedad que se frustra una cosa imposible que se intenta ejecutar, no es justo aplicar la misma pena a quien se le frustra la ejecución de un delito posible, que al que intentó vanamente cometer un delito irrealizable. ... no obstante, la misma considera que cuando se intenta un delito para

cuya ejecución hay posibilidad sea absoluta o relativa, revela el reo una perversidad que causa alarma y que no debe quedar, sin castigo." <sup>17</sup>

De esta manera, el Código en mención distinguió cuatro grados de delito: conato, delito intentado, delito frustrado y delito consumado (artículo 18).

Se define al conato del delito, como el consistente: "en ejecutar uno ó más hechos encaminados directa é inmediatamente a la consumación, pero sin llegar al acto que la constituye" (art. 19). De lo anterior, podemos apreciar que sólo se considera a los actos ejecutados, tendientes a realizar directa e inmediatamente la consumación, y no a los actos que podría omitir el agente, y conllevar a la consumación de un delito.

De acuerdo con este Código, el conato solamente sería punible, "cuando no se llega al acto de la consumación del delito, por causas independientes de la voluntad del agente", (artículo 20); precisando como requisitos necesarios para el castigo, "que los actos ejecutados, den a conocer por sí solos, o acompañados de algunos indicios, cuál era el delito, que el reo tenía intención de perpetrar" (artículo 21) .

En este ordenamiento, se reguló el desistimiento, el cual se presumía en todo conato en favor del acusado, mientras no se probara lo contrario (artículo 22). Mientras no se acreditaran las circunstancias del artículo 21, se considerarían como actos puramente preparatorios del delito (artículo 23), mismos que únicamente serán punibles cuando por sí mismos constituyan un delito determinado, que tenga pena señalada en la ley (artículo 24).

En su artículo 25 precisa al delito intentado como "el que llega hasta el último acto en que debía realizarse la consumación, si ésta no se verifica por tratarse

---

<sup>17</sup> LEYES PENALES MEXICANAS. Tomo I. Instituto Nacional de Ciencias Penales. México. 1979. Pág.334.

de un delito irrealizable porque es imposible, o porque son evidentemente inadecuados los medios que se emplean". Lo que actualmente se conoce como delito imposible.

Finalmente, refiere al delito frustrado de la siguiente forma: "al que llega hasta el último acto en que debió verificarse la consumación, si ésta no se verifica por causas extrañas a la voluntad del agente, diversas de las que se expresan en el artículo que precede". Que en nuestro vigente código trataríamos como tentativa acabada.

En cuanto a la aplicación de penas a los denominados grados del delito, todas merecen una y ésta es tanto gradual para cada uno, atendiendo al mismo, de la siguiente manera:

"El conato punible se castigará con la quinta parte de la pena que se aplicaría al delincuente si hubiera consumado el delito" (artículo 202).

En tanto que el delito intentado (delito imposible) se castiga conforme a tres reglas:

"1.- Cuando se intente contra persona o bienes determinados y se consumare involuntariamente en persona o bienes diversos, se impondrá la pena del delito que resulta consumado". Aquí se hace referencia a lo que en Códigos posteriores se sustentará como la preferintencionalidad.

"2.- Cuando la consumación no se verifique por imposibilidad, sólo se presente, pero se pudiere consumir después el delito con otros medios o en circunstancias diversas, la pena será de un tercio a dos quintas de la que se impondría si el delito se hubiere consumado".

"3.- Cuando se deje de consumir por imposibilidad absoluta, se impondrá una multa ...".

En cuanto respecta al delito frustrado, este se castigará de acuerdo con el resultado final producido, o en su caso se impondrá de dos quintas a dos terceras partes de la pena que se aplicaría si se hubiera consumado el delito (artículo 204).

## 2.2 CODIGO PENAL DE 1929

También conocido como Código de Almaraz, con vigencia para el Distrito y Territorios Federales.

A diferencia del Código anterior, en este únicamente se contemplan 2 tipos de "grados" del delito intencional: I. El delito consumado, y II. La tentativa o conato (art.20).

Entendiéndose por delito consumado, "el acto pleno por la práctica de todos los medios de ejecución según el tipo legal establecido para cada una de sus especies en el libro tercero de este código" (art. 21). Y por tentativa punible: "cuando el agente inicia exteriormente la ejecución del hecho delictuoso directamente por actos idóneos y no práctica todos los esenciales de ejecución que debieran producir el delito, por causa o condición que no sean su propio y espontáneo desistimiento" (art.22). Resultando como requisitos necesarios para aplicar la sanción en el caso inmediatamente anterior, los mismos que requería el Código de Martínez de Castro en su artículo 21.

El Código Penal para el Distrito Federal y Territorios, fué una copia casi literal del Código español de 1870. En la Exposición de Motivos elaborada hasta 1931 por el licenciado José Almaraz, se manifiesta la causa por la que se suprimió el delito frustrado, basándose fundamentalmente en la idea del profesor hispano Q. Saldaña <sup>18</sup>, quien no justificaba la distinción legal entre el titulado delito frustrado y

---

<sup>18</sup> Citado en la Exposición de Motivos del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1929, contenida en LEYES PENALES MEXICANAS. Tomo III. Instituto Nacional de Ciencias Penales. México. 1979. Págs. 26 a 30.

la clásica tentativa. Deseamos aclarar que el referido Código español contemplaba el delito frustrado, pero no así nuestro Código a estudio. "El delito frustrado -que no es sino una tentativa fallida- no constituye un grado propio en la ejecución criminal, sino una participación en el delito por cooperación del azar. Tanto en uno como en otro caso, la intención criminal aparece con la ejecución del acto. (...) No hay, pues, delito frustrado, como tipo legal de ejecución, sino tentativas fallidas. (...) No el llamado "delito frustrado", que injustifica su derecho a la vida científica, sino el grado o volumen criminal de la tentativa misma, eso es lo que interesa a la criminología. (...) No se hable de la vieja distinción entre delito frustrado y tentativa, sino de la más justa entre tentativa remota, o principio de ejecución y tentativa próxima o ejecución avanzada, según sus grados". "Desde el punto de vista de la temibilidad (propósito), el delito frustrado es un delito consumado, psicológicamente completo y desde el punto de vista eventual (reparación del daño), es materialmente nulo. Si para graduar la defensa tomamos por base la temibilidad, las sanciones correspondientes a ambos delitos deben ser las mismas; pero si el fundamento aceptado es la materialidad de un efecto producido, no existe delito. Todo es cuestión de elegir entre lo subjetivo y lo objetivo, entre el delincuente y el daño. La Comisión se pronuncia decididamente por el primer criterio".<sup>19</sup>

También en este Código se regula el desistimiento del delito en la tentativa o conato, el que queda eximido de toda sanción, "si no fue impuesto por circunstancias diversas y si nació de un arrepentimiento en el deseo, más bien que de apreciado error de cálculo (art.24). "El arrepentimiento se probará: I. Por autodelación del agente, antes del descubrimiento de la tentativa. II. Por haber destruido él mismo los instrumentos, o III. Por prevenir en casos de complicidad, a la víctima y autoridades" (artículo 25).

De acuerdo con el Maestro Malo Camacho, se habla de arrepentimiento como sinónimo del propio desistimiento, y el verdadero desistimiento no viene observado.

<sup>19</sup> LEYES PENALES MEXICANAS. Tomo III. Ob.cit. Pág. 27.

Sin embargo, independientemente de lo referido por el artículo anterior, el juez podrá exigir del agente la caución de no ofender o someterlo a vigilancia de la policía o a confinamiento, siempre y cuando se trate de sujetos de máxima temibilidad, artículo 26.

Pero tratándose del autor de una tentativa frustrada por arrepentimiento, incurrida posteriormente, en un plazo de cinco años, en nueva tentativa de igual delito o de otro, o sea desistida, suspendida, fallida o consumada, se le aplicarán las sanciones de ésta y las que hubieren correspondido a la primera (art.27).

Cuando los actos ejecutados en una tentativa constituyan por sí mismos un delito de los especificados en el libro tercero de este Código, se aplicarán las sanciones correspondientes (art. 28).

En cuanto a la aplicación de sanciones de el delito, según sus grados, estan regulados en los artículos 171 a 173, en donde "el objetivo de represión y de prevención se condiciona con la responsabilidad (intención) y temibilidad, para reprimir el delito en su principio (el que se empezó a ejecutar) y evitar el que no se ha cometido. (...). ¿Cómo procede el código para la aplicación de penas?. Mediante una métrica penal deficientísima, pues primero intenta tasar la pena hasta en centésimos, para declarar después que el método no debe aplicarse y dejar el campo al arbitrio judicial, dentro del grado, (circunstancias modificativas, calificativas y excluyentes del delito)".<sup>20</sup>

Esta legislación resulto un acierto, según lo señala Malo Camacho, al adoptar claramente el criterio objetivo, que el inicio de la ejecución suponía, sin embargo, con la inclusión de los otros elementos confundió el texto que ya resultaba

---

<sup>20</sup> LEYES PENALES MEXICANAS. Tomo III. Ob.cit. Pág. 30.

claro; o aceptaba el criterio del inicio de ejecución, o incluía el criterio de la idoneidad de los actos y de su dirección unívoca.<sup>21</sup>

### 2.3 CODIGO PENAL DE 1931

Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en materia de Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal de 1931, el cual ha sufrido numerosas reformas, pero en cuanto a nuestra materia motivo de tema, haremos referencia a dos importantes cambios que atienden a diferentes criterios, respecto a la existencia de tentativa punible.

En el artículo 12, se contemplaba: "La tentativa es punible cuando se ejecutan hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.

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

El artículo anterior, torna al criterio sustentado para el conato en el Código de 1871, imponiendo pena a la ejecución de hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito; mismo que a su vez guarda cierta semejanza, con la situación originada por el artículo 56 del Código Rocco Italiano de 1930, el que conforma la tentativa con base a la realización de actos idóneos con dirección unívoca, eliminando el criterio de ejecución que utilizara el anterior Código de Zanardelli de 1889.

Siguiendo al estudioso Pavón Vasconcelos, como lo cita en su obra el maestro Malo Camacho, en el artículo anterior existe un criterio cronológico de temporalidad (inmediatez), el que no describe la naturaleza de la figura del delito

---

<sup>21</sup> MALO CAMACHO. Ob.cit. Pág. 47.

tentado, y por cuanto a la dirección, que se estima debe ser entendida como unívoca, tampoco se presenta como elemento suficiente para determinar su naturaleza.<sup>22</sup>

Respecto a la aplicación de sanción en caso de tentativa se estipuló de la manera siguiente: "A los responsables de tentativa punible se les aplicará a juicio del juez y teniendo en consideración las prevenciones de los artículos 52 y 59, hasta las 2/3 partes de la sanción que se les debiera imponer de haberse consumado el delito, salvo disposición en contrario" (art. 63). Como puede apreciarse la punibilidad se fundamentaba en el grado a que se hubiere llegado en la ejecución y en la temibilidad del autor.

En la legislación citada, expresamente no se hace referencia al desistimiento ni al arrepentimiento. El delito imposible, por su parte, no resulta previsto con claridad como tampoco lo está la tentativa acabada e inacabada.

El concepto de la "ejecución de hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito" se substituyó con la reforma de 1983, por el de "exteriorización de la resolución de cometer un delito ejecutando la conducta que debería producirlo u omitiendo la que debería evitarlo". Como puede apreciar se adopta el criterio de los actos ejecutivos y preparatorios, dejando atrás los actos unívocos e idóneos.

El profesor Raúl Carrancá, al respecto de esta reformas, expone: "La tentativa consiste en la ejecución de hechos. Como se trata de la ejecución incompleta de un delito, se requiere inexcusablemente que el activo realice un comienzo de ejecución. La consecuencia se impone: sólo cabe la tentativa en los delitos ejecutables mediante actos, no en los que sólo admiten la omisión como única forma de ejecución, ya se trate de la simple omisión o de la omisión espiritual o delito imprudencial. La tentativa requiere de actos de ejecución. En consecuencia, los actos preparatorios no la integran si son equívocos, no así si son unívocos, pues los actos

---

<sup>22</sup> MALO CAMACHO. Ob.cit. Pág.48.

preparatorios, por lo general, son por sí mismos insuficientes para demostrar el propósito de ejecutar un delito determinado".<sup>23</sup>

La reforma señalada quedó así: "Existe tentativa punible cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza ejecutando la conducta que debería producirlo u omitiendo la que debería evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.

Para imponer la pena de la tentativa, los jueces tendrán en cuenta la temibilidad del autor y el grado a que se hubiere llegado en la ejecución del delito. Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a éste se refiere, sin perjuicio de aplicar la que corresponda a actos ejecutados u omitidos que constituyan por sí mismos delitos".

Finalmente con las últimas modificaciones al respecto, publicadas en el Diario Oficial el día 10 de enero de 1994, el citado apartado quedó de la forma siguiente: "Existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.

Para imponer la pena de la tentativa el juez tomará en cuenta, además de lo previsto en el artículo 52, el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo del delito.

Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a éste se refiere, sin perjuicio de aplicar la que corresponda a actos ejecutados u omitidos que constituyan por sí mismos delitos".<sup>24</sup>

---

<sup>23</sup> CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. CARRANCA Y RIVAS, Raúl. Código Penal Anotado. Edit. Porrúa. 14a. ed. México. 1989. Págs. 59-60.

<sup>24</sup> CODIGO PENAL para el Distrito Federal. Leyes y Códigos de México. Edit. Porrúa. 52a. ed. México. 1994.

En el primer párrafo se propone una mejor fórmula de la tentativa punible, en que se precisan sus requisitos y se clarifica la distinción entre tentativa acabada e inacabada.

El segundo, prevé la punición de la tentativa, considerando el grado de aproximación a la consumación, así como la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente (art.52). Esto es, mantiene la idea de la temibilidad o peligrosidad como criterio para la individualización de la pena aplicable al caso concreto, lo que vulnera el principio de culpabilidad y obliga a castigar al delincuente no tanto por lo que ha hecho y por su grado de culpabilidad en la comisión del mismo, sino más bien por lo que él es o por la forma de conducir su vida.

Y en el tercer párrafo se expresa acerca de el desistimiento y el arrepentimiento.

Por lo que hace a la aplicación de sanción, misma que se encuentra contenida en el artículo 63 del Código en comento, se estipula que "al responsable de tentativa punible se le aplicará, a juicio del juez y teniendo en consideración las prevenciones de los artículos 12 y 52, hasta las dos terceras partes de la sanción que se le debiera imponerse de haberse consumado el delito que se quiso realizar, salvo disposición en contrario.

En los casos de tentativa en que no fuere posible determinar el daño que se pretendió causar, cuando éste fuera determinante para la correcta adecuación típica, se aplicará hasta la mitad de la sanción señalada en el párrafo anterior."<sup>25</sup>

---

<sup>25</sup> CODIGO PENAL para el Distrito Federal. Ob.cit.

### **3. LA TENTATIVA EN LOS PROYECTOS PARA MODIFICAR EL CODIGO PENAL**

#### **3.1 PROYECTO DE 1949**

El Anteproyecto de Código Penal para el Distrito y Territorios Federales y Federación de 1949, fue elaborado por una comisión integrada por Luis Garrido como presidente y por Celestino Porte Petit y Francisco Argüelles, con la colaboración de Raúl Carrancá y Trujillo; según se indicó en los artículos transitorios, se intentó ponerlo en vigor a partir del 15 de enero de 1950 .

De esta manera, en el artículo 12 se contenía el concepto de tentativa, el cual estaba descrito de la siguiente forma: "La tentativa punible consiste en la resolución de cometer un delito, manifestada por un comienzo de ejecución o por todos los actos que debían producirlo, no consumándose aquél por causas ajenas a la voluntad del agente".

Y la aplicación de sanciones en caso de tentativa se hallaba contenida en el artículo 55: "Al responsable de tentativa se le podrá aplicar, a juicio del juez, hasta la misma penalidad que debiera imponérsele si el delito fuere consumado".<sup>26</sup>

En relación a este Proyecto, Malo Camacho hace las siguientes observaciones: "1.- La tentativa punible viene configurada bajo un criterio subjetivista en tanto que se le considera como la resolución de cometer un delito; viene limitado, no obstante, bajo un criterio objetivista en tanto que tal determinación deberá ser manifestada por actos que impliquen un inicio de la ejecución. En resumen se adopta el criterio del inicio de la ejecución.

2.- La pena impuesta a la tentativa de delito se observa poco clara.

3.- La tentativa acabada e inacabada aparecen ambas configuradas en el texto del mismo artículo 12."<sup>27</sup>

---

<sup>26</sup> LEYES PENALES MEXICANAS. Tomo IV. Instituto Nacional de Ciencias Penales. México. 1979. Pág.10

<sup>27</sup> MALO CAMACHO. Ob.cit. Pág. 218.

### 3.2 PROYECTO DE 1958

El Anteproyecto de Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en materia de Fuero Común y para toda la República en materia de fuero Federal, de 1958, fue realizado por una comisión integrada por los doctores Celestino Forte Petit, Ricardo Franco Guzmán y licenciados Francisco H. Favón Vasconcelos y Manuel Río Govea.

Proyecto que en su artículo 13 describe: "Los actos preparatorios serán punibles cuando manifiesten en forma unívoca el dolo del agente.

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

Cuando por falta de idoneidad de los medios o por inexistencia del objeto jurídico o material, el delito sea imposible, será sancionable".<sup>28</sup>

Al respecto del precepto anterior, la Comisión expuso en su exposición de motivos la razón de su existencia: "tratando de no dejar sin sanción los actos preparatorios que revelen en forma unívoca el dolo del agente, el párrafo primero de este artículo declara su punibilidad. Respecto al delito imposible, la Comisión se alejó de toda consideración técnica, en orden a la tipicidad, para no ver más que la peligrosidad revelada por el agente". Finalmente, "la Comisión no ha creído conveniente hacer referencia expresa al desistimiento y al arrepentimiento activo de la tentativa, porque ambas soluciones se obtienen de la interpretación a contrario del precepto".<sup>29</sup>

No existe concordancia entre los párrafos primero y segundo del artículo en mención, pues fincándose ambos en el criterio de la bipartición clásica de los actos, en uno, el segundo, se expresa como límite de punibilidad el inicio de la

<sup>28</sup> LEYES PENALES MEXICANAS. Tomo IV. Ob.cit. Pág. 215.

<sup>29</sup> Ob.cit. Pág. 200.

ejecución, es decir, se dejan impunes los actos preparatorios; y en el otro párrafo, el primero, adoptándose una concepción diversa se declaran punibles los actos preparatorios cuando se exteriorizan en forma unívoca.

En cuanto a las sanciones, a los responsables se les podrá aplicar, tratándose de actos preparatorios hasta la mitad, y siendo una tentativa punible o un delito imposible hasta las dos terceras partes de la sanción que les correspondiera a cada uno, si el delito se hubiere consumado (art. 50).

### 3.3 PROYECTO DE 1963

El Proyecto de Código Penal tipo para la República Mexicana, tenía por finalidad que lo adoptaran los diversos Estados de la República. Esta comisión estuvo presidida por el Doctor Don Fernando Román Lugo, e integrada por el Doctor Celestino Porte Petit y los Licenciados Luis Fernández Doblado, Olga Islas de González Mariscal y Luis Porte Petit Moreno.

En dicho Proyecto se contemplaba la tentativa en el artículo 15, cuyo texto refería : "La tentativa será punible, cuando la resolución de cometer un delito se exteriorice por un comienzo de ejecución o por todos los actos que debieran producir el resultado, si la ejecución se interrumpe o el resultado no se produce por causas ajenas a la voluntad del agente".

La definición de la tentativa comprendía la inacabada y acabada o frustración.

En el artículo 16 de la citada propuesta se estipulaba que "Si el autor desistiere o impidiere voluntariamente la producción de un resultado, no se impondrá sanción alguna, a no ser que los actos ejecutados constituyan por si mismos delitos".

Se completó la reglamentación de la tentativa, al hacer referencia al desistimiento y arrepentimiento, que funcionan respectivamente en los casos de tentativa inacabada y acabada.

El artículo 17 regulaba el delito imposible, el cual podría presentarse por por inidoneidad de los medios empleados o por inexistencia del bien jurídico u objeto material.

En cuanto a la participación del agente en el delito, en el artículo 28 se podía leer que son responsables de la comisión de un delito:

- I.- Los que intervienen en el acuerdo, preparación o ejecución del mismo.
- II.- Los que instigan o compelen a su ejecución . . .

Y respecto a la aplicación de sanciones, el artículo 66 contenía que "Al responsable de tentativa o de delito imposible, se le deberá aplicar de tres días hasta las tres cuartas partes del máximo de la sanción señalada en la ley al delito que el agente quiso realizar.

Como puede apreciarse, la tentativa punible viene configurada en base al criterio de la bipartición clásica de los actos, bajo el principio del inicio de la ejecución.

### **3.4 PROYECTO DE 1965**

Proyecto de Código Penal tipo para Latinoamérica de 1965, realizado en México, a través de la Segunda Reunión Plenaria de la Comisión Redactora, en donde se llegó a las siguientes conclusiones:

"I.- El delito se considera:

- a) Consumado, cuando en él se reúnen todos los elementos de su definición legal;
- b) Tentado, cuando iniciada la ejecución, no se consuma por circunstancias ajenas a la voluntad del agente.

II.- Salvo disposición en contrario, la tentativa debe ser castigada con la pena correspondiente al delito consumado, disminuida en uno o dos tercios.

III.- El agente, que voluntariamente desiste de proseguir en la ejecución del delito o impide que el resultado se produzca, sólo responde por los actos ya ejecutados.

IV.- No es aplicable pena alguna cuando, por ineficacia absoluta del medio empleado o por absoluta impropiedad del objeto, era imposible que se consumara el delito".<sup>30</sup>

En este proyecto se adopta un criterio que estatuye el principio del inicio de ejecución; se regula una punibilidad menor para el delito tentado; expresamente no son punidos el desistimiento ni el arrepentimiento; y finalmente se contempla al delito imposible.

---

<sup>30</sup> MALO CAMACHO. Ob.cit. Pág. 52.

## CAPITULO II GENERALIDADES

### 1. CONCEPTO DE TENTATIVA

El maestro Castellanos Tena explica en su obra intitulada *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, a la tentativa como los actos (todos o algunos) encaminados a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas al querer del sujeto.<sup>31</sup>

Jiménez de Asúa define simplemente a la tentativa como la ejecución incompleta de un delito.<sup>32</sup>

Sebastián Soler, citado por Castellanos, refiere que "La tentativa estriba en iniciar la acción principal en la cual el delito consiste, para ello es ilustrativo pensar en el verbo que la expresa".<sup>33</sup>

Según Ranieri, se tiene delito intentado cuando el delito querido por el agente, quien ya inició su comisión con actos idóneos e intención no equivoca, queda objetivamente incompleto, bien sea por no haberse cumplido la conducta o por la no verificación del resultado.<sup>34</sup>

Carrara, como lo señala Jiménez de Asúa, presenta diferentes definiciones de tentativa, mismas que al paso del estudio, él mismo las pone en entredicho. Define "el conato -tentativa, atentado- como cualquier acto externo, unívocamente conducente, por su naturaleza, a un resultado delictuoso y dirigido a él por el agente con explícita voluntad, no subseguido por el resultado en sí, ni por la

<sup>31</sup> CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Edit. Porrúa. 9a. de. México. Pág. 287.

<sup>32</sup> JIMENEZ DE ASUA, Luis. La Ley y el Delito. Edit. Sudamericana. 10a. de. Argentina. 1980. Pág.474.

<sup>33</sup> CASTELLANOS. Ob.cit. Pág. 287.

<sup>34</sup> RANIERI, Silvio. Manual de Derecho Penal. Tomo II. Edit. Temis. Colombia. 1975. Pág.47.

lesión de un derecho preferente o equivalente al que se quería violar". Puede definirse también -nos dice- "como un hecho humano antijurídico y perturbador de la tranquilidad de los ciudadanos que, por su naturaleza, tenía potencia para producir la lesión de un derecho ulterior más importante que el violado por el hecho mismo, hecho que el agente había dirigido, con determinada y perseverante voluntad a la lesión del derecho que no resultó violado, sino sólo puesto en peligro". Después, en su Teoría de la Tentativa, da esta otra definición del conato: "Cualquier acto externo, que por su naturaleza y en unidad, conduce a un hecho criminoso y se dirige al mismo con expresa voluntad, no seguido del hecho mismo ni de la violación de un derecho igual o superior".<sup>35</sup>

Los ingleses, poco amigos de conceptos sintéticos, dan las reglas o condiciones para que haya tentativa. Las establece así Glanville Williams: "Hay dos reglas para el acto -(actus reus)- de tentativa: 1) Éste debe ser suficientemente próximo al crimen intentado. 2) Éste no necesita ser un acto capaz de dar comienzo al crimen intentado; en otras palabras, el crimen intentado no necesita ser posible".<sup>36</sup>

### CONCEPTO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL EN ESPAÑA:

El Código Penal español, prescribe que "hay tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores y no practica todos los actos de ejecución que debieran producir el delito por causa o accidente que no sea su propio y voluntario desistimiento".<sup>37</sup>

Si desmembramos la anterior noción legal de la tentativa, vemos que para que ésta exista se precisan tres características:

a) Que se dé el principio de ejecución. Jiménez de Asúa, señala que el hecho de que se revele en esos actos la 'intención' del agente, o 'propósito' de cometer el delito, no

---

<sup>35</sup> JIMENEZ DE ASUA, Luis. Tratado de Derecho Penal. Ob.cit. Pág. 492.

<sup>36</sup> Ob. cit. Pág. 493.

<sup>37</sup> JIMENEZ DE ASUA. La Ley y el Delito. Ob.cit. Pág. 474.

constituye característica de la tentativa, sino, por el contrario, lo que tiene de común, no sólo con el delito frustrado, sino con el que se consuma.

b) Que han de practicarse actos de carácter ejecutivo, pero no todos, puesto que en este último supuesto nos hallaríamos ante el delito frustrado.

c) Que la interrupción no sea por el propio y voluntario desistimiento del agente.

### CONCEPTO DOGMATICO Y LEGAL EN LA ARGENTINA.

El Código Penal argentino, define la tentativa en su artículo 42: "El que con el fin de cometer un delito determinado comienza su ejecución, pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad, sufrirá las penas determinadas en el artículo 44." <sup>38</sup>

Se desprenden del concepto anterior los siguientes elementos: 1) Finalidad del autor; 2) Comienzo de ejecución del delito; y 3) Falta de consumación de éste. Además de que se puede apreciar que el legislador se determinó a una posición que se inclina del lado subjetivo.

Por otra parte, aludido por Jiménez de Asúa, en su Tratado de Derecho Penal, Max Ernest Mayer, refiere que la definición correcta de tentativa sería: tentativa es la manifestación, por actos inequívocos, de la intención de cometer un delito, que no se consuma por circunstancias ajenas a la voluntad del agente. La esencia de la tentativa reside así en la intención. <sup>39</sup>

Otras definiciones de tentativa, son las siguientes :

"La tentativa (attempt) es, el comienzo de una serie de actos de los que, llevados a sus naturales conclusiones, resultaría la comisión de un delito. Evidentemente, un intento implica una intención, pudiendo ser definido como la

<sup>38</sup> JIMENEZ DE ASUA. Tratado de Derecho Penal. Ob. cit. Pág. 499.

<sup>39</sup> Ob. cit. Pág. 507.

intención puesta en acción. Por eso, en teoría, es claro que todo acto inicial realizado después de concebida la intención de consumir el delito, es calificado de tentativa." 40

De acuerdo con Giuseppe Maggiore, la definición de la tentativa como delito imperfecto, se remonta hasta la distinción romana entre *flagitium perfectum* y *flagitium imperfectum*. "La tentativa es un delito perfecto, considerado en sí mismo, y la ley lo castiga de modo expreso, pues de otra manera no sería punible, por faltarle uno de sus elementos esenciales. De aquí la necesidad de acriminar el delito imperfecto, haciendo de él una figura jurídica autónoma. Pero tampoco puede negarse que este delito sea imperfecto, si se le compara con un delito consumado, por cuanto carece de un elemento esencial -el resultado- que pertenece a este último. La tentativa es solamente una forma degradada de delito, y por eso se le castiga con menos gravedad que al delito perfecto. Pero al mismo tiempo, considerada en sí misma, es un delito perfecto, por cuanto constituye un título de delito autónomo, jurídicamente distinto del delito consumado." 41

Por nuestra parte, consideramos que la tentativa es la determinación expresada a través de cualquier manifestación, al realizar en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado (el delito), o al omitir los que deberían evitarlo, ante la no integración del ilícito que se pretendía, por causas ajenas a la voluntad del agente.

La tentativa surge cuando la ejecución del delito se materializa y ya iniciada la actividad criminal viene una circunstancia fortuita a frustrar la voluntad del agente.

Podemos agregar, que la tentativa no es sino la realización de la resolución delictiva que no llega a la consumación; la cual constituye un principio de la acción que se describe en el tipo, misma que se identifica con el aspecto subjetivo: la resolución de cometer un hecho, previa deliberación. Sin embargo, es necesario

---

40 JENKS. Ob. cit. Págs. 222 y 223.

41 MAGGIORE, Giuseppe. Delito Penal. Tomo II. Edit. Temis. Colombia. 1972. Pág. 65 a 67.

que el hecho, que debe ser penalmente relevante, se manifieste en el mundo exterior, a través de actos (algunos o todos), o la omisión de los que deberían evitarlo, y aquel no se consuma por circunstancias extrañas a la volición del agente.

Finalmente, señalaremos que nuestro Código Penal vigente, no define la tentativa, sino que precisa cuando es punible, y lo hace de esta manera en el artículo 12: "Existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente."

Esto es, la punibilidad de la tentativa nace cuando se ejecutan hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.

De la referencia anterior, se desprende que hay que distinguir entre tentativa punible y tentativa impune; ésta es la que surge como resultado de el desistimiento o el arrepentimiento del agente. Cabe agregar, que la tentativa requiere actos de ejecución; en consecuencia, los actos preparatorios no la integran si son equívocos, no así si son unívocos, pues los actos preparatorios son, por lo general, por sí mismos insuficientes para demostrar el propósito de ejecutar un delito determinado.

## 2. ELEMENTOS DE LA TENTATIVA

De acuerdo con Cuello Calón <sup>42</sup>, para la existencia de la tentativa deben concurrir tres elementos:

- a) La intención de cometer un delito determinado.
- b) Que haya un principio de ejecución del delito.
- c) Que la ejecución se interrumpa por causas independientes de la voluntad del agente.

A la idea anterior podemos agregar, que el principio de ejecución no es suficiente para determinar que se haya empezado a ejecutar actos dirigidos directamente a la perpetración de un ilícito, porque estos podrían ser de naturaleza equívoca; sino más bien cuando estos se exterioricen.

El Código Penal italiano, por su parte, reglamenta esta institución -tentativa- con la norma siguiente: (artículo 56): "El que realizare actos idóneos, dirigidos de manera no equívoca a cometer un delito, será responsable de delito tentado, si la acción no se realiza o el resultado no se verifica".<sup>43</sup>

La base del concepto anterior se encontraba apoyada en los siguientes elementos:

### I.- La intención dirigida a cometer un delito.

Sin intención delictuosa, no hay tentativa; en otros términos, no existe delito tentado que no sea doloso al mismo tiempo. Es requisito de la intención el ser inequívoca. La dirección de la intención puede deducirse, tanto de la naturaleza del acto mismo, como de cualquier otra fuente. Otro requisito de la intención es que esté dirigida a cometer un delito. Los actos deben dirigirse a cometer un delito, no solamente a omitirlo. Por esto no es configurable la tentativa en los delitos propiamente omisivos o de mera omisión, fuera de que en ellos la consumación coincide con el momento en que la omisión tuvo un principio. Luego no hay lugar en

<sup>42</sup> CUELLO CALON, Eugenio. Derecho Penal. Edit. Nacional. México. 1976. Pág. 645.

<sup>43</sup> MAGGIORE. Ob. cit. Pág. 77.

ellos para un verdadero iter. En cambio, es concebible el conato en los delitos de comisión por omisión (por ejemplo, homicidio tentado mediante el dejar de suministrar alimentos).

## II.- Un acto idóneo.

Basta un acto, no importa sea ejecutivo o preparatorio, pues aun en el acto preparatorio puede constituir materia de tentativa, si ésta animado de la intención unívoca de cometer un delito.

La noción de idoneidad la da en general el artículo 49 del Código italiano penal. Aquí diremos que la idoneidad del acto debe considerarse en concreto, esto es, como eficiencia causal, como potencialidad del acto para producir el resultado que se ha propuesto el agente, sin conseguirlo.

## III.- Una acción no realizada o un resultado no verificado.

Lo que da lugar, según lo distinguían, a dos figuras distintas de delito tentado y de delito frustrado. Mediante la realización de actos idóneos dirigidos de modo no equivoco a cometer un delito, y para que el sujeto sea reo de tentativa, basta que hayan expresado su voluntad de modo inequívoco. Consideraban grave error creer que ha de encontrarse en la tentativa todo lo que se encuentra en el modelo legal del hecho, pues, si así fuera, ya no se podría hablar de tentativa, sino de delito perfecto.

Según Ranieri<sup>44</sup>, apoyado en su concepto de tentativa expuesto en el apartado anterior, son requisitos de la tentativa punible:

### a) Idoneidad de los actos.

Idóneo en general. es el acto que según la experiencia, puede ser considerado como adecuado para la producción del resultado. El concepto de idoneidad es relativo, en cuanto expresa una aptitud susceptible de variación, no es dado distinguir entre inidoneidad absoluta e inidoneidad relativa.

---

<sup>44</sup> RANIERI. Ob. cit. Págs. 53, 54, 60 61 y 62.

Si determinado modelo legal exige cualidades particulares del sujeto, del objeto o del medio, o circunstancias especiales de tiempo o de lugar, etc., estos requisitos deben existir para que haya tentativa. De no ser así, estaremos en presencia de un caso de delito putativo. La falta de los elementos del modelo legal, así como excluye la consumación, así también excluye la tentativa.

b) Intención criminosa no equívoca.

Actos dirigidos de modo no equívoco a cometer un delito son los que, considerados en las modalidades y circunstancias de su exteriorización, son suficientes, en su conjunto, a demostrar que han sido realizados por el sujeto para consumir determinado delito, precisamente porque revelan su intención criminosa.

c) Deficiencia del elemento material.

Es decir, el ser incompleto el elemento material del delito que el agente quería consumir ("si la acción no se realiza o el resultado no se verifica").

Con respecto a la tentativa punible no se puede prescindir, desde el punto de vista objetivo, del comienzo de ejecución. Es la acción de determinada figura criminosa concretada en actos idóneos y no equívocos, la que debe ser realizada, pero sin que se haya producido el resultado que es elemento constitutivo del delito cuya consumación se proponía el agente.

d) El dolo del delito consumado.

En la tentativa los actos deben estar dirigidos a cometer un delito y, por lo tanto, la voluntad que los guía debe tener esa dirección, de ello se deriva no solo que la tentativa es posible únicamente en los delitos dolosos, sino que la voluntad del sujeto, en cuanto tiene importancia en ellos para su dirección, debe entenderse propiamente como intención.

Por otro lado, de acuerdo con las legislaciones de España y de Argentina, se puede caracterizar dogmáticamente a la tentativa de la siguiente manera:

- a) Una manifestación exterior, y por ello las ideas no delinquen.

- b) Que aquélla sea con el fin de cometer una infracción, y por ello se precisa ante todo voluntad de perpetrarla.
- c) Que aquella manifestación sea encaminada a un delito, por lo cual no constituye tentativa el delito putativo.
- d) Que la acción vaya encaminada directamente a él, lo que supone que no pueden ser llamados actos de tentativa, los meramente preparativos.
- e) Que el delito que se comienza sea determinado. Es decir, que la tentativa depende del tipo de delito a que se encamina la conducta, así destaca la relatividad del concepto de tentativas de que habló Carrara, puesto que se condiciona por la tipicidad del hecho al que la acción se dirige. De ello se deduce que determinadas acciones, que son consumativas respecto de una figura concreta, pueden ser de tentativa de otra; así como que, por lo mismo que se dirige a un delito determinado, si falta el tipo, no hay tentativa.
- f) Que la actividad material sea fragmentable, y por eso ciertos delitos como los de omisión simple, no pueden ser susceptibles de tentativa.
- g) Que no se practiquen todos los actos que debieran dar por resultado el delito, pues si el agente realiza todos los que están a su alcance, habrá en algunas legislaciones como la española, delito frustrado, y si se realizan todos esos actos y el efecto querido se logra, estaremos ante la consumación y hasta frente al delito agotado.
- h) Que la no consumación sea por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo, es decir, que no exista ni desistimiento ni arrepentimiento.<sup>45</sup>

Por nuestra parte, consideramos que la tentativa denominada punible prevista en el Código Penal para el Distrito Federal, está constituida por dos tipos de elementos, uno de carácter subjetivo y otros de carácter objetivo:

- 1.- De naturaleza subjetiva, consiste en la resolución de cometer un delito. Esto es, se refiere al fin al que el sujeto dirige su actuar y que finalmente constituye el dolo.
- 2.- De carácter objetivo,

---

<sup>45</sup> JIMENEZ DE ASUA. *Tratado de Derecho Penal*. Ob. cit. Pág. 501.

- a) La exteriorización de actos ejecutivos, realizados en parte o totalmente; ó la omisión de los que deberían evitar el delito;
- b) La no consumación del resultado típico, por causas ajenas a la voluntad del agente.

### 3. FASES DEL ITER CRIMINIS

Débase a los prácticos italianos la elaboración de la doctrina de la tentativa. El derecho romano no la conoció sino en los últimos tiempos de su desarrollo. Al principio no se hizo distinción alguna entre intención y resultado; y todavía durante el Imperio valía el principio: *in maleficiis voluntas spectatur, non exitus* (en los delitos debe considerarse la voluntad, no el resultado). Sólo cuando se separaron los crimina ordinaria y los extra imperfectum, se distinguió entre *flagitium perfectum* y *flagitium imperfectum*. Sobre ésta construyeron los prácticos la doctrina de la tentativa, y enseñaron que salvo en los casos atrozísimos en que el conato se castigaba como delito perfecto, conforme a la máxima de origen romano: *punitur affectus etiam si non sequitur effectus* (debe castigarse la intención aunque no se siga el resultado) en todos los demás delitos el conato debía reprimirse con penas inferiores.

De los prácticos en adelante, toda la teoría de la tentativa gira en torno del concepto del *iter criminis*, según la célebre definición de Alciato: *aliud crimen, aliud conatus; hic in itinere, illud in meta est* (una cosa es el crimen y otra el conato; este está en el camino, aquél en la meta).

*Iter criminis* es el proceso o camino que sigue un delito, a partir de una idea, hasta su terminación. Son las fases por las que pasa un delito, desde su ideación hasta el agotamiento.

Los delitos culposos no pasan por estas etapas, ya que este comienza a vivir con la ejecución misma, pero no puede quedar en grado de tentativa, por requerir ésta de la realización de actos voluntariamente encaminados al delito.

El iter criminis está integrado por dos fases, una interna y subjetiva; externa y objetiva la otra.

A la trayectoria desplazada por el delito desde su iniciación hasta que ésta a punto de exteriorizarse se le llama fase interna. En tanto que la fase externa principia con la manifestación y termina con la consumación.

La doctrina y las diferentes legislaciones han subdividido ambas fases en distintos periodos o momentos, sin embargo, unos más o unos menos, siempre quedan todos comprendidos.

De esta manera, el maestro Castellanos Tena, considera que la fase interna comprende tres etapas denominadas:

- a) idea criminosa o ideación.
- b) deliberación y
- c) resolución.

a) La idea criminosa es la tentación de delinquir, que puede ser amparada o rechazada por el individuo, pero si permanece como idea fija en su mente puede nacer la deliberación.

b) La deliberación es entendida como la meditación sobre la idea criminosa, la que puede resultar rechazada o aceptada. En la deliberación se pone de manifiesto un antagonismo entre la idea criminosa y las fuerzas morales, religiosas y sociales inhibitorias.

c) La resolución es la mera intención y voluntad de delinquir. Propósito firme de cometer el delito, que no ha salido al exterior.

Respecto a la fase interna, surge el problema relativo a la incriminación de las ideas, ¿son punibles las ideas?. La frase del célebre Ulpiano: "Cogitationis poenam nemo patitur" (nadie puede ser penado por sus pensamientos), y la de Rossi, ilustre Clásico, que señala: "El pensamiento es libre, escapa a la acción material del hombre; podrá ser criminal, pero no podrá ser encadenado ...", citados por Castellanos Tena, nos conduce a erradicar a la moral del campo del Derecho, ya que el ejercicio de la justicia está delegado a la autoridad social, en tanto que los derechos del hombre no se ofenden con actos internos, de esta manera los pensamientos no pueden tenerse como delitos. "La defensa del orden externo sobre la tierra corresponde a la autoridad; y la tutela del orden interno sólo a Dios".<sup>46</sup>

Sin embargo, no faltan quienes traten de sostener la opinión contraria, así Massari, italiano, partidario de la escuela del idealismo activista, sostuvo en una de sus obras que si toda volición es un acto, el hecho de querer un delito es ya un conato de delito.

Por su parte, partidarios de la tendencia espiritualista del Derecho penal, en 1899, el Padre Mintenguiaga, en su obra *La Punibilidad de las Ideas*, y posteriormente Suárez de Tangil, en *La Punibilidad de las Ideas y el Delito Político*, en 1924, presentan una serie de cuestiones políticas y técnicas y afirman que si bien es imposible castigar un hecho que no se haya manifestado, deben castigarse las ideas cuando éstas se expresen o exterioricen y resulten peligrosas.<sup>47</sup>

A lo anterior no puede dársele ningún mérito, puesto que mataría la libertad de pensamiento.

<sup>46</sup> CASTELLANOS. Ob. cit. Págs. 284 y 285.

<sup>47</sup> Véase JIMENEZ DE ASUA. *La Ley y el Delito*. Ob. cit. Págs. 460 y 461.

Continuando con la exposición del maestro Castellanos Tena, la fase externa abarca: a) manifestación, b) preparación y c) ejecución.

#### **a) MANIFESTACION**

La manifestación surge cuando la idea criminosa que existía antes sólo en la mente del sujeto, aflora al exterior, pero sólo como idea o pensamiento exteriorizado.

La manifestación no es inculpa. Por excepción existen figuras de delitos cuyo tipo se agota con la sola manifestación ideológica; v.gr., el artículo 282 del Código Penal, sanciona al que amenace a otro con causarle un mal en su persona, honor, bienes o derechos de alguien con quien esté ligado con algún vínculo. En este caso y en algunos otros, la manifestación consume o tipifica el ilícito; normalmente, sin embargo, no integra delito.

El fundamento constitucional de la idea anterior, se encuentra en el artículo 6 de nuestra Constitución Política Mexicana, que a la letra dice: "La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito, o perturbe el orden público, ...".

En otro orden de ideas, consideramos que la "manifestación" es una fase que sale sobrando, porque creemos que se encuentra implícita en la preparación, puesto que no necesariamente al aflorar al exterior la manifestación lo va a hacer como idea, es más comprensible que se exteriorice generalmente como acto preparatorio.

#### **b) ACTOS PREPARATORIOS**

Sebastián Soler los define como aquellas actividades por sí mismas insuficientes para mostrar su vinculación con el propósito de ejecutar un delito determinado y para poner en peligro efectivo un bien jurídico dado.

Siguiendo a Jiménez de Asúa, los actos preparatorios no constituyen la ejecución del delito proyectado, pero se refieren a él en la intención del agente.

En el acto preparatorio no hay todavía un principio de violación de la norma, considera Cuello Calón.

En la preparación del delito, los hechos mismos que constituyen a los actos preparatorios son equívocos, además de que aún no existe un principio de violación de la norma penal, en consecuencia tales no son punibles.

Expone el maestro Castellanos, que "Los actos preparatorios se caracterizan por ser de naturaleza inocente en sí mismos y pueden realizarse con fines lícitos o delictuosos. (...) La tentativa difiere de los actos preparatorios; en éstos no hay todavía hechos materiales que penetren en el núcleo del tipo del delito; tales actos materiales lo mismo pueden ser lícitos o ilícitos; en cambio, en la tentativa existe ya un principio de ejecución y, por ende, la penetración en el núcleo del tipo".<sup>48</sup>

### c) LA EJECUCION

La ejecución, siguiendo al maestro Castellanos Tena, a su vez se subdivide en dos aspectos: tentativa y consumación.

Por lo que hace a la exposición de la tentativa, remitase al apartado correspondiente de este capítulo.

Se denomina consumación a la ejecución, que reúne todos los elementos genéricos y específicos del tipo legal.

El Código español no define el delito consumado, pero puede decirse que existe cuando se han ejecutado todos los actos propios y característicos del delito

<sup>48</sup> CASTELLANOS. Ob. cit. Pág. 287.

y el culpable realiza su designio directa e inmediatamente apetecido. Los delitos de omisión, declara la jurisprudencia, sólo se conciben en su grado de consumación.<sup>49</sup>

Para Ranieri, un delito ha sido consumado cuando todos los elementos constitutivos, según su modelo legal, se encuentran reunidos en el hecho realizado. Así, pues, el momento consumativo de los distintos delitos es diverso según la categoría a que pertenezcan. Por ejemplo, en los delitos con resultado coincide con el momento en que se realiza el resultado que es elemento constitutivo, porque es al producirse su realización cuando se encuentran reunidos todos los elementos esenciales de su modelo criminoso; en los delitos de simple conducta, coincide con el momento en que se efectúa dicha conducta y cuya realización es suficiente para que queden perfeccionados tales delitos; en los delitos materiales coincide con el momento en que se verifica el resultado de daño o de peligro querido por el agente; y en los delitos formales, con el momento en que se lleva a cabo la sola conducta o se produce el resultado, pero sin ser este el de daño o de peligro querido por el agente. "Teniendo en cuenta el concepto de consumación que hemos expuesto, es lícito afirmar que cometer un delito no es consumarlo, sino efectuar el proceso ejecutivo, que precede al momento consumativo". Para este autor alemán, las expresiones 'cometer un delito' y 'delito cometido' se refieren a todo el proceso ejecutivo del delito y, por lo mismo, a la tentativa.<sup>50</sup>

Ranieri, distingue la ejecución de la consumación; precisando que la actividad ejecutiva es la actividad penalmente relevante con respecto a determinado tipo legal. Para este jurista, el modelo legal, aun en el caso en que describe explícitamente la conducta que es propia de su tipo, no la describe en su totalidad, sino que se limita a indicar el acto que está en su centro y que, siguiendo el concepto restringido de figura legal, se llama típico. Por consiguiente, es tarea reservada al intérprete deducir de esta descripción qué conducta, con respecto a determinado modelo criminoso, puede llamarse ejecutiva, y cuál en su momento inicial y su

<sup>49</sup> CUELLO CALON. Ob. cit. Págs. 652 y 653.

<sup>50</sup> RANIERI. Ob.cit. Págs. 40 a 42.

momento terminal. Y esto lo tiene que hacer mediante una interpretación, no ya literal, sino lógica de la norma.

Son caracteres de los actos ejecutivos, mediante los cuales estos corresponden a la idea expresada por el modelo legal: a) su idoneidad para cometer el delito de que se trata, y b) su dirección inequívoca hacia él.

Para Carrara<sup>51</sup>, hay delito perfecto cuando el hecho ha alcanzado su objetividad jurídica, es decir, cuando ha violado el derecho protegido por la ley. Sin embargo, en algunos delitos, como en los llamados de peligro, la consumación no implica la lesión del bien jurídico protegido. Jurídicamente es indiferente que el agente haya conseguido o no el fin remoto propuesto. Carrara distingue el delito consumado (que denomina perfecto) en delito simplemente perfecto y en perfecto agotado; este último existe solamente cuando el delito ha producido todos los efectos dañosos que eran consecuencia de la violación y a los cuales tendía el agente, de manera que ya no pueda impedir dichos efectos, por ejemplo, en la falsificación de moneda el delito se perfecciona desde que ésta se acuña, pero no se agota hasta que la moneda se pone en circulación, pues hasta dicho momento el falsario si se arrepintiera podría destruirla.

El maestro Luis Jiménez de Asúa<sup>52</sup>, hace la misma distinción que Carrara, pero los denomina delito consumado y delito agotado.

Sin embargo, a veces el agotamiento nos sirve para demostrar dialécticamente que los actos posteriores de un delito pueden quedar consumidos en su propio tipo. Vender la cosa que hemos hurtado no podrá constituir un nuevo delito, ya que venderlo, no es otra cosa que agotar el hurto.

---

<sup>51</sup> Citado por CUELLO CALON. Ob. Cit. Pág. 651.

<sup>52</sup> JIMENEZ DE ASUA. La ley y el delito. Ob. cit. Págs. 493 y 494.

Respecto a la determinación del comienzo de ejecución y su distinción de los meros actos preparatorios, se han formulado muy diversas teorías, aunque ninguna es capaz de resistir las dudas de los críticos. Algunas son las siguientes:

1.- Alguna vez se hizo consistir esa diferencia, desde un punto de vista cronológico, de acuerdo con la mayor o menor proximidad del acto al resultado, distinguiendo, con los prácticos, entre acto remoto, remotísimo, cercano y próximo. Pero, ¿cómo distinguir en la práctica el acto próximo y el remoto?

2.- Otras veces, la diferencia entre las dos especies de actos se ha hecho consistir en el carácter equívoco de los actos preparatorios y el unívoco de los actos ejecutivos. Basado en la univocidad, de Carrara, cuyo error consistió en la creencia de poder trazar una línea divisoria entre lo unívoco y lo equívoco.

Posteriormente el propio Carrara abandonó el criterio anterior, y realizó otro, relativo al ataque al bien jurídico y el comienzo de ejecución.

#### a) ATAQUE AL BIEN JURIDICO.

Gran parte de autores franceses y alemanes estiman que la tentativa comienza cuando los actos penetran en la esfera propia del bien jurídico agredido y, en todo caso, cuando están en situación de peligro eficaz los bienes jurídicos protegidos por el Derecho.

#### \*b) COMIENZO TIPICO DE EJECUCION

Expone que para que haya acto ejecutivo, precisase que se realice lo que se podría denominar el núcleo del tipo, es decir, se necesita que el agente desarrolle su conducta, en la actividad expresada por el verbo principal de la definición; o sea, cuando se habla del homicidio, que es matar a un hombre, hay que empezar a matar. Todo lo que no sea dar comienzo a la muerte, aunque se compre el arma y se planee el hecho, no es acto de ejecución, sino acto preparatorio.

3.- Otro de los criterios propuestos es este: habrá simple preparación si la causalidad criminosa es inerte; habrá actos de ejecución si dicha preparación se pone en movimiento para alcanzar la meta delictuosa. Pero ¿cuándo está la causalidad en reposo y cuándo en movimiento?

4.- Otra teoría, muy parecida a la anterior, propone que hay acto preparatorio cuando se reúnen los medios necesarios para cometer el delito; y hay acto ejecutivo inmediatamente que aquel queda insertado en la serie causal del resultado pretendido, esto es, cuando puede decirse que el delito está en marcha. Pero es fácil objetar que también el acto preparatorio encaja en la serie causal del resultado, pues en la cadena de las causas cada una de ellas es igualmente necesaria.

Se ha dicho que el acto preparatorio es una simple condición del delito, y que el acto ejecutivo pone una causa propiamente dicha; y se ha sostenido que el acto ejecutivo es el que revela una situación peligrosa que falta en el acto preparatorio. Pero es imposible distinguir la condición y la causa; y por otra parte, la peligrosidad se encuentra también en el acto preparatorio y debe ser apreciada en cada caso concreto.

5.- No faltan quienes, imitando la teoría de la univocidad, abandonada luego por Carrara, digan que el acto preparatorio revela una voluntad posible, y el acto ejecutivo una voluntad exteriorizada; o también, que el uno denota una voluntad indecisa, y el otro una voluntad decidida y resuelta.

6.- Un criterio posterior es el de la violación de la norma penal, por el cual habría acto ejecutivo cuando comienza la violación de la norma. Pero ¿cuándo comienza esta violación? Se responde que al comenzar la actividad ejecutiva. Y así caemos en un círculo vicioso.

7.- Contra esta doctrina reaccionó el positivismo al afirmar el fracaso de la doctrina objetiva italiana y francesa, que concentra toda indagación en la naturaleza y la

potencia de los medios empleados y del objeto que va a ser afectado, sustituyéndolo por el criterio subjetivo, o sea de la personalidad del que realiza los actos que tienden al delito, tanto ejecutivos como preparatorios. "Es indudable -dicen- que también los actos preparatorios revelan la temibilidad y peligrosidad de quien los realiza, y por esto merecen sanción, la cual será más o menos grave según que el acto este más o menos próximo a la consumación y revele un delincuente más o menos peligroso".<sup>53</sup>

El Código penal italiano de 1930, ante tal maremagnum de opiniones, decidió abandonar la distinción tradicional de "actos preparatorios" y "actos ejecutivos", y concentrar la atención en la idoneidad de los actos, cualesquiera que sean, para producir el resultado, y en su dirección unívoca hacia el resultado delictuoso.

Sin embargo, como podemos observar en nuestro Código al regular la tentativa, y al citar "la exteriorización de la resolución de cometer un delito, realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo", es una sustitución de la ejecución de hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito.

Cabe agregar, que las clasificaciones que se han hecho respecto a iter criminis son variadas, como ya se ha expuesto, aunque finalmente todas comprenden las mismas nociones. Así, v.gr., Cuello Calón, distingue en su obra intitulada Derecho Penal, como momentos de índole interna: a la deliberación, la voluntad, la intención, la resolución de cometer el delito; y de externa: la preparación, la tentativa y la consumación. Mientras que por su parte Maggiore, reconoce como momentos de la fase externa : 1) la preparación; 2) la ejecución; y dentro de esta última, a) la ejecución objetivamente imperfecta (delito frustrado); b) ejecución subjetiva y objetivamente imperfecta (delito tentado); c) consumación. Además de agregar de acuerdo con algunos, señala el autor, también habría de incluir a el agotamiento.

---

<sup>53</sup> MAGGIORE. Ob. cit. Pág. 73.

#### 4. NATURALEZA JURIDICA DE LA TENTATIVA

Las legislaciones regulan la tentativa de modo muy diverso; algunas exigen para su existencia un principio de ejecución (V.gr., el Código italiano que en el artículo 56, exige la ejecución de actos idóneos dirigidos de modo inequívoco a la comisión de un delito); unas la penan en todo género de delitos, lo que acontece con la mayor parte de las legislaciones; y otros tan sólo en determinadas infracciones .

Al respecto, Ranieri resuelve que la tentativa es punible, no solo porque pone en peligro el bien que pretendía ofender la conducta del sujeto, sino también por el dolo manifestado y por los actos realizados, que en su conjunto revelan la capacidad de delinquir del autor, la cual lo hace merecedor de sanción. Esto es suficiente para delimitar la tentativa punible de la no punible, y también para especificar su naturaleza jurídica, que encuentra su característica en ser el hecho incompleto objetivamente y completo desde el punto de vista subjetivo.<sup>54</sup>

Contra este modo de pensar se ha observado que la tentativa es un delito AUTONOMO, y no un grado del delito, ni tampoco una circunstancia atenuante, que implica como todas las circunstancias, un elemento que se agrega al delito simple, pero que no se tiene en la tentativa. Y de estas observaciones se ha deducido que la tentativa es punible porque, al igual que el delito consumado, es un hecho que no puede ser tolerado por el Estado, a causa de su carácter antisocial.

De esta manera, Giuseppe Maggiore, señala que la doctrina ha reservado el concepto de "imperfección" para la falta del elemento material, es decir, del momento consumativo; de modo que se tiene "tentativa" o delito imperfecto, cuando existiendo los demás elementos, falta el elemento constitutivo del efecto alcanzado. En consecuencia, la tentativa es un delito perfecto, considerado en sí mismo, y la ley lo castiga de modo expreso, pues de otra manera no sería punible, por faltarle uno de sus elementos esenciales. De aquí la necesidad de acusar de delito a la tentativa, haciendo de ella una figura jurídica autónoma. Maggiore reconoce al

---

<sup>54</sup> RANIERI. Ob. cit. Pág. 50.

mismo tiempo que tampoco puede negarse que este delito sea imperfecto, cuando se le compara con un delito consumado, por cuanto carece de un elemento esencial, el resultado, que pertenece a este último. "La tentativa tiene autonomía suficiente para no confundirla con cualquier accidente o circunstancia (atenuante) del delito-tipo; pero no es autónoma hasta el punto de poder constituir por sí misma un delito sui generis aparte. La tentativa es solamente una forma degradada de delito, y por eso se le castiga con menos gravedad que al delito perfecto. Pero al mismo tiempo, considerada en sí misma, es un delito perfecto, por cuanto constituye un título de delito autónomo, jurídicamente distinto del delito consumado".<sup>55</sup>

Otra opinión que sigue el mismo criterio, es la del jurista Edward Jenks, quien considera que toda tentativa es considerada como delito consumado, en el sentido de que tienen asignados castigos especiales en el derecho penal; y en el caso de que no tengan pena señalada especialmente, con arreglo al Common Law, se consideran como delitos leves (misdemeanours).<sup>56</sup>

De acuerdo con RANIERI y apoyándose en la norma prevista en el artículo 56 del Código Penal italiano, la tentativa es punible porque:

- 1.- Tiene carácter extensivo del contenido de los preceptos de las normas incriminadoras, consagradas en la parte especial del Código Penal y referentes a hechos típicos completos.
- 2.- Porque la idoneidad de los actos y al estar dirigidos en forma no equívoca a consumir el delito, según lo exige el artículo 56, implícitamente aluden al peligro para el bien protegido por la norma incriminadora principal.
- 3.- Porque si no existiera el peligro de lesión del bien protegido, la tentativa tampoco sería punible.
- 4.- Porque la concepción de la tentativa como delito autónomo, es exacta si se entiende en relación con los elementos constitutivos que componen su figura

---

<sup>55</sup> MAGGIORE. Ob. cit. Págs. 65 a 67.

<sup>56</sup> JENKS. Ob. cit. Págs. 223 y 224.

criminosa; pero es un error si se entiende prescindiendo del carácter extensivo de la norma que la prevé, pues ello haría incomprensible esta figura criminosa.

5.- Porque si la tentativa se castigara sin tener en cuenta su relación con el delito que se pretendía consumar, tampoco podría apreciarse como síntoma de la capacidad para delinquir o de la peligrosidad del agente.<sup>57</sup>

Por otra parte, el maestro Jiménez de Asúa caracteriza como el elemento subjetivo en la tentativa a la acción culpable, es decir, la intención delictuosa. Afirma la identidad del dolo tanto para la tentativa como para la consumación; demuestra que no hay más dolo que el de la consumación.

Incluso en el Derecho inglés, en que la tentativa es un delito sui generis, el dolo (intención) debe ser el mismo que en el delito que se pretende cometer.

En la legislación y jurisprudencia argentinas, a pesar de que su artículo 42 del Código penal de 1921 exige, para que haya tentativa, que se comience la ejecución con el fin de cometer un delito determinado. Los tribunales argentinos han insistido sobre este punto: "Mientras no se pruebe la intención de producir la muerte, no incurre la tentativa de homicidio, sino de lesiones graves con alevosía", el que tomando desprevenida a la víctima y por la espalda "la hiere gravemente haciéndole disparos con un arma de fuego" (Sentencia de la Cámara Nacional penal de la capital, de 6 de mayo de 1932, en Fallos, tomo I, página 504).<sup>58</sup>

Las más recientes sentencias de los tribunales argentinos, continúan destacando el elemento subjetivo en la tentativa, principalmente respecto de la de homicidio, en cuyos fallos se exige el "propósito homicida", la "intención de matar", la "voluntad criminal", entre otras.

<sup>57</sup> RANIERI. Ob. cit. Págs. 52 y 53.

<sup>58</sup> JIMENEZ DE ASUA. Tratado de Derecho Penal. Ob. cit. Pág. 511.

Remontándose a la doctrina, respecto a la punibilidad de la tentativa, existen diferentes posturas; la opinión dominante es la de la Escuela Clásica, que explica que el fundamento de la punición de la tentativa es la violación de la norma penal poniendo en peligro bienes o intereses jurídicamente protegidos, en tal caso, la pena debe ser inferior a la correspondiente al delito consumado porque en la tentativa sólo hay violación de la norma, mientras que en el delito consumado, además de la violación de las normas penales que prohíben la ejecución de tales hechos se ha lesionado el bien jurídico protegido, se ha producido el daño material propio del delito, por lo que la pena debe ser más grave.

Otro criterio es el de las Escuelas Subjetivas, que refieren que se tiene tentativa cuando el agente ha manifestado, con actos exteriores, querer llevar a cabo su resolución criminosa, o cuando ha revelado su peligrosidad subjetiva. De ello se sigue que debe considerarse como punible no solo la tentativa objetivamente idónea, sino también la tentativa objetivamente inidónea.

Estas teorías unidas complementan a el derecho vigente, ya que este no sólo funda la razón de la pena solo en la puesta en peligro de intereses protegidos por el derecho, ni en la voluntad criminal del agente o en su peligrosidad, sino en el momento en que se ha manifestado conforme a un modelo legal, a través de la exteriorización de actos ejecutivos, con base en la gravedad del hecho ilícito y en el grado de culpabilidad del agente. En conclusión, es fundamento de la penalidad la voluntad criminal exteriorizada por el agente, encaminada a producir el resultado.

Y la escuela positiva, que se fundamenta en que una vez que la temibilidad del delincuente se ha exteriorizado para la reacción social defensiva, es indiferente que el delito no pase del momento de la tentativa como que llegue a su plena consumación.

En la escuela clásica, de tipo objetivo, se caracteriza por atenuar la penalidad cuando el delito no llega a perfeccionarse. Este criterio es intensamente

criticable, ya que la noción de peligro que el delincuente representa se da en igual intensidad en la tentativa y en el delito frustrado que en el consumado.<sup>59</sup>

Para que haya tentativa, es indispensable que la conducta sea objetivamente idónea para realizar el propósito criminal del agente. Por esta razón dichas teorías exigen que la conducta tenga relación de causalidad con el resultado querido, ya que es objetivamente peligrosa.

El Código penal español y la gran mayoría de los hispanoamericanos han seguido el principio de rebaja en la frustración y en la tentativa.

La estudiosa Elena Farré<sup>60</sup>, expone en su obra intitulada "La Tentativa del Delito" la naturaleza jurídica de la tentativa, a la que la doctrina española también denomina naturaleza jurídica de las disposiciones legales que declaran punible el desarrollo imperfecto del delito. Examina las distintas posiciones que sobre la misma se han venido sosteniendo. Por una parte, una posición minoritaria que niega el carácter típico de la tentativa de delito y en general de las formas de imperfecta ejecución. Y, por otra parte, la amplia mayoría de los autores, quienes afirman la tipicidad de la tentativa. Aunque aún dentro de este sector doctrinal no existe acuerdo sobre el sentido en el que debe entenderse dicha tipicidad.

#### I.- La tentativa de delito como figura atípica.

El español Rodríguez Devesa, es uno de los que representan a este sector; quien considera que la tentativa de delito constituye únicamente una causa de extensión de la responsabilidad criminal, pero no una conducta típica. El que intenta matar pero no consigue su propósito no ha realizado el tipo de homicidio. No obstante, la ley dispone que en estos casos se imponga una pena. No es que el autor haya realizado un tipo distinto al consumado, lo que sucede es que en la tentativa se

---

<sup>59</sup> JIMENEZ DE ASUA. La Ley y el Delito. Ob. cit. Pág. 486.

<sup>60</sup> FARRE TREPAT, Elena. La tentativa del Delito. "Doctrina y Jurisprudencia". Edit. Bosh. España. 1986. Págs. 41 a 50.

da siempre una excepción a la regla general de que para que una conducta sea punible es preciso que esté tipificada en la Ley. Las formas de imperfecta ejecución, junto con las restantes causas de extensión de la responsabilidad criminal, no son, sin embargo, independientes del delito. No constituyen delitos distintos. Su característica es que en ellas hay un déficit respecto a la tipicidad. Son variaciones de la conducta típica, acciones que guardan una estrecha relación con el tipo legal, que es determinante para su punibilidad. La punición de una conducta atípica, como la tentativa, no constituye, sin embargo, ninguna trasgresión del principio de legalidad, porque para que esas conductas se castiguen es preciso que lo diga expresamente la Ley.

## **II.- La tentativa de delito como figura típica.**

Desde que la tipicidad se ha introducido como característica indiscutible en la definición de delito se ha mantenido normalmente que la tentativa constituye una figura típica; sin embargo, la forma de concebir dicha tipicidad no ha sido unitaria, existiendo fundamentalmente dos posiciones distintas:

**A) La tentativa de delito como extensión de la tipicidad básica.**

**B) La tentativa como tipo de delito distinto del delito consumado.**

**A) La tentativa de delito como extensión de la tipicidad básica.**

Por lo que respecta a la primera posición, esta figura puede suponer incluso una modificación de la misma, pero en ningún caso constituir un tipo distinto al recogido en la parte Especial del Código Penal.

Quien se encargó por primera vez de esta problemática, fue Beling en sus planteamientos que realiza sobre la teoría del tipo. Agregando que en sentido amplio, la consumación del hecho ejecutada por el autor -el tipo no modificado-, constituye una forma de aparición del tipo, a la que denomina tipicidad originaria. Sin embargo, concluye que tanto la tipicidad originaria como las formas de aparición

en sentido estricto son típicas y en este sentido deben ser subsumidas en los términos: crimen, delito, contravención, punible, etcétera.

Posteriormente Beling subrayó y desarrollo la diferencia entre tipo de delito y tipo legal. Expuso que el primero proviene de la función que corresponde al Derecho positivo de describir aquellas conductas a las que corresponde una conminación penal. Y conforme al principio de legalidad tan sólo son punibles aquellas conductas amenazadas con una pena. Las formas de aparición del tipo constituyen tipos de delito dependientes, tipos de carácter accesorio, cuya aplicación es sólo posible entrar en relación con un tipo de delito independiente. La tentativa de delito constituye, pues un tipo de delito dependiente y es típica en este sentido. El tipo legal constituye la imagen rectora propia de los tipos de delito dependientes.

Del análisis anterior se desprende que Beling pretendió en cierta forma establecer a partir de las conminaciones penales conclusiones respecto a la tipicidad. En realidad resultaría absurdo que el legislador recogiera junto a cada delito consumado la punición del respectivo delito intentado asignándole además una penalidad ya definida. Sin embargo, la finalidad del legislador al dividir el Código Penal en Parte General y Parte Especial, no es otra que la de simplificar su redacción evitando absurdas repeticiones.

Ulteriormente la cuestión fue tratada por M. E. Mayer, quien propuso los términos "causas de ampliación de la pena" para la denominación de estas conductas, aun cuando consideró que bajo este concepto debían comprenderse todas aquellas circunstancias que fundamentan la tipicidad de una conducta. A diferencia de la posición de Beling, que limitaba el concepto de figuras típicas a las descritas en la Parte Especial, Mayer, entre otros autores, entendió que la colocación de estos preceptos en la Parte general del Código Penal, no constituye ningún impedimento para su consideración como conductas típicas. La razón es de mera técnica legislativa.

La tentativa era vista por M. E. Mayer, como una desviación del caso normal que por lo tanto debía encontrar su propia consideración. El supuesto "normal" en el que el legislador había pensado al redactar los tipos de la Parte Especial es la completa realización del tipo.

**B) Tentativa como tipo de delito distinto del delito consumado.**

Existen de acuerdo con Elena Farré Trepát, diferentes posiciones sustanciales a saber, de acuerdo con su Código Penal positivo.

a) Ferrer Sama, expuso que cuando el legislador construye el tipo de lo injusto, parte siempre de la producción de un resultado de la conducta descrita y sancionada. De esta manera concebidos los distintos tipos legales, no podría castigarse la conducta delictiva cuando tal conducta no va seguida del resultado previsto por la ley. Por lo tanto, se hace preciso establecer preceptos que hagan posible la punición de la conducta delictiva sin el resultado especialmente previsto. Estos preceptos tienen la naturaleza de verdaderos tipos de lo injusto, si bien con carácter de sui generis. Este carácter les viene dado, por el hecho de que por sí solos estos tipos no muestran su contenido, siendo preciso acudir en cada caso al tipo de delito específico que en concreto se trate para conocer este contenido y las penas aplicables. El tipo de la tentativa, se conecta en abstracto, con todos los tipos por dicho Código definidos (menos con los de tentativa especialmente penada), y en cada caso concreto, con aquél que define y sanciona el resultado que se deseaba producir por el agente. Constituye un tipo incompleto, imperfecto, necesitado de complemento o Ley en blanco. Pero, teniendo en cuenta que en el mismo permanece en blanco, se trata de un tipo necesitado de doble complemento.

La posición de Ferrer Sama no puede sostenerse, considera Farre, si se considera que el tipo constituye la descripción de la conducta legalmente prohibida, que no tiene por qué asimilarse a un precepto penal determinado. Sin embargo, las acciones de tentativa, no pueden por sí solas constituir un tipo de delito, pues en ellas

falta, -como Ferrer Sama pone de manifiesto-, incluso la descripción de la conducta prohibida y sancionada.

b) Como resultado de la integración de la tentativa con el precepto respectivo de la Parte Especial. Esta consideración es defendida por Cerezo Mir y Mir Puig, alegando que en las formas de imperfecta ejecución no se produce la realización del tipo pretendido, sino un tipo de hecho distinto, al que por lo menos falta el resultado de la consumación.

### **INFRACCIONES QUE EXCLUYEN LA TENTATIVA.**

No todas las infracciones admiten la tentativa; algunas la excluyen, o por voluntad de la ley, o por su naturaleza. De acuerdo con Maggiore<sup>41</sup>, entran en esta categoría:

#### **1.- Las contravenciones.**

Aunque también tienen carácter doloso, la ley las excluye expresamente de esta posibilidad, en cuanto limita a los solos delitos la figura del conato. Mismo criterio comparte Ranieri.

#### **2.- Los delitos culposos.**

Por faltar en ellos la intención dirigida a producir un resultado. No se puede intentar lo que no se ha deseado. Igual idea sostiene Ranieri, al indicar que la dirección subjetiva y objetiva de los actos dirigidos de modo no equivoco a cometer un delito es requisito indispensable de la tentativa punible.

#### **3.- Los delitos de simple omisión.**

En los cuales, hasta el momento en que puede cumplirse el acto debido, puede haber intención, pero no acción antijurídica; más, al pasar de ese momento, el delito es consumado. En cambio, es posible la tentativa en los delitos de comisión por omisión, en que esta es fraccionable.

---

<sup>41</sup> MAGGIORE. Ob. cit. Págs. 89 a 92.

4.- Los delitos de ejecución simple, qui unicus actu perficiuntur (unisubsistentes), ya que en ellos la acción no es fraccionable en momentos (injuria verbal, perjurio, calumnia, etcétera).

5.- Los delitos de atentado o de pura tentativa, o de consumación anticipada, como el soborno. Opinar de otro modo sería admitir la posibilidad de una tentativa de tentativa, lo cual es absurdo.

6.- Los delitos habituales, como la explotación de prostitutas, los maltratos en familia, etcétera, en que no puede hablarse propiamente de iter criminis.

Según Ranieri, por cuanto al adquirir cada uno de los actos singulares importancia jurídica con la verificación de los actos posteriores, excluyen la tentativa, aun cuando pueden constituir por sí mismos otro delito.

7.- Los delitos agravados por el resultado, salvo cuando la voluntad del agente que ha consumado el delito básico no se haya dirigido también a un resultado más grave.

## 5. PRESUPUESTOS DEL DELITO

Manzini empieza a dar un concepto de presupuestos del delito, precisando que se trata de elementos, positivos o negativos, de carácter jurídico, anteriores al hecho y de los cuales depende la existencia del título delictivo de que se trate.

De acuerdo con Steffano Riccio, los presupuestos del delito son los datos de hecho, existentes antes del delito, que contribuyen a dar al hecho significación y relevancia.<sup>62</sup>

---

<sup>62</sup> Cfr. cita con PAVON VASCONCELOS, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General. Edit. Porrúa. 10a. ed. México. 1991. Pág. 178.

Los presupuestos de la conducta o del hecho -al decir de PORTE PETIT- son los antecedentes previos, jurídicos o materiales, necesarios para la existencia de la conducta o hecho constitutivos del delito. Estos presupuestos pueden ser, igualmente, generales o especiales. De la definición despréndese que tales presupuestos son de naturaleza jurídica o material. Los presupuestos jurídicos son las normas de Derecho y otros actos de naturaleza jurídica, de los que la norma incriminadora presupone la preexistencia para la integración del delito, mientras los presupuestos materiales son las condiciones reales preexistentes en las cuales debe iniciarse y cumplirse la ejecución del hecho. La ausencia de un presupuesto de la conducta o del hecho implica la "imposibilidad de la realización de la conducta o del hecho descritos en el tipo". Son requisitos de estos presupuestos, según el mismo autor: a) Un elemento jurídico o material; b) Previo a la realización de la conducta o del hecho, y c) Necesario para la existencia de la conducta o del hecho descrito por el tipo.<sup>63</sup>

## 5.1 SUJETO ACTIVO

Sólo el hombre es sujeto activo del delito, porque únicamente él se encuentra provisto de capacidad y voluntad y puede, con su acción u omisión, infringir el ordenamiento jurídico penal. Una persona es sujeto activo cuando realiza la conducta o el hecho típico, antijurídico, culpable y punible, siendo autor material del delito, o bien cuando participa en su comisión, contribuyendo a su ejecución en forma intelectual al proponer, instigar o complotar (autor intelectual) o simplemente auxiliando al autor con anterioridad a su realización, concomitantemente con ella o después de su consumación (cómplice y encubridor).

El criterio expuesto que ve a la persona humana como único sujeto activo del delito e invoca preferentemente en su apoyo los principios de imputabilidad y de personalidad de la pena, ha encontrado consagración en nuestros

---

<sup>63</sup> PORTE PETIT, Candaudap Celestino. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. Edit. Porrúa. México. 1990. Pág. 260 y 261.

textos positivos. El artículo 33 del Código Penal de 1929, declaró que la responsabilidad no trasciende de la persona y bienes del delincuente y tal parece es criterio adoptado por el Código vigente al prescribir en su artículo 10: "la responsabilidad penal no pasa de la persona y bienes de los delincuentes, excepto en los casos especificados en la ley". La propia redacción del artículo 11, confirma lo anterior cuando refiere que "cuando algún miembro o representante de una persona jurídica o sociedad, corporación o empresa de cualquier clase, con excepción de las instituciones del Estado, cuando algún delito con los medios que para tal objeto las mismas entidades le proporcionen, de modo que resulte cometido a nombre o bajo el amparo de la representación social o en beneficio de ella, el juez podrá, en los casos exclusivamente especificados por la ley, decretar en la sentencia la suspensión de la agrupación o su disolución, cuando lo estime necesario para la seguridad pública."

De acuerdo con González Vega, la redacción del artículo 11 de nuestro Código penal establece claramente que es algún miembro o representante de la persona jurídica el que comete el delito y no la entidad moral.<sup>64</sup>

Lo anterior si resultara insuficiente, bastaría con revisar el artículo 13, del mismo ordenamiento, que corrobora esta interpretación, que repite las fórmulas 'el que', 'al que', refiriéndose siempre a personas físicas.

Sin embargo, debe observarse que el artículo 11, señala sanciones: suspensión o disolución de la agrupación, casos que exclusivamente señala el Código Penal con relación a las personas sociales, son los de delitos contra el comercio y la industria (artículos 253 y 254); de lo anterior podemos concluir, que nuestro código si considera en casos concretos como posibles sujetos activos a las personas jurídicas, aunque lo haga en preceptos modelo de timidez. No obstante lo anterior, el procedimiento para la exigencia de responsabilidad a las personas morales no ha sido previsto en el código respectivo, lo que la hace inoperante, estando, por tanto,

---

<sup>64</sup> CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. CARRANCA Y RIVAS, Raúl. Derecho Penal Mexicano. Edit. Porrúa. 13a. ed. México. 1991. Pág. 266.

resuelta prácticamente la cuestión a debate en el sentido de que esa responsabilidad, hoy por hoy, no puede ser exigida a las personas morales, aun aceptando que el Código Penal del Distrito sí la prevé en casos concretos.

Sólo nos resta añadir, de acuerdo con el maestro Carranca, que la jurisprudencia federal no registra hasta ahora ningún caso de responsabilidad penal de personas morales. Del Rosal, como lo cita el maestro Pavón Vasconcelos en su obra Manual de Derecho Penal Mexicano, afirma categórico que sólo el ser individual es sujeto activo del delito, porque goza de cualidades que exige la acción humana, la cual requiere una realidad ético-psicológica.

Alfonso Reyes sostiene, que aún aceptando que la persona moral es un ente diverso del de cada uno de los individuos que la integran, capaz de obligarse y de contratar, y que por eso no es una ficción ni una abstracción, lo único que de este supuesto se desprende es que constituye una realidad, pero una realidad jurídica no naturalística; desde el punto de vista natural la persona moral es un conjunto de personas físicas, y cuando toma cualquier determinación lo hace por medio de su representante legal, que sólo puede ser una persona de carne y hueso y como consecuencia de un acuerdo mayoritario o unánime tomado por seres humanos. Ahora bien, para que alguien pueda ser sujeto activo de una conducta típica, es indispensable que sea capaz de poner en movimiento una energía física de acuerdo con mecanismos psicológicos que la orientan en determinada dirección, es decir, capaz de realizar una serie de operaciones psicosomáticas que sólo están reservadas a la persona humana'.<sup>65</sup>

Los delitos pueden clasificarse, tomando en consideración la calidad y el número de los que intervinieron en su comisión:

En razón de la calidad del sujeto:

---

<sup>65</sup> PAVON VASCONCELOS. Ob. cit. Pág. 169.

- a) Delitos de sujeto común o indiferente, en los que la ley, al no destacar algún carácter, permite su comisión por cualquiera persona.
- b) Delitos exclusivos, propios o de sujeto calificado en los cuales se exige la concurrencia, en el sujeto, de una determinada cualidad o relación personal, de tal manera que únicamente quienes la reúnen pueden realizarlos.

## II. En razón del número de los sujetos:

- a) Delitos monosubjetivos, en los que el esquema legal permite la comisión de la conducta o del hecho por una sola persona, y
- b) Delitos plurisubjetivos, los cuales, según el modelo legal, sólo pueden realizarse con el concurso necesario de varios sujetos.

### 5.2 SUJETO PASIVO

Se denomina sujeto pasivo al titular del Derecho o interés lesionado o puesto en peligro por el delito.

Por sujeto pasivo, ofendido, paciente o inmediato, se entiende la persona que sufre directamente la acción; sobre la que recaen los actos materiales mediante los que se realiza el delito.

Como la ley tutela bienes no sólo personales sino colectivos, pueden ser sujetos pasivos:

a) La persona física, sin limitaciones, después de su nacimiento (homicidio, lesiones, etcétera) y aún antes de él (aborto), protegiéndose, además de los bienes jurídicos de la vida y la integridad corporal, otros como la paz y la seguridad (amenazas, allanamiento de morada, asalto), la salud, el estado civil, el honor (difamación), la libertad (privación ilegal de la libertad) y el patrimonio (robo, abuso de confianza, fraude, despojo, daño en propiedad ajena).

b) La persona moral o jurídica sobre quien puede recaer igualmente, la conducta delictiva, lesionando bienes jurídicos, tales como el patrimonio o el honor de los cuales puede ser titular.

c) El Estado, como poder jurídico, es titular de bienes protegidos por el ordenamiento jurídico penal y en tal virtud, puede ser ofendido o víctima de la conducta delictiva (delitos contra la seguridad exterior de la Nación, delitos patrimoniales que afectan bienes propios, etc.).

d) La sociedad en general, como en el caso de los delitos contra la economía pública y contra la moral pública (corrupción de menores, lenocinio, etcétera).

No pueden ser sujetos pasivos del delito los muertos y los animales.

La violación del sepulcro o la profanación de un cadáver (artículo 281), constituyen atentados en los cuales el sujeto pasivo lo es la sociedad o los familiares del difunto.

Atendiendo al sujeto pasivo, en orden a los sujetos, los delitos se clasifican en:

- a) Personales, cuando la lesión recae sobre una persona física, y
- b) Impersonales, cuando dicha lesión recae sobre una persona moral, el Estado o la sociedad en general.

Finalmente, cabe distinguir entre sujeto pasivo del delito y sujeto pasivo del daño, que lo es él que sufre el perjuicio pecuniario o el daño moral originados por el delito. Muchas veces los dos sujetos pueden coincidir.

### **5.3 OBJETO MATERIAL**

El objeto del delito es la persona o cosa, o el bien o el interés jurídico, penalmente protegidos. Los tratadistas distinguen entre objeto material y objeto jurídico.

El objeto material, es la persona o cosa dañada o que sufre el peligro derivado de la conducta delictiva. Lo son cualesquiera de los sujetos pasivos o bien las cosas animadas o inanimadas.

No debiéndose confundir con el sujeto pasivo, aun cuando en ocasiones este último puede al mismo tiempo constituir el objeto material del delito.

### **5.4 OBJETO JURIDICO**

Se entiende el bien jurídico tutelado a través de la ley penal, mediante la amenaza de sanción; puede decirse que no hay delito sin objeto jurídico, por constituir éste su esencia.

El objeto jurídico es el bien o el interés jurídico, objeto de la acción incriminable. Por ejemplo, la vida, la integridad corporal, la libertad sexual, la reputación, la propiedad privada, etcétera.

Se ha establecido, de tiempo atrás, la distinción entre el objeto de la acción sinónimo del objeto material del delito, y el objeto de la protección jurídica, recordando como un mero antecedente, sostenido en épocas pasadas, que el delito es violación de derechos subjetivos, deduciéndose de ahí, según la docta opinión de Jiménez de Asúa, que el objeto de la infracción es el derecho subjetivo que la ley protege concretamente en cada caso.

El interés tutelado por el derecho constituye, no ya sólo el objeto del delito, sino la esencia del mismo y hasta la característica del derecho penal finalista,

es obvio que el objeto jurídico de la infracción, está constituido por ese interés tutelado jurídicamente.<sup>66</sup>

## 5.5 DAÑO PUESTO EN PELIGRO

Todo resultado debe identificarse siempre con la lesión o peligro de daño al bien jurídico tutelado por la norma penal.

Hay hipótesis en las que la conducta relevante para el Derecho, produce un cambio material en el mundo exterior al sujeto, en tal caso, con el resultado material coexiste también un resultado jurídico, consistente en la lesión o peligro de lesión al bien jurídico protegido por la norma penal. Es decir, existen dos resultados, uno jurídico y otro material

Tratándose de delitos de resultado material, sólo puede funcionar el concepto de daño con relación al resultado jurídico coexistente con aquél, pero sin que tal concepto nos pueda ser de utilidad total. Tratándose de los delitos sin resultado material su utilidad es manifiesta, según lo observa Massari, pues en los delitos de pura omisión el resultado consistiría en la lesión del bien o interés y por lo tanto en el daño que producen, según la interpretación dada por Antolisei a su pensamiento.

Los llamados delitos de omisión simple, tienen un resultado identificado con el daño resultante de la violación al ordenamiento jurídico, resultado convivente, con el material, en aquellos delitos productores de efectos naturales de orden material, según la descripción del tipo.

Ahora bien, ese daño puede recaer sobre el mundo material y no solamente sobre el jurídico, pues la privación de la vida, en el homicidio, implica la destrucción de la existencia como bien personal protegido en la norma; en tales

---

<sup>66</sup> FAVON VASCONCELOS. Ob. cit. Pág. 175.

casos, el daño tiene una doble proyección: una enfocada a la protección penalística, mientras la otra implica el efecto natural de la conducta en un proceso causal, al cual expresamente ha querido referirse la ley y constitutivo, a la vez, del objeto de la protección jurídica.

El efecto natural de la conducta, consiste en una situación de peligro; en tales casos el peligro constituye el resultado de la actividad o inactividad voluntarias del sujeto. En el orden exclusivamente jurídico, el resultado es la lesión efectiva al ordenamiento legal, pues lo que se protege es la seguridad de ciertos bienes y la sola situación de peligro en que se les coloca produce el resultado jurídico como daño efectivo a la protección penalística, mientras que, por lo contrario, el resultado material, como mutación del mundo externo al agente, lo constituye la situación de peligro creada con la conducta.

"El peligro, dice Antolisei, no consiste en un estado de incertidumbre de la naturaleza, sino en una situación que lleva consigo la probabilidad, porque la naturaleza del caso concreto no altera el carácter general de los casos de la misma especie. La probabilidad, pues, no es algo arbitrario o imaginario, sino el producto de la experiencia, o sea, de la observación sistemática del hecho. (...) El concepto de peligro va unido al concepto de probabilidad, pero no se reduce a la simple probabilidad: se concreta siempre en una situación de la realidad, en un estado de hecho que se llama situación o estado de peligro. Esta situación de la realidad, este estado de hecho es una modificación del mundo exterior y por eso el peligro, en cuanto causado por la acción humana, con razón se considera como un resultado. En segundo lugar se debe tener presente que el peligro no comprende cualquier probabilidad, sino sólo la probabilidad de determinados efectos ... El peligro se puede definir como el estado de hecho que lleva consigo la probabilidad de un suceso dañoso".<sup>67</sup>

---

<sup>67</sup> PAVON VASCONCELOS. Ob. cit. Pág. 208 a 210.

### CAPITULO III

#### LA ESTRUCTURA DE LA TENTATIVA DEL DELITO

Dentro de la ciencia del Derecho Penal, puede seguirse la perspectiva de la teoría de la Acción Causal o la de la teoría de la Acción Finalista, de donde resultaran distintas consecuencias para la estructura del delito, pese a que en ambas se considera que el delito se conforma con tres elementos: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad; las diferencias radicarán en cuanto a los componentes de cada uno de estos tres elementos, y por consiguiente a la ubicación sistemática que se les da a ciertos conceptos.

#### 1. TEORIA CAUSALISTA

Desde el punto de vista de la teoría de la acción causal, la determinación de la existencia de un delito resulta del examen de los siguientes elementos:

- a).- 1.- Un movimiento corporal voluntario, o bien la falta de dicho movimiento, en tratándose de un delito de omisión.
- 2.- Resultado.
- 3.- Nexo causal.

Así todo movimiento corporal como acción debe ser producto de la voluntad, como causa de ese movimiento, pero sólo la parte externa, que se ve reflejada en esa acción, en tanto que la parte interna, el contenido de la voluntad, esto es hacia donde se encamina el actuar del sujeto activo, lo encontramos en la culpabilidad.

Esta sistemática parte, para la determinación de la acción fundamental de la causalidad del obrar para el resultado. Los restantes elementos posteriores

configuradores de esa estructura del delito, que tiene como base ese concepto de acción lo son:

b).- La tipicidad. Que deviene de la obra de Beling, Teoría del delito, al sustentar por primera vez en el año de 1906 la existencia del tipo penal, como figura rectora que es la base jurídica para el análisis del delito y que no viene a ser sino la descripción de una conducta; será la adecuación de la conducta a un tipo penal y es el primer elemento del delito, una vez que se ha constatado la existencia de una acción, para su afirmación basta la configuración de los elementos puramente objetivos o externos, luego entonces dentro de este sistema el tipo penal, esta estructurado únicamente de elementos objetivos, que se derivan en principio de la propia estructura de la acción que es lo que describe dicho tipo, en tanto que los elementos subjetivos como sería el dolo y la culpa, quedaran fuera para formar parte de la culpabilidad, admitiéndose excepcionalmente aquellos dentro del tipo que van más allá del dolo y culpa, como lo serán los fines, intenciones, etcétera.

Por ello, ante la conducta voluntaria de un sujeto, que produjo un resultado, lo importante es este y no aquello que quiso o se propuso, (porque esto es materia de la culpabilidad), de tal manera que sólo interesa hasta este momento que actuó en forma voluntaria y produjo un resultado típico, de donde se desprende ese concepto causal de acción.

c) La antijuridicidad. De la cual se desprende que lo determinante son los aspectos externos, es decir, el resultado, que es lo que manifiesta la contradicción a la norma, la lesión al bien jurídico, es el aspecto que resulta dentro de esta estructura.

Cuando se valora lo que es una conducta típica, el punto central de valoración lo constituye el resultado, al que se denomina fundamento del injusto, que afirma la existencia de una conducta típica y antijurídica, constituyendo el disvalor del resultado.

d) Por último, la culpabilidad. Dentro de la cual se analizará si el sujeto es o no imputable y si actuó de manera dolosa o culposa, es decir, el contenido de la voluntad se examina dentro de esta teoría y nivel, donde quedará tratado el problema del error.

Dentro de lo que nos concierne, la tentativa, en esta muy particular estructura del delito, se da la siguiente problemática: como hemos dicho, el considerar que el fundamento del injusto, o sea de una estructura típica y antijurídica, lo es el disvalor del resultado, ¿Cómo se puede fundamentar el injusto en los casos de tentativa, puesto que aquí se da por hecho que no hay resultado?, entendiéndolo por éste fundamentalmente, la lesión producida al bien jurídicamente tutelado, por el tipo penal de que se trate, o bien, para otros sería el resultado material producido por esa acción voluntaria.

Aquí se enfrenta el sistema causalista, al primer problema, como es que se puede fundamentar el injusto en la tentativa, si no hay resultado o lesión al bien jurídico o ¿acaso en la tentativa el injusto no tiene fundamento?

Ante estas dificultades, se buscó lo que podría ser el fundamento, afirmándose que por resultado no sólo habría que entenderse el resultado material, sino también el resultado formal, para efecto de decir que la puesta en peligro del bien jurídico es el resultado formal y por lo tanto cuando se habla que el disvalor del resultado es el fundamento del injusto, bueno, ese resultado puede ser la lesión del bien jurídico o la puesta en peligro del mismo y en consecuencia, con ello, ya se podría decir que el disvalor de la puesta en peligro del bien jurídico constituye el fundamento del injusto en los casos de tentativa.

Otra de las cuestiones a las que se enfrentó esta teoría, fue el problema de los elementos subjetivos del delito, en donde se plantea el problema del dolo y de la culpa, porque, ¿Dónde se analizará el elemento subjetivo en tratándose de la tentativa?, ¿Cómo se determina en un caso concreto, la tentativa, si no se toma en

cuenta el elemento subjetivo característico de esta?, es decir cuando se habla de tentativa, hay que ubicar hechos de determinado tipo penal considerando los elementos subjetivos y no sólo los objetivos dentro de ese tipo.

Y esto se plantea en determinados casos, en donde los hechos externos pueden encuadrarse en diferentes tipos penales, por ejemplo, si un sujeto hace un disparo de arma de fuego y el proyectil pasa rozando a otra persona que va pasando a una distancia determinada, puede ser que no le toque la oreja o que si lo haga, y le desprenda un pedazo; en base a la consideración, apoyados nada más en los datos externos del tipo penal, podríamos decir que estamos en presencia de un caso de tentativa de homicidio, lesiones consumadas o de disparo de arma de fuego nada más, o simplemente de que el sujeto activo estaba practicando al tiro al blanco y de pronto se atravesó alguien, favoreciendo el resultado considerado ahora como típico.

Esto representó un serio problema al sistema causalista en virtud de su estructura, concepto de la acción y del tipo penal y de la ubicación sistemática que le da al dolo y a la culpa.

Ante las críticas, por parte de los autores finalistas a los causalistas, E. Mezger, como principal exponente en la década de los años 1930 y 1940 del sistema causalista, admitió que en efecto era difícil establecer una adecuación típica, sin tomar en cuenta los elementos subjetivos y que en el iter criminis necesariamente hay que tomar en cuenta el aspecto subjetivo, que es la resolución delictiva que no es otra cosa que el dolo, entonces este elemento debe afirmarse en todo caso de tentativa su existencia en primer lugar, de ahí que por tanto este autor planteara una doble ubicación sistemática del dolo, es decir, que si el delito llega a la consumación, entonces el dolo sigue perteneciendo a la culpabilidad, por ser aquí donde se plantea el análisis de los elementos subjetivos, en cambio si el delito no llega a la consumación y se queda en grado de tentativa, el dolo habría que analizarlo a nivel de tipo penal, por ello es que se da una doble ubicación dependiendo de que si el delito es o no consumado.

Con lo anterior, aparentemente Mezger encontró una solución para los casos de tentativa, sin embargo, esto mantenía una incoherencia en el tratamiento de lo que es el desarrollo del delito, toda vez, que E. Welzel, manifestaba entonces, que, qué diferencia existía entre el caso de que el sujeto activo llegue a la consumación y el caso de que solamente se quede en tentativa, puesto que en ambos el referido sujeto se ha propuesto siempre un determinado fin, luego entonces las diferencias sólo se dan en el aspecto externo, consistente en que ese fin no llega a concretizarse o por el contrario se consuma.

Así por ejemplo, si un sujeto decide como fin propuesto privar de la vida a una persona, éste estará presente en la mente del activo y en el desarrollo de todas las etapas para la consecución de ese fin, la resolución seguirá siempre siendo la privación de la vida de un semejante y la diferencia entre la consumación y la tentativa, no será en el nivel del elemento subjetivo, sino el objetivo, porque es aquí donde se observará si se llega o no a la consumación. Sin embargo, la resolución delictiva es la misma, tanto para la tentativa como para la consumación.

## 2. TEORIA FINALISTA

Los años 50 y parte de los 60, fueron dominados por la discusión sobre la teoría de la acción finalista y el concepto personal de lo injusto o ilícito. La teoría finalista y su concepción de lo ilícito personal tienen en su origen una estrecha vinculación con la concepción retributiva de la pena y son el reflejo de una drástica reducción de la prevención especial, que había inspirado los conceptos de la teoría del delito desde los tiempos de la aparición del positivismo, a fines del siglo XIX.

La teoría finalista se caracterizó por un concepto de acción basado en la dirección del comportamiento del autor a un fin por este fijado.

Del concepto de acción y de ilícito personal se derivaron consecuencias<sup>68</sup> que alteraron el contenido de las categorías tradicionales de la teoría del delito:

1.- El dolo (reducido al conocimiento y la voluntad de realización del tipo objetivo del delito) se convirtió en elemento de lo ilícito, dando lugar a un "tipo subjetivo" complementario del "tipo objetivo", abandonando así la culpabilidad, categoría a la que había permanecido hasta ese momento.

2.- Los delitos dolosos y culposos se separaron ya en lo referente a la estructura del tipo penal. Dolo y culpa son formas de ilicitud (de infringir una norma) y no formas de la culpabilidad.

3.- En lo ilícito puede distinguirse junto al disvalor del resultado también un disvalor de acción.

4.- La culpabilidad se redujo correspondientemente a la capacidad de culpabilidad (= imputabilidad) y a la posibilidad del conocimiento de la prohibición.

Dentro de esta estructura, como consecuencia se da una punición sistemática del dolo y la culpa, ya no dentro de la culpabilidad como en el sistema causalista, sino ahora para la parte subjetiva de todo tipo penal.

Para la acción finalista, hay más componentes de los que se consideraban simplemente en el sistema causalista, acción, resultado, nexo causal, como lo son la finalidad y la causalidad.

La finalidad será igual al contenido de la voluntad como un todo, como factor causal, desencadenante del proceso y la de un factor de dirección que dirige todo ese proceso causal a un determinado fin, de esta manera esa voluntad

---

<sup>68</sup> BACIGALUPO, Enrique. Manual de Derecho Penal. Parte General. Edit. Temis. Colombia. 1989. Págs. 71 a73.

supradetermina la causalidad, luego entonces los componentes estructurales de esa voluntad lo es, la finalidad y causalidad. La acción ya no será un proceso ciego sino vidente a donde se dirija su actuación, el sentido que se le imprima a la actividad del sujeto.

Lo anterior conlleva a determinar la existencia de elementos objetivos y subjetivos dentro del tipo penal cuya existencia configura la tipicidad.

La ANTIJURIDICIDAD de la conducta, considerada previamente como típica, se determinará por la ausencia de alguna norma permisiva (causa de justificación).

La CULPABILIDAD, que fundamenta el reproche personal contra el autor a quien se le pudo exigir una conducta diversa a la desplegada, conociendo el carácter antijurídico de su actividad y actuar conforme a dicho conocimiento.

Ahora bien, respecto a la TENTATIVA, dentro de este sistema ya no se considera como una forma especial de aparición del delito, sino que ahora el análisis y tratamiento a la problemática que se origina en torno a este concepto surgirá dentro del estudio de la tipicidad, al contener el tipo para su configuración, tanto elementos objetivos, como subjetivos y en este caso el dolo y la culpa.

Se tendrá dentro de la acción finalista una etapa interna encontrando en este sentido similitud con la primera etapa del ITER CRIMINIS y se constituye dicha etapa por los siguientes momentos:

1.- La fijación de los fines o proposición de estos.

El sujeto activo se propondrá un determinado fin, que por alguna razón lo concibe y una vez esto;

2.- Selecciona los medios necesarios para la consecución de dicho fin y en atención a esto, la forma de realización de tal fin propuesto.

3.- La posible producción de consecuencias concomitantes o secundarias, que pueden producirse frente al fin principal.

Todo esto, se le puede representar al sujeto en base a los medios seleccionados y luego de ello resolverá, en su caso, llevar a cabo el fin propuesto al mundo externo, mediante actos ejecutivos tendientes a ello.

En la actualidad las teorías del delito tienden al modelo finalista, en la opinión dominante. Los presupuestos de la pena son los mismos en ambas teorías (aunque puedan ser definidos a veces en distinta forma) y la diferencia radica en el lugar donde se da relevancia al dolo, a la conciencia de la antijuricidad o a la infracción del deber objetivo de diligencia. El conocido argumento contra la teoría finalista de la acción y su teoría del delito, que se refiere precisamente a estas modificaciones, suele expresarse en la afirmación de que esta teoría "deja vacía la culpabilidad" y puede responderse con la afirmación contraria: que la teoría "causal" deja, por su parte, vacía la tipicidad.<sup>69</sup>

### 3. ELEMENTOS POSITIVOS DEL DELITO

#### 3.1 CONDUCTA

Todo delito está integrado por una conducta o hecho humanos, y su descripción típica esta dada por un hacer o no hacer; o bien, por un resultado material.

De acuerdo con Castellanos Tena, puede entenderse por conducta, el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito.<sup>70</sup>

---

<sup>69</sup> NOVOA MONTREAL. Causalismo y Finalismo en el Derecho Penal. 2a. ed. 1982.  
<sup>70</sup> CASTELLANOS TENA. Ob. cit. Pág. 148.

Es importante señalar que algunos autores emplean la palabra "acto" en un sentido amplio, comprendiendo los aspectos positivo "acción" y negativo "omisión" del delito, -Jiménez de Asúa-. Mientras que otros distinguen entre la acción que implica movimiento y la omisión, que significa todo lo contrario: inactividad, -Porte Fetit-, apoyándose en que únicamente la conducta sirve para designar el elemento objetivo del delito, cuando el tipo exige como núcleo una mera conducta. De esta manera, de acuerdo con la última idea, un sujeto puede realizar una conducta (acción u omisión) o un hecho (conducta más resultado).

**FORMAS DE CONDUCTA.** Quedan comprendidas la acción (hacer) y la omisión (no hacer). La acción según Antolisei es "un movimiento del cuerpo del sujeto, o de acuerdo con Cuello Calón, la acción (en sentido estricto), consiste en un movimiento corporal voluntario, o en una serie de movimientos corporales, dirigidos a la obtención de un fin determinado".<sup>71</sup>

Consideramos como elementos de la acción:

- a) La voluntad o el querer.
- b) La actividad.

La voluntad constituye el elemento subjetivo de la acción. Maggiore refiere que la voluntad es la libre determinación del espíritu (autodeterminación).

La actividad o movimiento corporal es un elemento externo, es la actividad que el agente realiza al exterior, la interna decisión.

La omisión simple consiste en el no hacer, voluntario o involuntario (culpa), violando una norma preceptiva y produciendo un resultado típico, dando lugar a "un tipo de mandamiento" o "imposición".

---

<sup>71</sup> PORTE FETIT. Ob. cit. Pág. 299.

Como elementos de la omisión podemos señalar:

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

La primera consiste en querer no realizar la acción esperada y exigida, es decir, querer la inactividad, o bien en no quererla (culpa).

La segunda es una abstención o inactividad voluntaria o involuntaria (culpa), violando una norma preceptiva, imperativa; no se hace lo que debe hacerse.

El deber jurídico de obrar consiste en una acción esperada y exigida en los delitos de omisión simple, debe estar contenida en una norma penal, es decir, estar tipificada, pues de otra manera su no realización, el no cumplimiento del deber, sería irrelevante penalmente.

Y en cuanto al resultado típico es únicamente típico, al existir un mutamiento en el orden jurídico y no material, ya que se consuma el delito, al no cumplirse con el deber jurídico ordenado por la norma penal.

Existe un delito (comisión por omisión) de resultado material por omisión, cuando se produce un resultado típico y material por un no hacer voluntario o no voluntario (culpa), violando una norma preceptiva (penal o de otra rama del derecho) y una norma prohibitiva.

Sus elementos son :

- a) **Una voluntad o no voluntad (culpa).**
- b) **Inactividad.**
- c) **Deber de obrar (una acción esperada y exigida) y deber de abstenerse.**
- d) **Resultado típico y material.**

### **3.2 TIPICIDAD**

La tipicidad es uno de los elementos esenciales del delito, cuya ausencia impide su configuración. Al respecto esta regulado en la Constitución Federal, en el artículo 14 que, "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 trata", lo cual significa que no existe delito sin tipicidad.

Hay que distinguir entre tipo y tipicidad. El tipo es la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales. La tipicidad es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto.

El profesor Fernando Castellanos, en su obra Lineamientos Elementales de Derecho Penal, describe el tipo como a veces es la descripción legal del delito y en ocasiones la descripción del elemento objetivo (comportamiento), como sucede en el homicidio, pues según el Código, lo comete "el que priva de la vida a otro".

La tipicidad es el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley. Para Celestino Porte Petit, la tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo, que se resume en la fórmula *nullum crimen sine tipo*.

Para Luis Jiménez de Asúa, la tipicidad desempeña una función predominantemente descriptiva, que singulariza su valor en el concierto de las características del delito y se relaciona con la antijuridicidad por concretarla en el ámbito penal.

Existe infinidad de clasificaciones en torno al tipo, pero las más comunes son las siguientes :

**I.- Por su composición.**

a) Normales. Cuando la ley al establecer los tipos se limita a hacer una descripción objetiva.

b) Anormales. Cuando el legislador incluye en la descripción típica elementos normativos o subjetivos. Cuando las frases usadas por el legislador tienen un significado tal, que requieran ser valoradas cultural o jurídicamente, constituyen elementos normativos del tipo (cosa ajena mueble, en el robo). Puede la descripción legal contener conceptos cuyo significado se resuelve en un estado anímico del sujeto y entonces se está en presencia de elementos subjetivos del tipo (engaño en el fraude).

**II.- Por su ordenación metodológica.**

a) Fundamentales o básicos. El tipo es básico cuando tiene plena independencia.

b) Especiales. Son los formados por el tipo fundamental y otros requisitos, cuya nueva existencia, excluye la aplicación del básico y obliga a subsumir los hechos bajo el tipo especial (homicidio en razón del parentesco).

c) Complementados. Estos tipos se integran con el fundamental, al cual nunca excluyen, y una circunstancia o peculiaridad distinta (homicidio calificado por premeditación).

**III.- Por su autonomía o independencia.**

a) Autónomos o independientes. Los que tienen vida propia, no dependen de otro tipo.

b) Subordinados. Dependen de otro tipo, al cual no complementan sino subordinan. (V.gr. homicidio en riña).

**IV.- Por su formulación.**

a) Casuística. En los cuales, el legislador no describe una modalidad única, sino varias formas de ejecutar el ilícito.

b) Amplia. En estos tipos se describe una hipótesis única, pero en ella caben todos los modos de ejecución.

V.- Por el daño que causan.

- a) De daño o de lesión. Si el tipo tutela los bienes frente a su destrucción o disminución (V.gr. fraude, homicidio).
- b) De peligro. Cuando la tutela penal protege el bien contra la posibilidad de ser dañado.

### 3.3. ANTIJURIDICIDAD

Definición. Para Javier Alba Muñoz, citado por Castellanos, "es la contradicción objetiva de los valores estatales, ... actúa antijurídicamente quien contradice un mandato del Poder".<sup>72</sup>

La antijuridicidad radica en la violación del valor o bien protegido a que se contrae el tipo penal respectivo.

El juicio de antijuridicidad comprende la conducta en su fase externa, pero no en su proceso psicológico causal; ello corresponde a la culpabilidad. La antijuridicidad es puramente objetiva, atiende sólo al acto, a la conducta externa.

### 3.4 IMPUTABILIDAD

La imputabilidad constituye un presupuesto de la culpabilidad, porque para ser culpable un sujeto, precisa que antes sea imputable. Esto es, para que un individuo conozca la ilicitud de su acto y quiera realizarlo, debe tener capacidad de entender y de querer, de determinarse en función de aquello que conoce; por tanto, la aptitud (intelectual y volitiva), constituye el presupuesto necesario de la culpabilidad.

---

<sup>72</sup> CASTELLANOS. Ob. cit. Pág. 177.

La imputabilidad es la capacidad de entender y de querer en el campo del Derecho Penal, en consecuencia, aquel que es imputable debe resultar capaz de responder del acto típico penal en que incurrió.

La responsabilidad es la situación jurídica en que se encuentra el individuo imputable de dar cuenta a la sociedad por el hecho realizado; aunque igualmente puede entenderse que son responsables, quienes habiendo ejecutado el hecho ilícito, están obligados previa sentencia firme, a responder de él. El fundamento de la responsabilidad está dado no sólo por el resultado objetivo del delito, sino también por la causalidad psíquica.

Por otro lado, cabe señalar que es preciso que la imputabilidad exista en el momento de la ejecución del hecho. Sin embargo en ocasiones el sujeto, antes de actuar, voluntaria o culposamente, se coloca en situación inimputable, y de esta manera produce el delito. A estas acciones se les llama *liberae in causa*, es decir, libres en su causa, pero determinadas en cuanto a su efecto. Al respecto el Código Penal, establece la responsabilidad penal, tratándose de las acciones libres en su causa, que excluye dichas acciones: "...a no ser que el agente hubiere provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuera previsible" (artículo 15 fracción VID).

### 3.5 CULPABILIDAD

Para Jiménez de Asúa, en amplio sentido puede definirse la culpabilidad como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica.

Castellanos Tena, considera a la culpabilidad como el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto.

La culpabilidad se ocupa de los elementos subjetivos del delito: DOLO Y CULPA, según el agente dirija su voluntad consciente a la ejecución del hecho tipificado en la ley como delito, o cause igual resultado por medio de su negligencia o imprudencia.

DOLO.- Según Eugenio Cuello Calón, el dolo consiste en la voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho que es delictuoso o simplemente en la intención de ejecutar un acto delictuoso.

Castellanos Tena, refiere que el dolo consiste en el actuar, consciente y voluntario, dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico.

En conducta dolosa se precisan dos elementos constitutivos, el intelectual y el volitivo y los alcances de los mismos permiten distinguir lo que es un "dolo directo" y un "dolo eventual".

CULPA.- Existe la culpa cuando se obra sin intención y sin la diligencia debida, causando un resultado dañoso, previsible y penado por la ley.

Dos son las especies principales de la culpa: consciente, con previsión o con representación, e inconsciente, sin previsión o sin representación. La culpa consciente existe cuando el agente ha previsto el resultado típico como posible, pero no solamente no lo quiere. sino abriga la esperanza de que no ocurrirá. La culpa es inconsciente cuando no se prevé un resultado previsible, penalmente tipificado.

Nuestro Código en el artículo 8, divide los delitos en DOLOSOS Y CULPOSOS. En el artículo 9, define cada una de las especies: "Obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal o previniendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley; y obra culposamente el que produce el resultado típico que no previo siendo previsible o previo confiando en que no se produciría, en virtud a la violación a un deber de

cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales".

### 3.6 CONDICIONALIDAD OBJETIVA

Las condiciones objetivas, se definen como aquellas exigencias ocasionales establecidas por el legislador para que la pena tenga aplicación.<sup>73</sup>

### 3.7 FUNIBILIDAD

La punibilidad puede ser apreciada desde tres puntos de vista:

- a) El merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta.
- b) La imposición concreta de la pena a quien ha sido declarado culpable de la comisión de un delito (ejercicio del *ius puniendi*).
- c) La acción específica de imponer a los delincuentes, a posteriori, las penas conducentes.

Se discute si la punibilidad posee o no el rango de elemento esencial del delito. Los grandes juristas después de amplios análisis han concluido que la punibilidad no es elemento esencial del delito, toda vez, que como señala el maestro Carrancá y Trujillo, al hablar de las excusas absolutorias, en tales causas deja de subsistir el carácter delictivo del acto y se excluyen sólo la pena, de donde se infiere que la punibilidad no es elemento esencial del delito. O al decir del doctor Celestino Porte Petit, "cuando existe una hipótesis de ausencia de condiciones objetivas de punibilidad, concurre una conducta o hecho, típicos, antijurídicos, imputables y culpables, pero no punibles en tanto no se llene la condicionalidad objetiva de punibilidad, lo cual viene a confirmar que ésta no es un elemento sino una consecuencia del delito."<sup>74</sup>

<sup>73</sup> CASTELLANOS. Ob. cit. Pág. 278.

<sup>74</sup> PORTE PETIT. Ob. cit. Pág. 277.

**ESTA TESIS NO DEBE  
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

#### **4. ELEMENTOS NEGATIVOS DEL DELITO**

##### **4.1 AUSENCIA DE CONDUCTA**

La ausencia de conducta es uno de los aspectos negativos del delito, que impide la formación de la figura delictiva, por ser la actuación humana, positiva o negativa, el sustento de todo delito. Muchos llaman a la conducta soporte naturalístico del ilícito penal.

De acuerdo con el artículo 7 del Código Penal, "delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales", por lo que ante la ausencia de conducta (acto u omisión) nada hay que sancionar.

Entre las causas impeditivas de la integración del delito por la ausencia de conducta, podemos señalar :

- a) La vis absoluta o fuerza física exterior irresistible.
- b) La vis maior o fuerza mayor.
- c) Los movimientos reflejos.

La primera, en donde la aparente conducta desarrollada como consecuencia de una violencia irresistible, no es una acción humana en el sentido valorativo del Derecho, por no existir la manifestación de voluntad, a pesar de que el sujeto sea perfectamente imputable, al poseer salud y desarrollo mentales, para comportarse en el campo jurídico penal, como persona capaz.

Mientras que en las segunda y tercera causas, opera la ausencia de conducta, porque su presencia demuestra la falta del elemento volitivo, indispensable para la aparición de la conducta que siempre es un comportamiento humano voluntario.

Difieren la vis absoluta de la vis maior, por razón de su procedencia; la primera deriva del hombre y la segunda de la naturaleza. Los actos reflejos son movimientos corporales involuntarios, si el sujeto puede controlarlos o por lo menos retardarlos, ya no funcionan como factores negativos del delito.

#### **4.2 AUSENCIA DE TIPO**

Ante la no integración de todos los elementos descritos en el tipo legal, se presenta el aspecto negativo del delito, llamado atipicidad. La atipicidad es la ausencia de adecuación de la conducta al tipo. Si la conducta no es típica, jamás podrá ser delictuosa.

Suele distinguirse entre ausencia de tipo y tipicidad; la primera se presenta cuando el legislador, inadvertida o deliberadamente, no describe una conducta que, de acuerdo con el sentir general, debería ser incluida en la lista de los delitos. La ausencia de tipicidad surge cuando existe el tipo, pero no se amolda a él la conducta dada.

Las causas de atipicidad pueden reducirse a las siguientes:

- a) Ausencia de la calidad o del número exigido por la ley en cuanto a los sujeto activo y pasivo;
- b) Si faltan el objeto material o el objeto jurídico;
- c) Cuando no se dan las referencias temporales o espaciales requeridas en el tipo;
- d) Al no realizarse el hecho por los medios comisivos específicamente señalados en la ley;
- e) Si faltan los elementos subjetivos del injusto legalmente exigidos.

En general, es causa de atipicidad, la falta de alguno de los elementos del tipo, como está contemplado en la fracción II del artículo 15 del Código Penal vigente.

#### **4.3 CAUSAS DE JUSTIFICACION .**

Las causas de justificación constituyen el elemento negativo de la antijuridicidad, las cuales pueden surgir, cuando estamos ante una conducta típica que esta en aparente oposición al Derecho, pero que, sin embargo, no sea antijurídica por mediar alguna causa de justificación.

Las causas de justificación, son aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuridicidad de una conducta típica. También se les llama justificantes, causas eliminatorias de antijuridicidad o causas de licitud.

Nuestro Código usa la expresión "causas de exclusión del delito", comprendiendo varias de naturaleza diversa.

Sin embargo, las que nos interesa examinar en este apartado, son exactamente las justificantes. Estas recaen sobre la acción realizada, son objetivas, se refieren al hecho y no al sujeto; atañen a la realización externa.

Son causas de justificación:

- a).- Legítima Defensa
- b).- Estado de Necesidad
- c).- Cumplimiento de un Deber
- d).- Ejercicio de un Derecho
- e).- Obediencia Jerárquica

#### **a).- LEGITIMA DEFENSA**

Jiménez de Asúa, refiere que la legítima defensa es la repulsa de una agresión antijurídica, actual o inminente, por el atacado o tercera persona contra el

agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporcionalidad de los medios. <sup>75</sup>

La legítima defensa esta contemplada en nuestro derecho en el artículo 15 fracción IV, primer párrafo del Código Penal, la que contempla que: "Se repela una agresión, real, actual, o inminente, y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quién se defiende".

Del concepto anterior, se desprende que por repeler se entiende rechazar, impedir, evitar. Por agresión, la conducta de un ser que amenaza lesionar intereses jurídicamente protegidos. Real, implica lo hipotético o imaginario. Lo actual o inminente se refiere a lo presente o muy próximo. Pero no bastan los conceptos anteriores para colocarnos en una legítima defensa, es necesario que ésta sea, sin derecho; esto es, antijurídica, contraria a las normas objetivas dictadas por el Estado. Y que dicha agresión amenace bienes jurídicamente tutelados, pertenecientes al que se defiende, o a terceros a quienes se protege. Además de que debe existir necesidad de la defensa, racionalidad de los medios empleados, y la no provocación dolosa suficiente e inmediata, por parte del agredido o de la persona a quien se salvaguarda.

Nuestra ley prevé dos casos, en donde se presume la existencia de la legítima defensa. El párrafo segundo de la fracción IV del citado artículo establece: "se presumirá como legítima defensa, salvo prueba en contrario, el hecho de causar daño a quien por cualquier medio trate de penetrar, sin derecho, al hogar del agente, al de su familia, a sus dependencias, o a los de cualquier persona que tenga la obligación de defender, al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación; o bien, lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión".

---

<sup>75</sup> JIMENEZ DE ASUA. La Ley y el Delito. Ob. cit. Pág. 191.

Las presunciones de legítima defensa son iuris tantum, es decir pueden admitir prueba en contrario.

Por otro lado existe exceso de legítima defensa cuando el agredido va más allá de lo necesario para repeler la agresión. Al decir de Soler, cuando hay una intensificación innecesaria de la acción inicialmente justificada, o que de acuerdo con la ley sustantiva, en el artículo 16, quien se exceda en los casos de legítima defensa, estado de necesidad, cumplimiento de un deber, o ejercicio de un derecho, se le impondrá la pena del delito culposo.

#### **b).- ESTADO DE NECESIDAD.**

Según Cuello Calón, el estado de necesidad es el peligro actual o inmediato para bienes jurídicamente protegidos, que sólo puede evitarse mediante la lesión de bienes también jurídicamente tutelados, pertenecientes a otra persona.<sup>76</sup>

La doctrina discute la naturaleza jurídica del estado de necesidad, señalando, que es indispensable distinguir si los bienes en conflicto, son de igual o de diferente valor; pero nuestra ley ha definido al respecto, que puede tratarse de un bien jurídico de menor o igual valor que el salvaguardado.

Podemos señalar que el estado de necesidad se distingue de la legítima defensa, en que el primero constituye en sí mismo una acción o ataque, en tanto que la defensa es reacción contra el ataque. Además de que en el estado de necesidad la lesión es sobre bienes de un inocente, en la legítima defensa recae sobre bienes de un injusto agresor.

El estado de necesidad esta regulado, en nuestro Código Penal, también en el artículo 15, cuyo texto reformado, establece en la fracción V: "se obre por la

---

<sup>76</sup> CUELLO CALON, Eugenio. Derecho Penal. Edit. Nacional. México. 1976. Pág. 202.

necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo".

Pavón Vasconcelos<sup>77</sup>, señala como elementos del estado de necesidad:

- a).- Un peligro, real, grave e inminente.
- b).- Este peligro debe recaer sobre algunos bienes jurídicos.
- c).- Que el peligro no haya sido ocasionado dolosamente.
- d).- Que se destruya o lesione un bien protegido por el derecho.
- e).- La no existencia de otro medio practicable y menos perjudicial.

Los casos específicos del estado de necesidad son:

- 1.- El aborto terapéutico, y
- 2.- El robo de fámélico.

El primero encuentra su regulación en el artículo 334, que dispone "no se aplicará sanción: cuando de no provocar el aborto, la mujer embarazada corra peligro de muerte, a juicio del médico que la asista, oyendo éste el dictamen de otro médico, siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demora".

Consideramos que tal hipótesis no era necesario que se reglamentara por separado, por caer perfectamente dentro de la amplia fórmula de la fracción V del artículo 15.

El segundo caso específico del estado de necesidad, denominado también de indigente, encuadra igualmente en el contenido de la fracción V del artículo 15, el cual está contemplado en el artículo 379, que dice: "No se castigará al que, sin emplear engaño ni medios violentos, se apodera una sola vez de los objetos

---

<sup>77</sup> PAVON. Ob. cit. Págs. 326 a 328.

estrictamente indispensables para satisfacer sus necesidades personales o familiares de momento".

c).- CUMPLIMIENTO DE UN DEBER y

d).- EJERCICIO DE UN DERECHO.

Ambas justificantes se encuentran establecidas en la fracción VI del multicitado artículo, como causas de exclusión del delito: "La acción o la omisión se realizan en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho, y que esto último no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro".

Dentro de estas hipótesis (derecho o deber), puede comprenderse, como formas específicas, las lesiones y el homicidio cometidos en los deportes o como consecuencia de tratamientos médico quirúrgicos. Esto es, en algunos deportes como el pugilato, al deportista le es permitido lesionar a su contrario para vencerlo por la superioridad de sus golpes lesivos o por ponerlo fuera de combate en estado conmocional; como aquí la intencionalidad y la finalidad lesiva existen, se funda la justificación en la ausencia de la antijuridicidad del acto, por el reconocimiento que de estos deportes hace el Estado, en las autorizaciones que concede para su práctica y en el fomento que les otorga para su enseñanza, en algunos institutos oficiales.

Por lo que hace a las lesiones consecutivas de tratamientos médico quirúrgicos, encuentran su justificación en el reconocimiento que el Estado, en las diferentes actividades, hace de la licitud de las intervenciones curativas y estéticas, o por la justificación desprendida de obrar en estado de necesidad para evitar un mal mayor.

#### **e).- OBEDIENCIA JERARQUICA**

Cuando el subordinado carece del poder de inspección y legalmente tiene el deber de obedecer, surge la única hipótesis de la obediencia jerárquica constitutiva de una verdadera causa de justificación y no de una no exigibilidad de otra conducta.

La justificación por obediencia jerárquica, se equipara a la de cumplimiento de un deber.

Actualmente con la reformas publicadas en el Diario Oficial del 10 de Enero de 1994, la fracción que hacía referencia textual sobre esta causa de justificación, ha quedado derogada.

#### **4.4 CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD**

La inimputabilidad constituye el elemento negativo de la imputabilidad. Las causas de inimputabilidad son todas aquellas capaces de anular o neutralizar, ya sea el desarrollo o la salud de la mente, en cuyo caso el sujeto carece de aptitud psicológica para la delictuosidad.

Tratándose de la inimputabilidad son admisibles tanto las excluyentes legales como las llamadas supra legales.

El artículo 15 del Código Sustantivo de la materia, establece en la fracción VII, "Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender, el carácter ilícito de aquél, o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiere provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible".

La fracción transcrita abarca dos grandes hipótesis:

- a) Trastorno Mental
- b) Desarrollo intelectual retardado

El trastorno mental consiste en la perturbación de las facultades psíquicas. La actual formula legal al respecto comprende los trastornos mentales transitorios o permanentes, así como a aquellos sujetos sordomudos o ciegos con desarrollo intelectual retardado que les impida comprender el carácter ilícito del hecho, o conducirse de acuerdo con esa comprensión, aún cuando no presenten un verdadero trastorno mental.

Es de concluirse que los protegidos por estas eximentes, deben quedar al margen de toda consecuencia represiva por haber realizado el hecho penalmente tipificado sin capacidad de juicio y decisión. Sin embargo se admite que el Estado adopte determinadas medidas, que no son propiamente penas, para la atención de tales sujetos, sobre todo, para la debida protección de la comunidad. Al respecto el artículo 67 del Código Penal, dispone que el Juzgador dispondrá, en el caso de los inimputables, la medida de tratamiento aplicable en internamiento o en libertad, previo al procedimiento correspondiente.

Comunmente se afirma en nuestro medio, que los menores de 18 años son inimputables y, por lo mismo, cuando realizan comportamientos típicos del derecho penal, no se configuran los delitos respectivos. Sin embargo consideramos que con base en la efectiva capacidad de entender y de querer y en virtud de ese mínimo de salud y desarrollo de la mente, no siempre será inimputable el menor de 18 años. Hay códigos en donde la edad límite es diferente.

#### **4.5 CAUSAS DE INculpABILIDAD**

La inculpabilidad opera al hallarse ausentes los elementos esenciales de la culpabilidad: conocimiento y voluntad.

Siguiendo al jurista Castellanos Tena, las causas de inculpabilidad son el error esencial de hecho, que ataca el elemento intelectual, y la coacción sobre la voluntad, que afecta el elemento volitivo. <sup>78</sup>

**ERROR-** El error es un falso conocimiento de la verdad. El error se divide en:

- a) Error de hecho y
- b) Error de derecho.

#### **a) ERROR DE HECHO**

También denominado error esencial, en el cual el sujeto actúa antijurídicamente creyendo actuar jurídicamente, es decir, hay un desconocimiento de la antijuridicidad de su conducta y por ello, constituye el aspecto negativo del elemento intelectual del dolo.

#### **b) ERROR DE DERECHO**

Este no produce efecto de exclusión del delito, por que el equivocado concepto sobre la significación de la ley no justifica ni autoriza su violación. La ignorancia de las leyes a nadie aprovecha.

Ahora, con la reforma penal, se reglamenta expresamente entre las causas de exclusión del delito, el error esencial de hecho, la nueva fracción VIII del artículo 15, señala: "Se realiza la acción o la omisión bajo un error invencible: a) Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; ó b) Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea por que el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o por que crea que está justificada su conducta...".

La fracción en la primera parte, se refiere al llamado error de tipo, pues alude al error invencible respecto de alguno de los elementos esenciales de la descripción legal. En la segunda, consagra el error de licitud, también denominado

---

<sup>78</sup> CASTELLANOS. Ob. cit. Pág. 270.

**error de permisión o de prohibición, ya que por un error invencible el autor cree lícito su comportamiento, acorde con el derecho.**

**En resumen, las causas de inculpabilidad están constituidas por :**

- A) El error esencial de hecho, y**
- B) La coacción sobre la voluntad.**

**ERROR ESENCIAL DE HECHO.** La doctrina denomina a las situaciones en donde existe este tipo de error como **EXIMENTES PUTATIVAS**, entendiéndose por tales, las circunstancias en las cuales el agente, por un error esencial de hecho insuperable cree, fundadamente, al realizar un hecho típico del Derecho penal, hallarse amparado por una justificante, o ejecutar una conducta atípica permitida, lícita, sin serlo.

**LA NO EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA.** Se trata de infracciones culpables cuyo sujeto, por una indulgente comprensión de la naturaleza humana y de los verdaderos fines de la pena, puede ser eximido de las sanciones que se reservan para la perversidad y el espíritu egoísta y antisocial.

#### **4.6 FALTA DE EXCUSAS OBJETIVAS**

La condicionalidad objetiva puede o no estar contenida en la descripción legal de un delito, por lo que si está presente se considera como parte integrante del tipo; pero si falta en él, constituye entonces mero requisito ocasional y, por ende, accesorio, fortuito. Muy raros delitos tienen penalidad condicionada.

**La condicionalidad objetiva no constituye elemento esencial del delito.**

#### **4.7 EXCUSAS ABSOLUTORIAS**

Estas constituyen el factor negativo de la punibilidad. Son aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena.

En presencia de una excusa absolutoria, los elementos esenciales del delito permanecen inalterables, sólo se excluye la posibilidad de punición.

Algunas especies de las excusas absolutorias son:

- a) Excusa en razón de la mínima temibilidad, establecido en el artículo 375 del código de la materia.
- b) Excusa en razón de la maternidad consciente. Previsto en el artículo 333 del ordenamiento citado.
- c) Excusas por inexigibilidad. Véase los artículos 151 y 280 fracción II último párrafo.

#### **5. TENTATIVA ACABADA Y TENTATIVA INACABADA**

Se han distinguido en nuestra ley penal, dos formas de la tentativa. De esta manera, se habla de tentativa acabada o delito frustrado, cuando el agente emplea todos los medios adecuados para cometer el delito y ejecuta los actos encaminados directamente a ese fin, pero el resultado no se produce por causas ajenas a su voluntad. Mientras que en la tentativa inacabada o delito intentado, se verifican los actos tendientes a la producción del resultado, pero por causas extrañas, el sujeto omite alguno (o varios) y por eso el evento no surge; hay una incompleta ejecución.

Por su parte, el maestro Cuello Calón, distingue a la tentativa en sentido estricto cuando se comienza la ejecución de un delito y se realizan alguno o algunos de sus actos constitutivos, pero sin llegar al último acto de ejecución, y al delito frustrado cuando el agente ejecuta todos los actos propios y característicos del delito

de modo que éste queda materialmente ejecutado, pero sin que el resultado responda a la intención de aquél por causas independientes de su voluntad".<sup>79</sup>

El delito frustrado es una figura sutilmente distinguida por Romagnosi de la tentativa, que no se admite unánimemente. En la tentativa la ejecución es incompleta, y por esto el resultado no llega a realizarse. En el delito frustrado la ejecución es completa y, sin embargo, el resultado no se produce por mero accidente. Es completo en la ejecución subjetiva, e incompleto en la objetiva; mientras la tentativa es un delito incompleto tanto en una como en otra ejecución.

Como otros Códigos de lengua española, el Código penal español admite el delito frustrado, y lo define así: "Hay delito frustrado cuando el culpable practica todos los actos de ejecución que debieran producir como resultado el delito y, sin embargo, no lo producen por causas independientes de la voluntad del agente".<sup>80</sup>

En nuestra legislación, se prevén ambas formas de tentativa, las cuales se encuentran penadas en forma expresa; salvo cuando el sujeto se desista en forma voluntaria o se arrepienta de su objetivo, al suspender voluntariamente la ejecución de uno o varios de los actos, tendientes a la consumación de un delito, surgiendo entonces la imposibilidad de punición, ya que de acuerdo con el artículo 12 del Código sustantivo, para que la tentativa sea sancionable precisa que la resolución de cometer el delito se exteriorice realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquél se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente. En consecuencia, la tentativa en cualquiera de sus formas sólo será punible cuando la consumación plena del delito se omita por causas ajenas al querer del sujeto.

Tanto en la fase de tentativa como en la de frustración, puede el sujeto detenerse o volver atrás, y su conducta debe ser favorecida con una excusa total o

---

<sup>79</sup> CUELLO. Ob. cit. Pág. 644.

<sup>80</sup> JIMENEZ DE ASÚA. La Ley y el Delito. Ob. cit. Pág. 483.

atenuación de la pena por razones de política criminal. Si tal ocurre en la tentativa, tiene lugar la figura del desistimiento voluntario, que produce la impunidad; si en el delito frustrado o en el consumado, la del llamado arrepentimiento activo cuando el autor procura destruir o disminuir los efectos de su delito.

"Muchos Códigos penales, y sobre todo el español y los hispanoamericanos -excepción hecha del chileno- contienen preceptos relativos al desistimiento, puesto que al definir la tentativa dicen que es condición de ésta que no realice todo lo necesario a la consumación del mismo, por causa que no sea propio y voluntario desistimiento, o por causas independientes de su voluntad".<sup>81</sup>

Por su parte, Maggiore<sup>82</sup>, expone en su obra "Derecho Penal", al desistimiento voluntario y al arrepentimiento activo, señala que tratase del primero cuando la voluntad del agente obre antes que se haya cumplido la acción, y que se tiene el llamado arrepentimiento activo cuando la voluntad, ya cumplida la acción, logra solo impedir el resultado.

Cabe aclarar, como lo hace el jurista italiano, que si el culpable desiste voluntariamente de la acción, no hay tentativa punible; pero si los actos realizados por el agente constituyen una infracción distinta, quedará sometido a la pena establecida por la ley para esos actos.

El desistimiento voluntario tiene naturaleza subjetiva y, por lo tanto, no debe favorecer a los coparticipes, a menos que cada uno de ellos se hayan desistido por cuenta propia.

El desistimiento voluntario excluye la punibilidad de la tentativa, porque este por sí mismo demuestra la falta en el sujeto de la capacidad para delinquir. Se tiene desistimiento, en sentido técnico, cuando el sujeto interrumpe la

---

<sup>81</sup> JIMENEZ DE ASÚA. La Ley y el Delito. Ob. cit. Pág. 484.

<sup>82</sup> MAGGIORE. Ob. cit. Pág. 84.

conducta criminosa, que, por consiguiente, aún no se debe haber realizado en su totalidad. Para que el desistimiento excluya la punibilidad de la tentativa, es menester que sea voluntario. Y es voluntario cuando, aun sin ser espontáneo, es decir, fruto de arrepentimiento en sentido propio, es determinado por motivos internos del sujeto, como consecuencia de una decisión suya.<sup>83</sup>

Y por lo que hace al arrepentimiento eficaz o activo, este se presenta cuando la acción se ha realizado, pero no se ha verificado aún el resultado, y consiste en el impedimento voluntario de ese resultado, por parte del agente mismo.

"Francisco H. Pavón Vasconcelos, define el arrepentimiento eficaz o activo, como la actividad voluntaria realizada por el autor, para impedir la consumación del delito, una vez agotado el proceso ejecutivo capaz, por sí mismo, de lograr dicho resultado".<sup>84</sup>

El maestro Castellanos Tena, señala que no es lo mismo el arrepentimiento activo o eficaz que el *post factum*. En el primero se evita el resultado y por ende no es dable punir la tentativa; en el segundo surge el resultado, porque tal arrepentimiento deviene una vez consumado el delito, por lo que no se excluye la punibilidad.

En el caso del desistimiento voluntario, señala Cuello Calón<sup>85</sup>, que es una manifestación de falta de peligrosidad en el agente o de su menor peligrosidad. El mismo debe ser bien admitido sin estimarse si está inspirado en móviles buenos y morales (v.gr., el arrepentimiento) o de conveniencia (v.gr., por miedo a la pena).

---

<sup>83</sup> RANIERI. Ob. cit. Pág. 71.

<sup>84</sup> Cfr. CASTELLANOS. Ob. cit. Pág. 290.

<sup>85</sup> CUELLO. Ob. cit. Pág. 649.

## 6. DELITO IMPOSIBLE

El delito imposible es distinto a la tentativa acabada o delito frustrado, así como también del delito putativo o imaginario. En el primero, no se produce el resultado, pero no por causas ajenas a la voluntad del agente, sino por ser imposible; es decir, no se realiza la infracción de la norma por imposibilidad material, ya sea por inidoneidad de los medios empleados o por la inexistencia del objeto del delito. Por su parte, en el delito putativo no hay infracción a la ley penal por imposibilidad jurídica, ya que la norma no existe.

Respecto al delito imposible, los clásicos invocan la completa ausencia de peligro objetivo, en este caso no se concibe la existencia de tentativa, afirmaba Rossi, pues no puede haber principio de ejecución en lo que es imposible de realizar. También Feurbach y Mittermeier, argüían que en un delito imposible de ejecutar no se concibe la tentativa; sin embargo distinguían entre la tentativa absolutamente y la relativamente imposible, sólo ésta estimaban punible; y la medida para diferenciar la impunidad absoluta de la relativa es el criterio del juez.<sup>86</sup>

De acuerdo con las doctrinas objetivas, "sistema seguido por la dogmática clásica, el daño es un elemento esencial en el delito, dividiéndose aquél en inmediato o directo, que consiste en el mal sensible ocasionado por la violación del Derecho, y mediato o moral, que está constituido por la amenaza contra los buenos. El peligro es, pues, un elemento fundamental de la tentativa. Sobre esta base se sienta toda la doctrina del delito imposible: según que haya o no peligro, así será o no punible la tentativa, y la idea del peligro, aplicada a la idoneidad, divide a ésta en absoluta y relativa. La absoluta tiene lugar cuando los medios adoptados o el objeto sobre el cual aquellos medios actuaban, hacen imposible, por ley natural, la realización del resultado propuesto, como en el caso del envenenamiento con sustancias inofensivas. La relativa se verifica cuando los medios o el objeto tenían en sí mismos una idoneidad general para que el resultado se hubiese producido, pero no

---

<sup>86</sup> CUELLO. Ob. cit. Pág. 647.

tenían, debido a circunstancias particulares, la virtud suficiente para producirlo en un caso concreto".<sup>87</sup>

La tentativa imposible origina la impunidad del agente y como la ausencia de castigo en caso de sujetos realmente peligrosos pudiera ser perjudicial para la colectividad, se propuso su sumisión a medida de seguridad. Ésta fue la solución adoptada por el código penal italiano (artículo 49).

Conforme a la teoría subjetiva, la tentativa se castiga en cuanto significa una manifestación de voluntad; cualquiera que sea el resultado debe castigarse, pues en todo caso revela una intención criminal.

"El peligro, según von Buri, es una pura abstracción objetiva. La esencia de la tentativa es la voluntad de producir un determinado efecto jurídico, y en defecto del peligro, debe basarse el juez en la voluntad del agente".<sup>88</sup>

La teoría subjetiva es la que más armoniza con el derecho penal moderno de tipo marcadamente subjetivista. No obstante, su alcance no puede extenderse al castigo de los hechos preparatorios y menos todavía a las resoluciones criminales aun a las plenamente comprobadas, requiere, para la punibilidad del agente, un principio de exteriorización de actos ejecutivos, pues sin éste no puede hablarse de tentativa, más exige, por parte del juzgador, también una valoración cuidadosa de la peligrosidad manifestada en el sujeto, de la gravedad del hecho ilícito y del grado de culpabilidad del agente.

Para el gran jurista Castellanos Tena, el delito putativo y el imposible no deben punirse, ni en grado de tentativa ni de supuesta consumación, ya que en el delito imaginario no existe delictuosidad intrínseca sino ficticia, y en el delito

---

<sup>87</sup> JIMENEZ DE ASUA. *La Ley y el Delito*. Ob. cit. Pág. 488.

<sup>88</sup> *Ibidem*.

imposible no entraña en la ejecución de la conducta, capacidad de producir el delito, ni la omisión de la adecuada para evitarlo.<sup>89</sup>

Nuestra ley en su artículo 12, no contempla al delito putativo ni al delito imposible, ya que si bien es cierto, en el citado artículo no se define a la tentativa, sólo se precisa cuando surge la tentativa punible, que es la que interesa al derecho penal, la cual se manifiesta ante la resolución de cometer un delito, es decir, ante el acto u omisión que sancionan las leyes penales, al realizar los actos ejecutivos que deberían producir el resultado (el delito) u omitiendo los que deberían evitarlo, siempre y cuando, el ilícito no se consume por causas ajenas a la voluntad del agente. Es por lo anterior, que si estamos ante un delito imposible, no se producirá el resultado, pero no por causas ajenas a la voluntad del agente, sino por imposibilidad material. Mientras que en el delito putativo no habrá infracción a la ley penal por imposibilidad jurídica, ya que la norma no existe.

---

<sup>89</sup> CASTELLANOS. Ob. cit. Pág. 291.

## CAPITULO IV LA TENTATIVA Y LOS DELITOS GRAVES

### LA PROCEDENCIA DE LA LIBERTAD PROVISIONAL TRATANDOSE DE TENTATIVA DE DELITO GRAVE

Para arribar al tema central de nuestro trabajo es necesario precisar qué es el delito, cuáles fueron considerados por el legislador como delitos graves, qué es la libertad provisional bajo caución y cuáles son las circunstancias y requisitos ante las que procede, tomando en consideración la ley y los diversos criterios que se manejan en el mundo fáctico de la vida jurídica, para determinar si es procedente o no la libertad provisional tratándose de la tentativa de delitos graves, tales como robo, violación y homicidio.

#### 1. CONCEPTO GRAMATICAL DE DELITO

La palabra delito, siguiendo a Castellanos Tena, deriva del verbo latino delinquere, que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley.<sup>90</sup>

Etimológicamente, según Cabanellas, el vocablo delito proviene de la similar latina "delictum", expresión calificadora de un hecho antijurídico y doloso sancionado por una pena.<sup>91</sup>

El "delictum" se impuso dentro del vocabulario jurídico del Derecho romano, como la acción que infringe la obligación ética asumida por la ley del Estado. El significado corriente era el de resbalar, tropezar, cometer una falta; el derecho lo eligió para designar la acción delictual, y su empleo en lugar de crimen

<sup>90</sup> CASTELLANOS. Ob. cit. Pág. 125.

<sup>91</sup> CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo III. Edit. Heliasta. 20a.ed. Argentina.

fue oportuno, porque no tenía una directa referencia al aspecto ético, y así se prestaba para el uso neutral que hace la ciencia jurídica.

Actualmente, algunas ramas del conocimiento humano han tratado de conceptualizar al delito. De esta manera, la filosofía lo estima como la violación de un deber, necesario para el mantenimiento del orden social, cuyo cumplimiento encuentra garantía en la sanción penal.

La sociología lo describe como un fenómeno o hecho natural, resultado necesario de factores hereditarios, de causas físicas y de fenómenos sociológicos, identificándolo como la acción antisocial y dañosa.

En delito es en términos generales, el quebrantamiento de una ley imperativa. El proceder o la abstención que lleva anejo una pena. Más técnicamente, es el cumplimiento del presupuesto contenido en la ley penal, que el delincuente, el autor del delito o partícipe responsable de él, no viola, sino que observa.

Podemos concluir que delito, es la actividad humana -acción u omisión-, intencional o culposa, que causa o intenta causar daño a intereses legalmente protegidos y que generalmente acarrea sanciones de diversa índole, personales o económicas, previstas por la ley penal.

## 2. CONCEPTO JURIDICO DE DELITO

El delito, a través del tiempo, ha sido entendido como una valoración jurídica, objetiva o subjetiva, la cual encuentra sus fundamentos en las relaciones necesarias que surgen entre el hecho humano contrario al orden ético-social y su especial estimación legislativa.

De esta manera, la ESCUELA CLASICA a través de Francisco Carrara, define al delito como "la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la

seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso".<sup>92</sup>

La ESCUELA SOCIOLOGICA o POSITIVA, estructuró una noción de delito natural, al definirlo su principal exponente -Rafael Garofalo- como "la violación de los sentimientos altruistas de probidad y de piedad, en la medida media indispensable para la adaptación del individuo a la colectividad".<sup>93</sup>

Sin embargo, el maestro Ignacio Villalobos considera que de haber una noción sociológica del delito, no sería una noción inducida de la naturaleza y que tendiera a definir al delito como hecho natural, que no lo es, sino como concepto básico, anterior a los códigos, que el hombre adopta para calificar las conductas humanas y formas los catálogos legales.<sup>94</sup>

Partiendo del punto de vista jurídico, se han elaborado definiciones de tipo formal y de carácter sustancial.

La noción formal del delito caracteriza a éste porque siempre existe la amenaza de sanción a ciertos actos u omisiones. De esta manera, nuestro Código

Penal, al hacer consistir al delito en el acto u omisión que sancionan las leyes penales (artículo 7), es un concepto puramente formal. Las nociones formales no penetran en la verdadera naturaleza del mismo, por no hacer referencia a su contenido.

El concepto sustancial del delito sólo puede obtenerse, dogmáticamente, del total ordenamiento jurídico penal. Dos son los sistemas principales para realizar el estudio jurídico-esencial del delito: el unitario o totalizador y el atomizador o analítico. El primer sistema considera al delito como un todo orgánico, el cual puede

---

<sup>92</sup> PAVON. Ob. cit. Pág. 164.

<sup>93</sup> CASTELLANOS. Ob.cit. Pág. 126.

<sup>94</sup> VILLALOBOS, Ignacio. Derecho Penal Mexicano. Edit. Porrúa. 39a. ed. México, 1975. Págs. 199-200.

presentar aspectos diversos, pero no es en algún modo fraccionable, su esencia radica en el todo y en su intrínseca unidad. La concepción analítica o atomizadora estudia el delito desistegrandolo en sus propios elementos, considerándolos en conexión íntima al existir una vinculación indisoluble entre ellos, en razón de la unidad del delito; surgiendo de esta forma las concepciones biatómicas, tritómicas, tretratómicas, pentatómicas, hexatómicas, heptatómicas, etcétera.

Algunas definiciones formales de delito son las siguientes:

\* **Antolisei Francesco.**- "Es delito aquel comportamiento humano que, a juicio del legislador, contrasta con los fines del Estado y exige una pena criminal como sanción".

\* **Alimena.**- "Una vez escrita la ley, es delito todo hecho prohibido, bajo amenaza de una pena".

\* **Brusa.**- "Es delito una acción u omisión moralmente imputable al hombre, con la que infringe el derecho, garantizado con pena por la ley jurídica promulgada para la seguridad general de los ciudadanos".

\* **Carmignani.**- "Es delito la infracción de las leyes del Estado protectoras de la seguridad privada y pública, mediante un hecho humano cometido con intención directa y perfecta.

\* **Carnelutti.**- "Bajo el perfil jurídico, es un hecho que se castiga con la pena mediante el proceso".

\* **Durkheim.**- "Es un acto que ofende ciertos sentimientos colectivos, dotados de una energía y de una previsión particulares".

- \* **Ferri.**- "Son delitos las acciones determinadas por motivos individuales y antisociales que alteran las condiciones de existencia y lesionan la moralidad media de un pueblo en un momento determinado.
- \* **Feurbach.**- "Es delito la sanción contraria al derecho de otro conminada por una ley penal".
- \* **Grispigni.**- "Es delito aquella conducta que hace imposible o pone en grave peligro la convivencia y la cooperación de los individuos que constituyen la sociedad: conducta humana correspondiente al tipo descrito por una norma penal".
- \* **Jhering.**- "Es delito el riesgo de las condiciones vitales o de la sociedad que, comprobado por parte de la legislación, solamente puede prevenirse por medio de la pena".
- \* **Impallomeni.**- "El delito es un acto prohibido por la ley con la amenaza de una pena, para la seguridad del orden social constituido en el Estado".
- \* **Maggiore.**- "Delito (reato) (aparte de delito natural) es toda acción que el legislador, en un momento histórico dado, considera dañosa o peligrosa para el orden constituido y por tanto merecedora de aquella grave sanción que es la pena".
- \* **Manzini.**- "El delito (reato) considerado en su noción formal (concepto), es el hecho individual con que se viola un precepto jurídico provisto de aquella sanción específica de corrección indirecta que es la pena en sentido propio".
- \* **Mendelshon.**- "La infracción es el hecho biológico, psicológico, social o mixto, proveniente de la relación antagonista de la pareja penal (infractor-victima), sancionado por las leyes represivas".

- **Mouton.-** "Violación de aquella parte de seguridad y de fe pública que en una sociedad civilizada dispensa al hombre de la eterna vigilancia y de la defensa continua a que se vería obligado si fuera salvaje".
  
- **Ortolán.-** "Es toda acción o inacción exterior que vulnera la justicia absoluta cuya represión importa para la concepción o el bienestar social, que ha sido de antemano definida y la ley le ha impuesto pena".
  
- **Ramos.-** "El delito es la violación de la norma que da origen a la ley penal, norma que recoge los elementos constitutivos de medida media del sentimiento colectivo".
  
- **Richter.-** "Una lesión de los derechos ajenos que resulta de la leve voluntad y mal intención".
  
- **Ranieri.-** "Delito es el hecho humano previsto de modo típico por una norma jurídica sancionada con pena en sentido estricto (pena criminal) lesivo o peligroso para los bienes o intereses considerados merecedores de la más enérgica tutela y expresión reprochable de la personalidad del agente, tal cual es en el momento de su comisión".
  
- **Rossi.-** "Para nosotros el elemento esencial del delito es el quebrantamiento de un deber".
  
- **Rousseau:** "Todo malhecho ataca el derecho social, se hace por sus malas acciones traidor a la patria y deja de ser miembro de ella violando sus leyes y aún haciéndole la guerra".
  
- **Roux.-** "La manifestación de voluntad obrando contra el Derecho".
  
- **Saldaña.-** "Delito es el ataque al régimen social en sus instituciones fundamentales".

▪ **Stoppato.**- "Una agresión intencional y voluntaria que impide o turba la afectación de los fines naturales y sociales del hombre".

Son conceptos substanciales del delito:

▪ **Beling.**- "Delito es toda acción típica, antijurídica, culpable, cubierta con una sanción penal, adecuada a la culpabilidad y que llene las condiciones legales de punibilidad".

▪ **Cuello Calón.**- "La acción humana antijurídica, típica, culpable y punible.

▪ **Díaz de León.**- "Delito es la acción típica, antijurídica, culpable y punible".

▪ **Jiménez de Asúa.**- "El delito como el acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad y que se halla conminado con una sanción penal.

▪ **Florián.** "Un hecho culpable, del hombre, contrario a la ley, conminado por la amenaza penal".

▪ **Liszt.**- "El delito es un acto culpable, contrario al derecho y sancionado con una pena".

▪ **Mayer.**- El delito es un acontecimiento típico, antijurídico e imputable.

▪ **Mezger.**- "Delito es la acción típicamente antijurídica y culpable".

▪ **Soler.**- "Delito es una acción típicamente antijurídica, culpable y adecuada a una figura legal conforme a las condiciones objetivas de ésta".

Por otro lado, en el DERECHO POSITIVO MEXICANO el concepto del delito, también se ha modificado, puesto que primeramente, en el Código Penal de

1871 se estableció que "delito es la infracción voluntaria de una ley penal, haciendo lo que ella prohíbe o dejando de hacer lo que manda" (artículo 4).

De donde se pueden apreciar como vicios:

- a) El delito no es la infracción de la ley penal, sino de los principios que forman esa ley; y no es esa ley la que el delincuente viola, sino el precepto jurídico cuya sanción establece ella.
- b) El término voluntario, no se puede entender intencional en este caso, sino en el sentido de consciente y libre.

Posteriormente, el Código Penal de 1929, estableció que "el delito es la lesión de un derecho protegido legalmente por una sanción penal" (artículo 11).

Finalmente en el Código Penal vigente expedido en 1931, con observancia en el Distrito Federal para el Fuero Común, y en toda la República para el Fuero Federal, se precisa en el artículo 7o.: "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales".

El concepto anterior puede entenderse como la conducta, que se constituye por el acto o la omisión, y que constituye delito al ser reprobada o rechazada mediante la amenaza de una pena, a través de las leyes penales.

Sin embargo, consideramos que no reporta ninguna utilidad la definición de delito, toda vez que si en la parte especial del código penal se reglamentan conductas o hechos constitutivos de delito, carece de sentido establecer el concepto de éste en la parte general del mismo ordenamiento. Por otra parte, estar sancionado un acto con una pena no conviene a todo lo definido; hay delitos que gozan de una excusa absolutoria, y no por ello pierden su carácter delictuoso. Cabe también considerar que abundan las infracciones administrativas, disciplinarias o que revisten el carácter de meras faltas, las cuales se hallan sancionadas por la ley con pena, sin ser delitos.

Jurisprudencialmente, también se ha delimitado la noción jurídica del delito:

*"No puede haber delito sin que concurran el elemento objetivo con el subjetivo, o sea la intención de ejecutar el acto sancionado por la ley, la voluntad consciente, libre de toda coacción, de infringir la ley penal (A.J., t.V, pág.344). El delito consiste en un acto antisocial y antijurídico, que es una negación del derecho y está sancionado con una pena y causa una perturbación social (A.J., t.II, pág.695). El artículo 19 Constitucional, al hablar de que en todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión, se refiere a los hechos tipificados en la ley penal como delictuosos por infracción de la norma, y no a la denominación que les da el Código Penal (A.J., T.XX, Pág. 100)."*<sup>95</sup>

### 3. DELITOS GRAVES

El tres de septiembre de 1993 y el diez de enero de 1994, se publicaron en el Diario Oficial de la Federación diversas reformas a la legislación penal, con el propósito de actualizar las leyes penales, entre las cuales nosotros sólo aludiremos a las que hacen referencia el artículo 20 en su fracción primera de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y a las de los artículos 268 y 556 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal; atendiendo a qué conductas la ley consideró como delitos graves y la importancia de los mismas al momento de solicitar la libertad provisional, cuando el inculcado es acusado por un delito de esta naturaleza.

Para ello, el legislador se dio a la tarea de precisar los delitos que, por afectar de manera importante valores fundamentales de la sociedad, se calificaron como delitos graves, tanto a nivel federal como del fuero común y que por ende no les es aplicable el beneficio de la libertad caucional. Esta clasificación quedó

<sup>95</sup> CARRANCA Y TRUJILLO. Código Penal Anotado. Ob. cit. Pág. 35.

plasmada en los artículos 194 y 268 de los Códigos de Procedimientos Penales para el fuero federal y para el Distrito Federal, respectivamente. Esta última regulación a través de su último párrafo prevé: "... Para todos los efectos legales, por afectar de manera importante valores fundamentales de la sociedad, se califican como delitos graves los siguientes: Homicidio por culpa grave previsto en el artículo 60 párrafo tercero; terrorismo previsto en el artículo 139 párrafo primero; sabotaje previsto en el artículo 140 párrafo primero; evasión de presos previsto en los artículos 150 con excepción de la parte primera del párrafo primero y 152; ataques a las vías de comunicación previsto en los artículos 168 y 170; corrupción de menores previsto en el artículo 201; violación previsto en los artículos 265, 266 y 266 bis; asalto previsto en los artículos 286 párrafo segundo y 287; homicidio previsto en los artículos 302 con relación al 307, 313, 315-bis, 320 y 323; secuestro previsto en el artículo 366 exceptuando los párrafos antepenúltimo y penúltimo; robo calificado previsto en los artículos 367 en relación con el artículo 370 párrafos segundo y tercero, cuando se realice en cualquiera de las circunstancias señaladas en los artículos 372, 381, fracción VIII, IX y X, y 381-bis, y extorsión previsto en el artículo 390 todos del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal."

Resultando que el derecho se caracteriza como un sistema de conducta humana, constituye, por implicancia, una serie ordenada de limitaciones al albedrío individual. Y por lo tanto, los actos de los individuos adquieren, en función de ella, un preciso y especial sentido. De esta manera, si un hombre, determinándose libremente, realiza un acto que le es permitido, su obrar tendrá el sentido de ejercer una facultad. Si concreta una acción que le es exigida, significará que cumple una obligación. Y si ejecuta un acto que le está prohibido, habrá configurado, ya una ilicitud, ya una mera antijuridicidad. Un acto que no este normativamente determinado, carecerá dentro del sistema, de todo significado. Sin embargo, de esos actos que configuran ilicitudes, a partir de la reforma planteada, resulta que tenemos unas categorías nuevas, que se llaman "delito grave" y "delito leve", de las cuales no se

dio una definición, sino sólo se remitió a una enumeración, la cual como toda enumeración puede resultar equívoca e incompleta.

De acuerdo con los debates que se realizaron previos a la reforma en comento, en los mismos, no se establecía la naturaleza de los delitos graves, toda vez que en base a el transcrito de la polémica se puede leer : "se supone, se intuye que DELITOS GRAVES son, por ejemplo, el terrorismo, la violación, el abigeato, el narcotráfico, etcétera, pero al no estar precisadas de una manera clara estas figuras, al aparecer sólo como una recomendación general y no en el articulado, hablar de delitos graves es sumamente vago e impreciso y puede prestarse a múltiples interpretaciones y, en materia de Derecho Penal es abrir el camino a la arbitrariedad, el abuso, el exceso." <sup>96</sup>

Se enunció en un principio en los debates de reforma que al tratar de enlistar a los delitos graves se estaba previendo únicamente a todo aquel delito que atentará contra la seguridad del Estado, descuidándose lo que afecta a la sociedad, es decir, dejando desapercibido que las reformas a los Códigos Penales se hacen para corregir las actitudes más graves que puede enfrentar una sociedad. Por lo que se tuvieron que retomar los mismos.

En otro orden de ideas, cabe señalar que los denominados delitos graves, los que contiene la iniciativa de reforma son delitos que ya estaban contemplados en la codificación penal, no se creó ninguna figura delictiva, sólo se realizó una clasificación de estos.

No obstante, todo lo anterior, podemos preguntarnos ¿En qué está basada esta clasificación?, ¿Qué es lo que determina el carácter de grave a estos delitos? ¿Cuál es su naturaleza? Porque al respecto nada refieren los Diarios de Debates ni las Exposiciones de Motivos.

---

<sup>96</sup> DIARIO DE DEBATES. Artículo 20 Constitucional. Camara de Diputados. Año II. Núm. 4. 19 de Agosto de 1993. Pág. 72.

Además de que por otro lado, hay que reconocer la trascendencia de esta innovación -los delitos considerados como graves-, puesto que a partir de la reforma constitucional, y de las consecuentes reformas procedimentales se dió un nuevo enfoque a los criterios para determinar la procedencia o improcedencia de la libertad bajo caución. Es de recordarse el anterior principio rector de la procedencia de la libertad bajo caución, esa fórmula matemática consistente en la suma de la penalidad mínima y máxima y si el término medio aritmético no excedía de cinco años era de concederse la libertad caucional. Conforme a la nueva reforma, no alcanzan libertad bajo fianza quienes se encuentren en los supuestos de delitos graves.

Al buscar alguna definición de delito grave, hallamos la siguiente clasificación generalizada del delito:

- a) Atendiendo a su gravedad,
- b) Otras clasificaciones.

En la que atendiendo a la gravedad del delito, según la dogmática se han seguido dos criterios, el tripartito y el bipartito. Los tres miembros de la clasificación tripartita lo constituyen los crímenes, los delitos y las contravenciones. Los crímenes lesionan los derechos naturales, como la vida y la libertad; los delitos, los derechos derivados del pacto social, como la propiedad, y las contravenciones infringen los reglamentos de policía. Por su parte, el bipartismo tacha de artificial la diferencia entre crimen y delito. Este sistema ha sido penetrado en las legislaciones de Portugal, Holanda, Perú, España y México, por citar algunos. El Código Penal español dice en su artículo 60. "Son delitos las infracciones que la ley castiga con penas graves. Son faltas las infracciones a que la ley señala penas leves."<sup>97</sup> Pero, ¿Cuál es el criterio de distinción?. El código español se atiene a un criterio extrínseco, sin riesgos.

---

<sup>97</sup> MASCAREÑAS, Carlos E. Nueva Enciclopedia Jurídica. Tomo VI. Edit. Francisco Seix. España. 1985.

Como podemos apreciar en la clasificación anterior se diferencia entre delitos graves y delitos leves, más sin embargo, no explica el fundamento que sigue la legislación mexicana para hacer tal distinción.

De acuerdo con los conceptos gramáticos de grave o de gravedad, hallamos que por estos vocablos, puede entenderse:

**Grave.-** Grande, importante. // De responsabilidad. // Arduo o difícil. // Formal, serio. // Dicho de delitos, el castigado con muerte, pena restrictiva de libertad de larga duración o multa cuantiosa.

**Gravedad.-** Importancia. Grandeza. // Peligro, dificultad considerables. <sup>98</sup>

**Grave.-** Que puede tener consecuencias importantes, que acarrea cierto peligro.

**Gravedad.-** Carácter peligroso. // Importancia, carácter grave: la gravedad de los sucesos. <sup>99</sup>

**Grave.-** Der. Tratándose de delitos, castigado con pena capital, con pena privativa de libertad por un tiempo muy considerable o con multa abultada.

**Gravedad.-** Exceso, enormidad. // Fig. Importancia, grandeza. <sup>100</sup>

**Grave.-** Sinónimos: Imponente, considerable, importante, grande, arduo, dificultoso, peligroso, espinoso, enfadoso, difícil, embarazoso, molesto, capital, sobresaliente, profundo, destacado, comprometido, de cuidado, mortal, trascendental, riguroso.

**Gravedad.-** Sin. Exceso, enormidad, grandeza, importancia, calidad, dificultad, peligro, trascendencia. <sup>101</sup>

De las definiciones anteriores, se revela que nuestros legisladores al enlistar a los delitos graves en un precepto adjetivo, trataron de abarcar todos los

---

<sup>98</sup> CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo IV. Edit. Heliasta. 21a. ed. Argentina. 1989.

<sup>99</sup> GARCÍA PELAYO, Ramón. Larousse Nuevo Diccionario Manual Ilustrado. Edit. Larousse. 2a. ed. México. 1986.

<sup>100</sup> PALOMAR DE MIGUEL, Juan. Diccionario para Juristas. Edit. Mayo. 1981.

<sup>101</sup> Diccionario de Sinónimos y Antónimos. Edit. Oceáno. Colombia.

actos u omisiones que sancionan las leyes penales, cuyos efectos alteran seriamente la tranquilidad y la paz públicas, al atacar los elementos esenciales o vitales del hombre, sus derechos, y los derechos fundamentales de la sociedad.

Son delitos graves aquellos que atentan en forma considerable contra la vida, la dignidad, la libertad y la integridad física y moral de las personas, así como, contra los valores fundamentales de justicia que deben respetarse en todo estado de derecho.

Los delitos graves deben considerarse como tales, tanto por sus características en relación al sujeto activo o pasivo, como con los medios utilizados y en función del bien jurídico tutelado que se vulnera.

Otro indicador de la gravedad del delito en las recientes reformas, es en consecuencia, la sanción del delito que habrá de aplicarse atento al tipo o tipos penales.

Finalmente cabe señalar que en México, el artículo 21 de la Constitución Política, vigente, adopta la división de delitos y faltas, sin embargo, el mismo ordenamiento no escapa plenamente a una singular tendencia tripartita en delitos, faltas y delitos graves, tal y como se desprende del artículo 108 en su párrafo segundo del mismo ordenamiento, al referirse al Presidente de la República, quien "durante el tiempo de su encargo, sólo podrá ser acusado por traición a la patria y delitos graves del orden común".

#### **4. ARTICULO 20 FRACCION I DE LA CONSTITUCION FEDERAL CONCEPTO**

El artículo 20 Constitucional en su fracción I contempla la Garantía de la libertad provisional bajo caución, cuyo concepto puede quedar precisado como, el derecho otorgado por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos a toda

persona sujeta a un procedimiento penal, para que, previa satisfacción de los requisitos especificados por la ley, pueda obtener el goce de su libertad, siempre y cuando por la gravedad del delito, la ley no prohíba conceder este beneficio expresamente.

La libertad es un derecho natural del hombre, que le es inherente a su propia naturaleza desde el momento que nace, por tanto, la ley sólo la reconoce, no la concede. Sin embargo, la libertad procesal denominada bajo caución, tiene efectos provisionales y constituye una garantía del hombre, pero sin que su naturaleza revista la calidad de formalidad esencial del procedimiento, esto es, cuando la libertad personal sufre restricciones, se puede restituir el goce de ese derecho en los términos que la ley dispone; pero su naturaleza es diferente y su ejercicio esta condicionado a las limitantes que señale el órgano público que la brinde.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación así lo ha resuelto:

*"LIBERTAD PERSONAL. El derecho que a ella tiene el hombre, le es propio, viene de su naturaleza, y la ley no se lo concede sino que se reconoce; pero si por los motivos previstos en la Ley, es privado de esa libertad, nace entonces el derecho de estar libre mediante ciertos requisitos."*  
*Ejecutoria visible en tomo XIII, pág. 317, bajo el rubro: Amparo penal en revisión, Talavera, Carlos, 28 de Agosto de 1923.*

La Constitución de la República le da nacimiento a este segundo tipo de libertad (provisional bajo caución), que beneficia a todos los individuos que habitan en el territorio nacional y que se encuentren sujetos a proceso represivo. Este principio que está contenido en el artículo 20 fracción I de la Constitución, como ha quedado asentado con anterioridad, a la letra dice:

"Artículo 20.- En todo proceso de orden penal, tendrá el inculpado las siguientes garantías:

I.- Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando se garantice el monto estimado de la reparación del daño y de las sanciones pecuniarias que en su caso puedan imponerse al inculpado y no se trate de delitos en que por su gravedad la ley expresamente prohíba conceder este beneficio.

El monto y la forma de caución que se fije deberán ser asequibles para el inculpado. En circunstancias que la ley determine, la autoridad judicial podrá disminuir el monto de la caución inicial.

El juez podrá revocar la libertad provisional cuando el procesado incumpla en forma grave con cualquiera de las obligaciones que en términos de ley se deriven a su cargo en razón del proceso; ..."

La libertad provisional tiene rango constitucional y procura el relativo aseguramiento del favorecido para evitar su detención material mientras se decide en definitiva si es o no responsable del hecho que se le imputa. Esta garantía tiene como finalidad la comparecencia a juicio del acusado.

Son características de la libertad provisional bajo caución las siguientes:

- \* Es una garantía individual, porque es la calidad jurídica que le brinda la Constitución, y en consecuencia, no queda al arbitrio del juez su concesión.
- \* Se le denomina libertad procesal porque sus beneficios sólo se dan en los juicios penales, para restituir al acusado en su derecho de libertad afectado por un acto de autoridad válido y lícito.
- \* Es una libertad de efectos provisionales, porque su duración existe en tanto la sentencia que dará fin al proceso adquiere la calidad de ejecutoria y sus términos obligan en forma impostergerable. Esto es, es una figura jurídica sólo aplicable a favor de los procesados y no de los reos.

\* La concesión de la libertad provisional bajo caución no afecta el interés social (porque no disminuye la seguridad de reprimir los delitos cometidos dentro del seno de la sociedad, es más, no innova ni altera las constancias de la causa penal).

\* Deberá atenderse en forma exclusiva a la Constitución Federal para concederse la libertad provisional, puesto que en esta se señalan los requisitos máximos para alcanzar el beneficio de esta garantía del hombre. Salvo en el caso que las constituciones locales señalen condiciones más liberales para su otorgamiento, las que regirán el acto.

Lo antecedente puede apreciarse en la siguiente ejecutoria:

*"LIBERTAD CAUCIONAL. Si bien es cierto que la Constitución no sólo tiene por objeto garantizar los derechos individuales, sino que persigue también fines netamente sociales, también lo es que la idea esencial que animó al legislador, al redactar el artículo 20 constitucional, fue garantizar la libertad de las personas sujetas a proceso y que sus propósitos no fueron coartar las facultades de las legislaturas locales, para fijar condiciones más liberales en el otorgamiento de la libertad cautacional; de manera es que si en los Estados se establecen condiciones más amplias para obtener la libertad bajo fianza, esas disposiciones no contravienen los propósitos del artículo 20 Constitucional". Amparo Penal en revisión. Tomo XX, página 169, Reséndiz, Armando y coags., 19 de enero de 1927.*

A continuación, en base a el contenido de la fracción I del artículo 20 señalaremos los requisitos constitucionales para la procedencia de la libertad provisional:

- a) Inmediatamente que lo solicite el inculcado, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución;
- b) Garantizar el monto estimado de la reparación del daño y de las sanciones pecuniarias;
- c) No se trate de los delitos que la ley expresamente denomina graves, y
- d) El monto y la forma de caución que se fije deberán ser asequibles para el inculcado;

Ahora referiremos a cada uno de los requisitos de procedencia citados:

a) Es una formalidad procesal que debe satisfacerse para alcanzar la libertad caucional durante el juicio, esto es, inmediatamente que se solicite, el juez debe de brindar la libertad caucional fijando el monto de la garantía económica y la forma de satisfacerse.

La determinación judicial, se dictará de plano y sin que medie incidente para sustanciar la petición de libertad.

b) La expresión 'garantizar' significa: "Responder del valor o de la calidad de una cosa. Asegurar".<sup>102</sup> . Lo que significa, como también lo señala Mancilla Ovando "... la garantía de la reparación del daño, no es el pago; o, exhibirse el importe de la cantidad que equivale mediante instrumento financiero. No, se refiere a asegurar dentro del juicio penal mediante fianza, prenda, hipoteca, embargo precautorio, o cualquier otro medio, que la reparación civil del delito ha de cubrirse, una vez que se declare judicialmente, en sentencia las sanciones pecuniarias."<sup>103</sup>

La reparación del daño, nace como obligación jurídica del procesado, en la sentencia penal que declara que se ha probado que hay delito y que el inculpado es responsable penalmente, debiendo de resarcir en su patrimonio a los afectados por el ilícito penal, por sí o por conducto de los solidariamente responsables. Así mismo, generalmente se le impone como sanción una multa, además de la pena privativa de la libertad.

c) El artículo 20 Constitucional en su fracción I prevé la libertad provisional bajo caución, autorizando se conceda en aquellos delitos que los artículos 268 y 194 de

---

<sup>102</sup> GARCIA PELAYO. Ob.cit. Pág. 372.

<sup>103</sup> MANCILLA OVANDO, Jorge Alberto. Las Garantías Individuales y su Aplicación en el Proceso Penal. Edit. Porrúa. 6a. ed. México. 1995. Pág. 168.

los Códigos Procesales de la materia para el Distrito Federal y Federal, respectivamente, no prohíben.

d) Es elemento esencial para la procedencia de la concesión de la libertad procesal, que el monto y la forma de la caución, estén al alcance del inculpado, para que no se haga nugatoria la garantía individual.

La caución, es una garantía económica que tiene como fin el arraigo del procesado en el lugar donde se le enjuicia. Constituye una medida procesal que asegura al juzgador que el inculpado no se sustraerá de la acción de la justicia, con independencia de otras medidas de seguridad que se dicten. El monto caucional es equivalente a las sanciones pecuniarias.

Finalmente, señalaremos que el artículo en análisis en la fracción I autoriza en su párrafo tercero a revocar la libertad provisional bajo caución cuando se incumplan en forma grave las obligaciones procesales que la ley reglamentaria impone.

De acuerdo con Mancilla Ovando, la libertad procesal, una vez concedida, es el ejercicio de un derecho constitucional con categoría de garantía individual; y como derecho adquirido, para su privación, se requiere se satisfaga sus derechos de audiencia y defensa, porque integra la esfera jurídica del acusado.<sup>104</sup> Lo anterior es aplicable, salvo en los casos de grave incumplimiento a una orden del juez, como está asentado en las siguientes Jurisprudencias de la Suprema Corte de la Nación que se han pronunciado de la siguiente forma:

*"LIBERTAD PROVISIONAL, REVOCACION DE LA. EN LOS CASOS DE GRAVE INCUMPLIMIENTO O DESACATO A UNA ORDEN DEL JUEZ, NO ES INDISPENSABLE OIR PREVIAMENTE AL PROCESADO PARA DECRETAR LA REVOCACION DE LA. Una vez ejercitado, el derecho a la obtención de la libertad provisional, previsto en la fracción I del artículo 20 de la Ley Fundamental, se convierte en un beneficio cuya*

<sup>104</sup> MANCILLA OVANDO. Ob. cit. Pág. 173.

*permanencia o vigencia está regulada por la ley adjetiva, dependiendo fundamentalmente de la conducta que observa el procesado, vinculada al proceso. Dados los fines de celeridad y continuidad (que se traducen en la satisfacción de ideal, de pronta y eficaz impartición de justicia), que la sociedad, el Estado y el propio inculpaado persiguen en el proceso, el legislador ordinario ha establecido causa de revocación del beneficio, entre las cuales, figura el incumplimiento por parte del procesado a una orden legítima del juez que le ha sido legal y oportunamente notificada. Pero no cualquier incumplimiento puede originar la revocación de la libertad provisional, sino sólo aquellos que sean de tal manera graves que lleven al juez a la convicción de que el procesado intenta evadir la acción de la justicia, sustrayéndose a la autoridad del órgano jurisdiccional; u otros que, por su frecuencia y reiteración, afecten severamente la marcha normal del proceso, retardándolo. Como ejemplo del primero, puede citarse el caso del procesado que no acude al juzgado a firmar el libro de control de reos en libertad provisional durante un lapso prolongado, sin que el juez tenga noticia de su paradero; o el del fiador que es requerido para la presentación del procesado dentro del plazo que para ello se le concede e informa al juez que no obstante haber tratado de localizarlo en reiteradas ocasiones y de haberle dejado recados, no tuvo éxito. Para ilustrar el segundo, sirve el caso del procesado que acude a firmar el mencionado libro, pero que con frecuencia incumple otros mandatos legítimos del juez sin intentar justificar su proceder; por ejemplo, no acude a los careos legalmente decretados. Únicamente causas de esta naturaleza darían lugar a la revocación del beneficio sin audiencia previa del procesado, bastando para fundar y motivar el provido respectivo que obrara constancia fehaciente en el expediente de los hechos que se estimaron graves y que dieron origen a tal determinación, satisfaciéndose con ello la garantía de legalidad establecida por el artículo 16 de la constitución General de la República."*

*Primera Sala. - 14 de febrero de 1994. - Unanimidad 4 votos. - Fuente: Clementina Gil de Lester.*

**"LIBERTAD PROVISIONAL PARA REVOCARLA NO ES INDISPENSABLE OIR PREVIAMENTE AL PROCESADO.** Para que tenga vigencia la garantía de audiencia, es necesario, de acuerdo con el artículo 14 Constitucional, que el acto reclamado sea privativo de la vida, de la libertad, o de las propiedades, posesiones o derechos del quejoso y, por acto privativo, debe entenderse aquel que en el menoscabo o privación ocasionada al gobernado consume el objetivo perseguido, como fin último y no como un medio para que a través de otros actos se obtengan fines diversos, en cuyos casos sólo se requiere que dicho acto este fundado y motivado, a efecto de que no conculque la garantía de legalidad consagrada en el artículo 16 Constitucional; así en un

*procedimiento penal, cada acto realizado por el Juez lleva un objetivo que en sí mismo no es la finalidad perseguida, sino un medio para obtenerla, y la cual se consuma mediante la sentencia definitiva, ya que es ésta la que produce una verdadera privación, mediante la resolución del conflicto, en la esfera jurídica de las partes, y para lo cual es necesario que previamente se oiga en defensa al agraviado. Por tanto, si el auto de revocación de la libertad provisional bajo caución no es un acto privativo, puesto que el objetivo perseguido, o sea, el de proceder a la detención del procesado, es el medio, primeramente para asegurar la continuación del proceso instruido en contra de dicho procesado, y después, para que mediante la sentencia definitiva que se pronuncie se le prive de su libertad como penalmente responsable de un delito, basta para que dicho auto no sea inconstitucional, que cumpla con la garantía de legalidad comprendida en el artículo 16 Constitucional, mayormente cuando el Juez del proceso revoca la libertad provisional del acusado por el temor de que se hubiera sustraído a la justicia, fundando en el incumplimiento de este último hacia alguna de las obligaciones contraídas al concedérselo aquel beneficio."*

*Instancia: Tribunal Colegiado del Octavo Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Época: 7a. Volumen: 15 Página: 28.*

*Precedentes: Amparo en revisión 701/69. Penal. Mario Ontiveros Avalos. 25de marzo de 1970. Unanimidad de votos. Ponente: Enrique Chan Vargas.*

## **5. ARTICULO 268 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL**

Conforme a la redacción del artículo 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, anterior a las reformas de 1994, se podía leer así:

Artículo 268.- "Se entiende que no hay autoridad judicial en el lugar y existe notoria urgencia para la aprehensión del delincuente: cuando por la hora o por la distancia del lugar en que se practica la detención, no hay ninguna autoridad judicial que pueda expedir la orden correspondiente y existen serios temores de que el responsable se sustraiga a la acción de la justicia".<sup>105</sup>

---

<sup>105</sup> Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. Leyes y Códigos de México. Edit. Porrúa. 44a. ed. 1991.

La idea del artículo citado quedó plasmada en el nuevo artículo 268, pero con mayor precisión, al indicar con exactitud en que supuestos el Ministerio Público podría emitir una orden de detención y con qué requisitos; lo que evita se realicen arbitrariedades. Ahora, en vez de hablarse de la notoria urgencia, se refiere al caso urgente, el cual existirá únicamente cuando concurran las siguientes circunstancias:

- a) Se trate de delito grave, así calificado por la ley; cuya especificación de los ilícitos con esta naturaleza está contenida en el último párrafo del innovado artículo 268.
- b) Debe existir riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse de la acción de la justicia; y además,
- c) El Ministerio Público no pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar u otras circunstancias.

Se eliminan los términos “serios temores”, los que al dejarse al arbitrio de la Representación Social, eran de aplicación subjetiva.

Cabe señalar que en el vigente artículo 268, se precisa, aún cuando ya está expreso en el artículo 16 de la Carta Magna, que la orden de detención que emita el Ministerio Público en caso urgente deberá hacerse por escrito, fundando y expresando los indicios que motivaron su proceder.

También se modificó, acertadamente, la facultad que se le atribuía al Ministerio Público, toda vez que el derogado artículo le otorgaba capacidad para girar ordenes de aprehensión contra el que se presumía delincuente, lo que actualmente en el renovado numeral se limitó a la “orden de detención”. No olvidemos, que sólo la autoridad judicial es quien tiene la competencia para girar ordenes de aprehensión.

Agregaremos, que de acuerdo con las reformas, ahora también se señala que la orden de detención será ejecutada por la Policía Judicial, quien está obligada a

poner al detenido a disposición de la autoridad que libró la orden, sin dilación alguna.

Por último, el artículo reformado, en su párrafo final, presenta una lista de los denominados delitos graves, misma que anteriormente no estaba comprendida en el precepto derogado.

La reforma planteada que entrara en vigor el primero de febrero de 1994 sobre el numeral 268 del Código Adjetivo de la materia quedó como sigue:

268.- "Habrá caso urgente cuando:

- a) Se trate de delito grave, así calificado por la ley;
- b) Que exista riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse de la acción de la justicia, y
- c) Que el Ministerio Público no pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar u otras circunstancias.

El Ministerio Público al emitir la orden de detención en caso urgente deberá hacerlo por escrito, fundando y expresando los indicios que acrediten los requisitos mencionados en los incisos anteriores.

La orden mencionada será ejecutada por la Policía Judicial, quien deberá sin dilación alguna poner al detenido a disposición del Ministerio Público que la haya librado.

Para todos los efectos legales, por afectar de manera importante valores fundamentales de la sociedad, se califican como delitos graves los siguientes: Homicidio por culpa grave previsto en el artículo 60 párrafo tercero; terrorismo previsto en el artículo 139 párrafo primero; sabotaje previsto en el artículo 140 párrafo primero; evasión de presos previsto en los artículos 150 con excepción de la parte primera del párrafo primero y 152; ataques a las vías de comunicación previsto en los artículos 168 y 170; corrupción de menores previsto en el artículo 201; violación previsto en los artículos 265, 266 y 266 bis; asalto previsto en los artículos 286 párrafo segundo y 287; homicidio previsto en los artículos 302 con

relación al 307, 313, 315-bis, 320 y 323; secuestro previsto en el artículo 366 exceptuando los párrafos antepenúltimo y penúltimo; robo calificado previsto en los artículos 367 en relación con el artículo 370 párrafos segundo y tercero, cuando se realice en cualquiera de las circunstancias señaladas en los artículos 372, 381, fracción VIII, IX y X, y 381-bis, y extorsión previsto en el artículo 390 todos del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal".

Las conductas estipuladas en el párrafo anterior y que se denominan delitos graves, no son del todo una innovación legal, salvo porque quizás se les nombró DELITOS GRAVES en forma específica, puesto que los mismos artículos, excepto algunos que han sido derogados u otros que se agregaron y que comprenden diversos ilícitos contenidos en el Código Penal, ya estaban comprendidos antes de la reforma de 1994 en el artículo 556 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, precepto este último en que se concedía la libertad provisional bajo caución siempre y cuando el término medio aritmético de la pena privativa de libertad que correspondía al delito imputado no excediere de cinco años, pero tenía una excepción, cuando la pena del delito imputado rebasase el término medio aritmético de cinco años de prisión, si se podrá conceder la libertad provisional, siempre y cuando se cumplieran ciertos requisitos y no se tratase de los delitos contenidos en los artículos que expresamente se especifican en el párrafo último del artículo citado. Como se puede apreciar en el siguiente texto:

“Artículo 556.- Todo inculpado tendrá derecho a ser puesto en libertad bajo caución, si no excede de cinco años el término medio aritmético de la pena privativa de libertad que corresponda al delito imputado, incluyendo sus modalidades. En caso de acumulación se atenderá al delito cuya pena sea mayor.

En los casos en que la pena del delito imputado rebase el término medio aritmético de cinco años de prisión, y no se trate de los delitos señalados en el siguiente párrafo de este artículo, el juzgador concederá la libertad provisional en resolución fundada y motivada, siempre que se cumpla con los requisitos :

- I.- Que se garantice debidamente, a juicio del juez, la reparación del daño;
- II.- Que la concesión de la libertad no constituya un grave peligro social.
- III.- Que no exista riesgo fundado de que el inculpado pueda sustraerse de la acción de la justicia, y
- IV.- Que no se trate de personas que por ser reincidentes o haber mostrado habitualidad, la concesión de la libertad haga presumir fundadamente que evadirían la acción de la justicia.

Para los efectos del párrafo anterior, no procederá la libertad provisional cuando se trate de los delitos previstos en los siguientes artículos del Código Penal para el Distrito Federal, en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal: 60, 139, 140, 168, 170, 265, 266, 266 bis, 287, 302, 307, 315 bis, 320, 323, 324, 325, 326, 366 y 370 segundo y tercer párrafos cuando se realice en cualquiera de las circunstancias señaladas en los artículos 381 fracciones VIII, IX y X y 381 bis."

#### **6.- ARTICULO 556 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL**

A partir de la reforma publicada en el Diario Oficial el 10 de enero de 1994, el artículo 556 quedó de la siguiente forma, al implementarse los DELITOS GRAVES:

"Todo inculpado tendrá derecho durante la averiguación previa y durante el proceso judicial, a ser puesto en libertad provisional bajo caución, inmediatamente que lo solicite, si se reúnen los requisitos siguientes:

- I.- Que garantice el monto estimado de la reparación del daño;

Tratándose de delitos que afecten la vida o la integridad corporal, el monto de la reparación no podrá ser menor del que resulte aplicándose las disposiciones relativas de la Ley Federal del Trabajo;

- II.- Que garantice el monto estimado de las sanciones pecuniarias que en su caso puedan imponérsele;

III.- Que otorgue caución para el cumplimiento de las obligaciones que en términos de ley se deriven a su cargo en razón del proceso; y

IV.- Que no se trate de delitos que por su gravedad están previstos en el último párrafo del artículo 268 de este Código."

Del artículo anterior, se desprende, en su párrafo primero, que la solicitud de la libertad provisional bajo caución, puede proceder a partir del momento que da inicio una averiguación previa, esto es, desde que da comienzo la preparación del ejercicio de la acción penal en la que el Ministerio Público practica todas las diligencias necesarias que le permitieran estar en aptitud de ejercitar la acción penal, debiendo integrar los elementos del tipo y la probable responsabilidad; o durante el proceso judicial, el cual siguiendo a Florian, puede entenderse como "el instrumento indispensable para la aplicación de la ley penal en cada caso, y que lo integran el conjunto de las actividades y formas mediante las cuales los órganos competentes, preestablecidos en la ley, observando ciertos requisitos, proveen, juzgando, a la aplicación de la ley penal".<sup>106</sup>

Al respecto, cabe citar la siguiente jurisprudencia:

*"LIBERTAD PROVISIONAL. BENEFICIO POSIBLE SOLO DENTRO DEL PROCESO. Cuando se impugnan en el amparo el auto por el cual se niega al quejoso la libertad caucional solicitada en segunda instancia, se estima que dicho acto ha quedado consumado irreparablemente al dictarse sentencia definitiva que declara responsable al quejoso del delito de que se trata, de tal manera que ya no podrán examinarse las posibles violaciones en que hubiere incurrido el Tribunal responsable al negar el citado beneficio, porque con ello se afectaría la nueva situación jurídica creada por la sentencia que resolvió el recurso de apelación; esto es, que lo relativo a la libertad bajo caución regulado por la tracción I del artículo 20 constitucional, por su naturaleza, es una incidencia que surge dentro del proceso, de tal manera que estando acreditado que el proceso dentro del cual surgió aquella, terminó con una sentencia definitiva, debe sobreseerse el juicio de garantías, ya que la incidencia no puede tener mayor vida que el proceso."*

<sup>106</sup> Enciclopedia Jurídica OMEBA. Tomo XXII. Edit. Bibliográfica. s/cd. Argentina. 1967.

*Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Época: 7a. Volumen: 109-114. Página: 124. Precedentes: Amparo en revisión 209/78. Genaro López Ramírez. 14 de abril de 1978. Unanimidad de votos. Ponente: Mario Gómez Mercado.*

La libertad provisional bajo caución debe otorgarse inmediatamente que lo solicite el inculpaado, tal y como está asentado en la siguiente jurisprudencia:

*"LIBERTAD PROVISIONAL. Entre las garantías establecidas en favor de la libertad personal, está la de que el acusado deba ser puesto en libertad bajo fianza, INMEDIATAMENTE que lo solicite, en los casos permitidos por la naturaleza del delito."*

*Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Época: 5a. Tomo: X. Pág. 506. Precedentes: Tomo X, Pág. 506, Amparo Directo, Amador Alfonso, 28 de febrero de 1922. Unanimidad de 8 votos.*

Pero además es necesario que se reúnan ciertos requisitos: inicialmente hay que señalar que las primeras dos condiciones se refieren a garantizar, vocablo que se entiende como "el aseguramiento del cumplimiento de una obligación mediante la afectación de cosa determinada o del compromiso de pago por un tercero para el caso de incumplimiento de la misma por el deudor originario".<sup>107</sup>

Hay que garantizar la reparación del daño; misma que es un derecho subjetivo del ofendido y la víctima del delito para ser resarcidos de los perjuicios causados en sus bienes jurídicamente tutelados como consecuencia del ilícito penal. De acuerdo con el Código Penal, la reparación del daño comprende la restitución de la cosa obtenida por el delito y si no fuere posible, el pago del precio de la misma; la indemnización del daño material y moral causado, incluyendo el pago de los tratamientos curativos que, como consecuencia del delito, sean necesarios para la recuperación de la salud de la víctima; y el resarcimiento de los perjuicios ocasionados (artículo 30).

---

<sup>107</sup> DE FINA, Rafael. Diccionario de Derecho. Edit. Porrúa. 10a. ed. México. 1981.

Cabe señalar que el monto de la reparación del daño tratándose de delitos que afecten la vida o la integridad corporal, no podrá ser menor del que resulte aplicándose las disposiciones relativas de la Ley Federal del Trabajo.

También debe ser garantizado por el inculpado para poder obtener el goce de su libertad personal, el monto estimado de las sanciones pecuniarias, las cuales se entienden como la garantía en dinero para el cumplimiento por parte del inculpado con los deberes instituidos por el derecho a cambio de obtener su libertad provisional. En términos generales la sanción pecuniaria podría identificarse con una multa.

Es necesario además, el otorgamiento de caución para el cumplimiento de las obligaciones que en términos de ley se deriven a cargo del acusado en razón del proceso. Antes que nada hay que aclarar que a las palabras "caución" y "fianza", comúnmente se les atribuye el mismo significado; sin embargo, caución denota garantía, y fianza una forma de aquella; por ende, caución es el género y fianza la especie. No obstante, en los tribunales, el emplear la palabra "caución" se requiere significar que la garantía debe ser "dinero en efectivo"; y "fianza", la póliza expedida por una institución de crédito capacitada legalmente para otorgarla.

La caución podrá consistir en depósito en efectivo, hecho por el inculpado o por terceras personas, en la institución de crédito autorizada para ello; en hipoteca otorgada por el inculpado o por terceras personas, sobre inmuebles cuyo valor fiscal no sea menor que el monto de la caución; en prenda, situación en la que el mueble deberá tener cuando menos un valor en el mercado de dos veces el monto de la suma fijada como caución; en fianza personal bastante, o en fideicomiso de garantía (artículo 562 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal).

El inculpado debe observar todos los requisitos y cumplir con sus obligaciones, tales como presentarse ante el Ministerio Público o el juez cuantas veces sea citado o requerido para ello; comunicar a los mismos los cambios de

domicilio que tuviere; presentarse ante el Ministerio Público, juzgado o tribunal que conozca de su causa el día que se señale de cada semana, entre otros, mismas que derivan a su cargo en razón del proceso.

En otro orden de ideas, el artículo 561 del Código Adjetivo, establece la obligación procesal del inculcado o su defensor de indicar la manera que ha de garantizarse la caución. El no establecer forma de garantía da la libertad al juzgador de establecer diversas cantidades según la forma en que ha de garantizarse el monto caucional pero, esta facultad no la posee en todos los casos: de tal manera, que dependiendo del tipo de garantía, será la cantidad caucional que se fijará.

Finalmente hay que señalar que para que el acusado se le pueda otorgar el beneficio de la libertad provisional bajo caución es necesario que el delito por el que se le acusa, no se trate de los denominados graves, mismos que se encuentran enlistados en la parte final del artículo 268 del Código de Procedimientos Penales en vigor para el Distrito Federal, y a los cuales ya se hizo referencia en el apartado correspondiente.

Los requisitos anteriormente descritos, deben de valerse en su conjunto para fijar la caución para el caso de otorgarse la libertad provisional, toda vez que cabe señalar que si el monto caucional se resuelve únicamente por la gravedad del delito, sin tomar en cuenta la situación económica del acusado al momento de delinquir, ello es violatorio de garantías individuales. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha dictado jurisprudencia en estos términos:

*"SITUACION ECONOMICA DEL ACUSADO (FIANZA CARCELARIA). Si al procesado se le señala, para gozar de la libertad caucional, una garantía, teniéndose únicamente en cuenta para ello la gravedad del delito que se le imputa, sin considerar su situación personal y sus condiciones económicas en el momento de delinquir, se vulnera, en su perjuicio, la garantía que otorga el artículo 20, fracción I de la Constitución Federal". Tesis visible en Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1965, segunda parte, Primera Sala, bajo el número 276, pág.550.*

## 7.- TENTATIVA DE ROBO

(PREVISTA EN LOS ARTICULOS 367, 370 PARRAFO II Y 372 EN RELACION AL ARTICULO 12, TODOS DEL CODIGO PENAL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL).

Comete el delito de ROBO: el que se apodera de una cosa ajena mueble, sin derecho y sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la ley (artículo 367). Pero si el agente del delito resuelve cometer el ilícito y lo exterioriza realizando en parte (tentativa inacabada) o totalmente (tentativa acabada) los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, y no logra su propósito por causas ajenas a su voluntad, estaremos ante la presencia de una TENTATIVA DE ROBO.

Aplicando la TENTATIVA DE ROBO al caso en concreto descrito por los artículos 367, 370 párrafo segundo, "Cuando el valor de lo robado... exceda de cien veces el salario, pero no de quinientas, la sanción será de dos a cuatro años de prisión y multa de cien hasta de ciento ochenta veces el salario, ..." y 372, "Si el robo se ejecutare con violencia, a la pena que corresponda por el robo simple se agregarán de seis meses a cinco años de prisión. Si la violencia constituye otro delito, se aplicarán las reglas de la acumulación"; resulta imperativo formularnos las siguientes cuestiones: ¿La TENTATIVA DE ROBO citada se encuentra comprendida en los denominados delitos graves, reseñados en el último párrafo del artículo 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal?, y por lo tanto, ¿Es procedente o no, la libertad provisional bajo caución?; toda vez que el supuesto enunciado refiere: "... Para todos los efectos legales, por afectar de manera importante valores fundamentales de la sociedad, se califican como delitos graves los siguientes: "... robo calificado previsto en los artículos 367 en relación con el 370 párrafos segundo y tercero, cuando se realice en cualquiera de las circunstancias señaladas en los artículos 372, 381, fracción VIII, IX y X, y 381-bis, ...".

No pasando por desapercibido el contenido de los artículos 268 y 556 del Código Adjetivo, toda vez que el primero enlista los delitos graves, y el segundo

refiere que no procederá la libertad provisional bajo caución tratándose de delitos que por su gravedad estén previstos en el artículo 268, del precepto legal antes enunciado, entre otros requisitos.

Si bien es cierto que en los numerales antes citados se precisan los DELITOS GRAVES, y algunos de los requisitos que se deben tomar en consideración por los Juzgadores, para la procedencia o improcedencia de la libertad caucional, no menos cierto es que primeramente tenemos que considerar: ¿Si la tentativa es un grado de ejecución del delito?, o ¿si es un delito autónomo?; o acaso, independientemente de que se trate de un grado de ejecución del delito o que sea un delito autónomo, se deba aplicar el principio general de derecho que establece que donde la ley no distingue, no hay que distinguir, sino aplicar la ley penal en estricto rigor, atendiendo al texto mismo de la ley y al ánimo del legislador al momento de redactar los preceptos multiresañados.

El código adjetivo para el Distrito Federal, establece los requisitos para la procedencia o improcedencia de la libertad caucional, sin embargo no hay uniformidad de criterios de los Juzgadores, para conceder o negar la libertad bajo caución tratándose de tentativa de delitos graves; al respecto analizaremos los siguientes criterios:

**PRIMER CRITERIO.-** La tentativa es un grado de ejecución del delito, es decir, parte del iter criminis, el cual se describe como el proceso necesario que recorren algunos delitos para lograr su consumación. La tentativa es considerada como uno de los dos aspectos - tentativa y consumación -, que comprende la fase externa (ejecución), de este proceso. Recordándose que por consumación se entiende la ejecución de los actos idóneos, que reúnen todos los elementos genéricos y específicos del tipo legal. En tanto, que en la tentativa si bien es cierto se despliegan los actos encaminados a la consumación del ilícito, el mismo no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.

Quienes apoyan este criterio, refieren que la tentativa al ser un grado del delito, y al estar contemplados los DELITOS GRAVES en los artículos 268 y 556 del precepto legal multiferido, los ordinales citados también comprenden las tentativas de delitos graves, aunque no estén implícitamente en el texto de la ley, por lo que tratándose de una TENTATIVA de ROBO, como la indicada al principio de este apartado, no debe proceder la libertad bajo caución, por tratarse de la tentativa de un delito grave así calificado por la ley.

Así mismo, este criterio sostiene que la tentativa es punible no solo porque pone en peligro el bien jurídicamente tutelado que pretendía vulnerar la conducta del sujeto, sino por el dolo manifestado y por los actos realizados que en su conjunto revelan la capacidad de delinquir del autor, la cual lo hace merecedor de una sanción.

A continuación expondremos los razonamientos en los que se basan diversos juzgadores para negar la Libertad Bajo Caución:

No es procedente la libertad provisional en la tentativa de un delito grave; aún cuando es cierto que la fracción I del artículo 20 Constitucional, previene que inmediatamente que lo solicite se deberá otorgar al inculcado la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando se garantice el monto estimado de la reparación del daño y de las sanciones pecuniarias que en su caso puedan imponérsele y no se trate de los delitos en que por su gravedad la ley expresamente prohíba conceder este beneficio; que el artículo 556 del Código de Procedimientos Penales previene determinados requisitos para conceder la libertad provisional, entre ellos, que no se trate de delitos que por su gravedad estén previstos en el último párrafo del artículo 268 del Código adjetivo de la materia; también es cierto que en este caso nos encontramos ante un delito grave, aún cuando se trate de tentativa, no debemos olvidar que la tentativa punible es un grado en la ejecución directa e inmediata de un delito, que para su existencia se precisa la realización de actos ejecutivos encaminados directa e inmediatamente a llevar a cabo el delito proyectado;

debemos considerar que la tentativa nace cuando la ejecución del delito se materializa y ya iniciada la actividad delictiva se ve interrumpida por una circunstancia imprevista; la tentativa lleva implícito un comienzo de ejecución del delito proyectado, es un inicio de penetración en el núcleo del tipo, tendiente a causar lesión en el bien jurídico tutelado, por lo que no puede considerarse como un delito autónomo ni diferente al consumado, sino que corresponde a una de las fases externas de la ejecución del ilícito. En esa virtud participa de las modalidades que matizan al delito que llega hasta su consumación, por lo tanto, si atendemos a que en una causa se dicta formal prisión por el delito de TENTATIVA DE ROBO, sancionado por el artículo 370 en relación con el 63 del Código Penal, que tal delito se encuentra matizado con la calificativa, prevista en el artículo 372 del mismo ordenamiento, pues por ella se ejercitó acción penal en la causa y que la misma está acreditada cuando menos presuntivamente hasta este momento procesal, puesto que se trató de llevar a cabo el apoderamiento ilícito de cosa ajena mueble, sin derecho ni consentimiento de quien pudiera darlo conforme a derecho, es por lo que no siendo un delito autónomo, sino una de las fases externas de la ejecución del delito, se estima que la TENTATIVA DE ROBO que nos ocupa también cae dentro de los presupuestos del último párrafo del artículo 268 del Código de Procedimientos Penales, y siendo un delito grave se encuentra exenta de los beneficios de la libertad caucional.

En apoyo a los razonamientos anteriores es conveniente citar el criterio, que de acuerdo con los partidarios de esta idea, al respecto ha sostenido nuestro máximo Tribunal de Justicia, en las siguientes tesis:

*"TENTATIVA, NO CONSTITUYE DELITO INDEPENDIENTE. - La tentativa no es una entidad delictiva independiente, sino que corresponde a una de las fases externas de la ejecución del ilícito, y por lo tanto, técnicamente es factible sancionar a un sujeto por la modalidad del delito tentado y no consumado sin que por ello se pueda afirmar que le sean conculcadas las garantías individuales pretendiéndose que se trata de una nueva tipificación."*

*Amparo directo 295/73.- José Ayub Villavicencio.- 15 de Agosto de 1973.- 5 votos. Ponente: Manuel Rivera Silva.- Séptima época. Vol. LVI.- Segunda parte.- Pág. 65.*

*"TENTATIVAS, CALIFICATIVAS TAMBIEN SE ACTUALIZAN CUANDO EL DELITO SE COMETE EN GRADO DE.- Como la tentativa no es una entidad típica autónoma sino el grado de ejecución de un delito inacabado por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo, las circunstancias agravantes o atenuantes del mismo se actualizan también cuando este se comete solo de manera tentada; tanto porque dichas modificativas le imprimen un carácter de menor o mayor gravedad a la conducta ilícita que se pretendió consumir lo que repercute en la sanción reduciéndola o aumentándola, como que constituyen un elemento para determinar la temibilidad del agente."*  
*Primer Tribunal Colegiado en materia Penal del Primer Circuito.- Amparo directo 167/91.- Miguel Angel Sandoval Gómez y otro.- 20 de Agosto de 1992.- Unanimidad de votos.- Ponente Alfonso Núñez Salas.- Semanario Octava Época.- Tomo X.- Octubre.- Página 463.*

**ANALISIS DEL PRIMER CRITERIO.-** Si bien es cierto que el Juzgador expone sus puntos de vista para negar la libertad caucional, no menos cierto es que pasa totalmente por alto diversas consideraciones que son necesario analizar en el presente caso para conceder dicho beneficio:

Primeramente el juzgador manifiesta que "no es procedente la libertad provisional en la tentativa de un delito grave; aún cuando es cierto que la fracción I del artículo 20 Constitucional, previene que inmediatamente que lo solicite se deberá otorgar al inculpado la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando se garantice el monto estimado de la reparación del daño y de las sanciones pecuniarias que en su caso puedan imponérsele y no se trate de los delitos en que por su gravedad la ley expresamente prohíba conceder este beneficio, que el artículo 556 del Código de Procedimientos Penales previene determinados requisitos para conceder la libertad provisional, entre ellos, que no se trate de delitos que por su gravedad estén previstos en el último párrafo del artículo 268 del Código adjetivo de la materia..."

Es de hacerse notar que el juzgador incurre en una total contradicción, ya que primeramente manifiesta que "NO ES PROCEDENTE LA LIBERTAD PROVISIONAL EN LA TENTATIVA DE UN DELITO GRAVE", y posteriormente indica que "NO SE TRATE DE DELITOS QUE POR SU GRAVEDAD LA LEY EXPRESAMENTE PROHIBA CONCEDER ESTE BENEFICIO...", siendo que el numeral 268 del Código de Procedimientos Penales, en su último párrafo, en ningún momento contempla que son delitos graves LAS TENTATIVAS DE DELITO, por ende ante tal incompatibilidad, es inconcuso que se pueda tener un criterio unívoco de lo que se pretende manifestar, por lo que es de concluirse que sí procede la libertad bajo caución, toda vez que en donde la ley no distingue el juzgador no debe distinguir.

Continuando con el análisis, el juzgador posteriormente manifiesta: "... también es cierto que en este caso nos encontramos ante un delito grave, aún cuando se trate de tentativa, no debemos olvidar que la tentativa punible es un grado en la ejecución directa e inmediata de un delito,... es un inicio de penetración en el núcleo del tipo, tendiente a causar lesión en el bien jurídico tutelado, por lo que no puede considerarse como un delito autónomo ni diferente al consumado, sino que corresponde a una de las fases externas de la ejecución del ilícito."

Es de hacerse notar, que de acuerdo con el juzgador la tentativa es un grado de ejecución directa e inmediata de un delito, más sin embargo, el ánimo del legislador al momento de tipificar los delitos como graves, fue proteger los bienes jurídicos de mayor valía, como son la vida, la integridad personal, el patrimonio de las personas, etc., y el legislador no considero como DELITO GRAVES a la TENTATIVAS DE ROBO, toda vez que ésta únicamente pone en peligro el bien jurídicamente tutelado pero nunca lo vulnera, por lo tanto, consideró que no se debía sancionar de la misma forma a una persona que consuma un delito, que a la que únicamente realiza actos tendientes a su realización, no obstante, que los fines que se perseguían en ambos casos fueran la consumación del ilícito, y toda vez que las tentativas de delito no se encuentran previstas en el último párrafo del numeral 268 citado anteriormente, es procedente la libertad bajo caución, máxime que ante la

duda acerca del sentido de una ley, debe interpretarse en la forma más favorable para el acusado, por lo que resulta procedente el beneficio de la libertad bajo fianza.

Posteriormente al manifestarse: "puesto que se trató de llevar a cabo el apoderamiento ilícito de cosa ajena mueble, sin derecho ni consentimiento de quien pudiera darlo conforme a derecho, es por lo que no siendo un delito autónomo, sino una de las fases externas de la ejecución de un delito, se estima que la tentativa de robo que nos ocupa también cae dentro de los presupuestos del último párrafo del artículo 268 del Código de Procedimientos Penales...", no se debe pasar por alto que únicamente se puso en peligro el bien jurídicamente tutelado, puesto que dicha conducta jamás vulneró el bien jurídicamente tutelado que en el presente caso lo es el patrimonio de las personas; además de que es relevante denotar que los simpatizantes de este criterio, analógicamente y por mayoría de razón encuadran las TENTATIVAS DE DELITOS GRAVES, dentro de los supuestos que maneja el último párrafo del numeral 268 del código adjetivo, máxime que con tal distinción se vulnera lo establecido en el tercer párrafo del artículo 14 del Pacto Federal, por ende se desprende que al negarse la libertad caucional, se esta conculcando la garantía individual prevista en el artículo 20 fracción I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Por todo lo cual es procedente conceder el beneficio de la libertad provisional, previa exhibición de las garantías respectivas.

Por lo que corresponde a los diversos apoyos jurisprudenciales enunciados, estos resultan inoperantes para los efectos de negar el beneficio de la libertad caucional, por que de la lectura de los mismos, se desprende que van encaminados para los efectos de la punición y no para negar la libertad caucional, vulnerando nuevamente lo dispuesto en el tercer párrafo del artículo 14 del Pacto Federal; así mismo, se desprende que dichas jurisprudencias sustentan que la tentativa es un grado de ejecución del delito, pero no por ello se le deben conculcar los derechos subjetivos públicos a los individuos e impedirles gozar del beneficio de la libertad provisional, dado que el juzgador debe estar a lo expresamente plasmado

en la norma, máxime que la Suprema Corte de Justicia de la Nación no ha formulado criterio alguno para subsanar esta laguna de la ley.

**SEGUNDO CRITERIO.-** Es el que le da cierta autonomía a la tentativa, diferenciandola del propiamente denominado delito, y al que se pretende caracterizar por su consumación.

Al respecto, volveremos a citar al maestro Giuseppe Maggiore, quien al definir a la tentativa la cataloga como una figura jurídica autónoma, a la cual considera como un delito perfecto, considerado en sí misma, aunado a que la ley la castiga de modo expreso, en forma especial y diferente en relación con cualquier otro delito perfectamente consumado. Pero al mismo tiempo, a la tentativa tampoco puede negársele el carácter de ser un delito imperfecto, si se le compara con un delito consumado, por cuanto carece de un elemento esencial (el resultado) que pertenece a este último. La tentativa es solamente una forma degradada de delito, y por eso se le castiga con menos gravedad que al delito perfecto. Pero al mismo tiempo, considerada en sí misma es un delito perfecto, por cuanto constituye un título de delito autónomo, jurídicamente distinto del delito consumado.

Es decir, quienes están de acuerdo con este modo de pensar, refieren que la tentativa es un delito AUTONOMO, y no un grado del delito, ni tampoco una circunstancia atenuante, que implica como todas las circunstancias, un elemento que se agrega al delito simple; dado que el legislador al momento de codificar las tentativas de delito las contempló en capítulos separados a los delitos consumados, teniendo una sanción específica diversa, y más aún cuando para los efectos de la libertad caucional en ningún momento el legislador las regula dentro de la clasificación de delitos graves plasmada en el artículo 268 adjetivo.

A continuación expondremos los razonamientos en los que se basan algunos juzgadores para conceder el beneficio:

La tentativa de delitos graves no se encuentra expresamente prevista por el artículo 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal denominada como grave, ni en ningún otro precepto que la contemple como tal, siendo de abundado derecho que la tentativa de delito es autónoma respecto al tipo consumado, en virtud de que es un delito de resultado formal y no de resultado material como lo es el delito consumado; lo que hace evidente que en materia penal no se puede imponer pena alguna por simple analogía, por lo que sufrir pena de prisión preventiva es en sí misma una pena anticipada. Resultando contradictorio además, que se imponga prisión preventiva a un acusado por este ilícito, bajo un principio de presunción, impidiéndose el goce de la libertad provisional bajo caución, argumentando la analogía como una forma de interpretación extensiva, que se encuentra expresamente prohibida en el numeral 14 párrafo tercero Constitucional, puesto que la TENTATIVA DE ROBO no se encuentra prevista dentro de los delitos graves en la Ley adjetiva penal, luego entonces, en estricto apego a la letra de la ley, se debe conceder el beneficio de la libertad bajo caución, conforme al artículo 20 fracción I de la Constitución, en relación a los artículos 268 y 556 del Código de Procedimientos Penales; toda vez que la tentativa mantiene inmersos elementos distintos al tipo del delito consumado, como que en el delito consumado se vulnera el bien jurídicamente tutelado y en la tentativa únicamente se pone en peligro el bien jurídico que protege la ley; además de que en los delitos consumados se establece el nexo causal relacionado entre la conducta desplegada por el activo y el resultado material de la misma, mientras que en la tentativa no se establece este nexo causal, dado que se trata de un delito de peligro y no de resultado material; por otro lado, otra particularidad a tomarse en consideración, es por cuanto hace a la pena de prisión prevista en la ley para los delitos consumados, la cual para la tentativa es distinta, dado que la voluntad del legislador al momento de tipificar ésta conducta, consideró que la tentativa al no lesionar el bien jurídico, no se estaba en presencia de un delito GRAVE, por lo que no la contempló dentro del multicitado numeral 268 en su último párrafo.

Aplicando el criterio anterior al caso concreto, sustentándonos en lo dispuesto por el ordinal 14 del Pacto Federal, en su párrafo tercero, el cual reza: "... 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 trata ..." es procedente la libertad provisional bajo caución en los siguientes términos; toda vez que la tentativa del delito en cuestión (ROBO previsto en los artículos 367, 370 párrafo segundo y 372 en relación al 12 todos del Código Penal), no se encuentra contemplada en el supuesto de DELITO GRAVE, porque el artículo 268 en su último párrafo, no enmarca las tentativas de delitos graves, toda vez que nos encontramos en presencia de un delito que únicamente pone en peligro el bien jurídicamente tutelado por la ley y no de un delito de resultado material; y con fundamento en lo dispuesto en la fracción I del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en relación a los artículos 268 y 556 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, se debe conceder la libertad provisional, previa exhibición que realice el inculpado de las garantías respectivas.

**ANALISIS DEL SEGUNDO CRITERIO.-** En general, las críticas que se le pueden hacer a la tentativa como figura autónoma, están confirmadas por la concepción del primer criterio que considera que la TENTATIVA DE, no es un delito autónomo, sino una fase externa del iter criminis, y que en el caso concreto lo es la TENTATIVA DE ROBO prevista y sancionada en los artículos antes citados del Código Penal, por lo que se deduce que el tipo básico fundamentalmente para este delito lo es el ROBO CALIFICADO, el cual considera el legislador como delito grave, al encontrarse sancionado bajo los artículos 370 párrafo segundo y 372 del código sustantivo, por lo que debe excluirse del beneficio de la libertad provisional bajo caución por las razones expuestas.

Aunado a lo anterior, quienes mantienen este punto de vista, también manifiestan que podría comprenderse a la tentativa como delito autónomo si y sólo si se entendiera en relación con los elementos constitutivos que componen su figura

criminosa; pero es grave error si se explica prescindiendo del carácter extensivo de la norma que la prevé, pues ello haría incomprensible esta figura criminosa, ya que la tentativa tiene un carácter extensivo del contenido de los preceptos de las normas que están contempladas en la parte especial del Código Penal y que se refieren a hechos típicos completos, es decir, es necesario relacionar a la tentativa con el delito que se pretendía consumir, pues de lo contrario, ésta no podría comprenderse, y mucho menos apreciarse la peligrosidad agente.

Por otro lado, cabe agregar que el elemento doloso caracteriza de igual forma al delito consumado como a la tentativa, toda vez que no hay más dolo que el de la consumación, porque la conducta que acaba en tentativa comienza con la resolución de cometer un delito.

La tentativa justifica su punibilidad precisamente en el iter criminis, del cual es parte, toda vez que al no consumarse el delito que se pretendía por el agente, se infringe de un modo menos grave al ordenamiento jurídico penal.

**TERCER CRITERIO.-** Nosotros consideramos que independientemente de como se considere a la tentativa, ya sea como grado en la ejecución de un delito o como delito autónomo, es procedente la libertad provisional bajo caución en los siguientes términos:

La negativa a otorgar el beneficio de la libertad provisional al acusado por la TENTATIVA DE ROBO prevista en los artículos 367, 370 párrafo II y 372 en relación al 12 todos del Código Penal para el Distrito Federal, resulta inconstitucional por las siguientes razones:

El artículo 20 Constitucional, en la fracción I, primer párrafo, dispone: "En todo proceso de orden penal, tendrá el inculpado las siguientes garantías: I. Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo

caución, siempre y cuando se garantice el monto estimado de la reparación del daño y de las sanciones pecuniarias que en su caso puedan imponerse al inculpado y no se trate de delitos que por su gravedad la ley expresamente prohíba conceder este beneficio".

Dicho precepto constitucional delega a la legislación secundaria definir cuales delitos por su gravedad no permiten la libertad provisional bajo caución, en consecuencia el legislador ordinario ha definido en los diversos ordenamientos procesales del orden penal cuales son considerados delitos graves que no permiten la libertad provisional bajo caución.

Así, el numeral 556 fracción IV, del Código de Procedimientos Penales, establece como uno de los requisitos para la procedencia del beneficio en cuestión, lo siguiente: "Todo inculpado tendrá derecho durante la averiguación previa y durante el proceso judicial, a ser puesto en libertad provisional bajo caución, inmediatamente que lo solicite, si se reúnen los requisitos siguientes: I.- ... II.- ... III.- ... IV.- Que no se trate de delitos que por su gravedad están previstos en el último párrafo del artículo 268 de este Código."

Por su parte, el artículo 268 del ordenamiento antes citado, en su tercer párrafo, contiene la clasificación de los delitos considerados como graves, que textualmente es la siguiente: "... Para todos los efectos legales, por afectar de manera importante valores fundamentales de la sociedad, se califican como delitos graves los siguientes: Homicidio por culpa grave previsto en el artículo 60 párrafo tercero; terrorismo previsto en el artículo 139 párrafo primero; sabotaje previsto en el artículo 140 párrafo primero; evasión de presos previsto en los artículos 150 con excepción de la parte primera del párrafo primero y 152; ataques a las vías de comunicación previsto en los artículos 168 y 170; corrupción de menores previsto en el artículo 201; trata de personas previsto en el artículo 205 segundo párrafo; explotación del cuerpo de un menor de edad por medio del comercio carnal previsto en el artículo 208; violación previsto en los artículos 265, 266 y 266 bis; asalto

previsto en los artículos 286 párrafo segundo y 287; homicidio previsto en los artículos 302 con relación al 307, 313, 315-bis, 320 y 323; secuestro previsto en el artículo 366 exceptuando los párrafos antepenúltimo y penúltimo; robo calificado previsto en los artículos 367 en relación con el artículo 370 párrafos segundo y tercero, cuando se realice en cualquiera de las circunstancias señaladas en los artículos 372, 381, fracción VIII, IX y X, y 381-bis, y extorsión previsto en el artículo 390 todos del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal".

Como se puede advertir, se señala como grave, dentro del precepto transcrito, el delito de ROBO CALIFICADO previsto en los artículos 367 en relación con el 370 párrafo segundo y tercero, cuando se realice en cualquiera de las circunstancias señaladas en los artículos 372, 381, fracción VIII, IX y X, y 381-bis, MAS NO ASI LA TENTATIVA DE ROBO establecida en los artículos 367, 370 párrafo II y 372 en relación con el diverso 12 del mismo Código sustantivo.

Ahora bien, para determinar la procedencia del beneficio de la libertad provisional bajo caución, en primer lugar, se debe tomar en consideración lo dispuesto por el artículo 20 Constitucional en su fracción I y en segundo lugar, en específico lo previsto en el artículo 268, tercer párrafo del Código Adjetivo; preceptos que en resumen establecen los siguientes requisitos: a) Que el indiciado garantice el monto de la reparación del daño; b) Que el indiciado garantice el monto de las sanciones pecuniarias; y c) Que no se trate de delito que por su gravedad la ley expresamente prohíba conceder el beneficio aludido.

En otro orden de ideas y sin detrimento de lo ya expuesto, para el caso en particular, es necesario establecer que la tentativa excluye a la consumación de una conducta descrita como antijurídica en los tipos penales. La tentativa no es otra cosa que la puesta en peligro de un bien jurídico determinado y protegido en la norma jurídico-penal. Los tipos de tentativa se realizan mediante la fusión del texto legal propio de la tentativa con los diversos tipos de consumación incluidos en el

Código Penal, es decir, se obtiene relacionando el tipo de consumación que se pretenda analizar y el dispositivo que prevea la integración de la tentativa. En el caso en particular, el tipo de TENTATIVA DE ROBO se obtiene relacionando lo previsto en los artículos 367, 370 párrafo II y 372 con el numeral 12, del Código Penal para el Distrito Federal.

Ahora bien, el problema a dilucidar es si la tentativa en delitos graves alcanza o no el beneficio de la libertad provisional bajo caución, por lo que en atención a las consideraciones que anteceden, tenemos la convicción de que en el supuesto del beneficio de la libertad, la puesta en peligro de un bien jurídico (tentativa) en delitos graves no merece el mismo tratamiento, pues no existe disposición expresa en la ley, a diferencia de que cuando se lesiona un bien jurídico (consumación) en delitos graves, en razón de que el legislador sólo determinó la no procedencia del beneficio de la libertad personal en el caso de delitos graves consumados, más no así en el caso de la tentativa de delitos graves (puesta en peligro). En tal sentido, podemos resumir :

a) Con base en las disposiciones expresas del legislador, es inconstitucional establecer que las conductas antijurídicas clasificadas como graves en la Ley, que lesionan el bien jurídico tutelado, comprendan también a las TENTATIVAS DE..., las cuales no lesionan el bien jurídico tutelado, sólo lo ponen en peligro; por lo que afirmar que no alcanza el beneficio de la libertad provisional bajo caución la TENTATIVA DE ROBO en estudio, se estaría conculcando la garantía individual de legalidad, prevista en el párrafo segundo del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues en lo particular, no existe ley expedida con anterioridad al hecho, que determine que la tentativa en delitos graves no alcance el beneficio de la libertad provisional bajo caución y, si no existe un antecedente normativo y en su caso jurisprudencial, no puede haber concordancia con el artículo 20, fracción I de la Constitución Federal, que dispone la inmediata otorgación de la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando entre otros requisitos, no se trate

de delitos en que por su gravedad la ley EXPRESAMENTE prohíba conceder este beneficio.

b) En vista de que la TENTATIVA DE ROBO contemplada en los artículos 367, 370 párrafo II y 372 en relación al 12 -Código Penal-, no se encuentra prevista en el supuesto de DELITO GRAVE del numeral 268 del Código de Procedimientos Penales, toda vez que el mismo no enmarca las TENTATIVAS, con fundamento en el artículo 14 de la Constitución en su párrafo tercero, no se puede imponer por simple analogía y aún por mayoría de razón pena alguna que no este decretada por una ley, exactamente aplicable al delito de que se trata, por lo que al no ser un delito de resultado material, es por lo que con fundamento en la fracción I del artículo 20 de la Constitución y 556 del Código de Procedimientos Penales, se debe conceder la libertad provisional, previa exhibición de las garantías respectivas.

Así las cosas, es inconstitucional negar el beneficio de la libertad provisional bajo caución, toda vez que en el particular no se está ante el delito de ROBO CALIFICADO CONSUMADO, sino ante la TENTATIVA DEL DELITO DE ROBO, en consecuencia, si es procedente otorgar al acusado por este delito, el beneficio de la libertad provisional bajo caución al no ser considerado como delito grave por el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal; sin perjuicio de que el inculcado deba satisfacer los requisitos contenidos en el artículo 556 del Ordenamiento legal invocado, y en relación con el dispositivo Constitucional de mérito, mismos que deberán ser acordes con la gravedad de la conducta y a criterio del juzgador, para así evitar que el sujeto activo del delito de tentativa de robo calificado se sustraiga a la acción de la justicia.

## **8.- TENTATIVA DE VIOLACION**

**(PREVISTA EN EL ARTICULO 265 EN RELACION AL ARTICULO 12, AMBOS DEL CODIGO PENAL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL).**

Comete el delito de VIOLACIÓN: el que por medio de la violencia física o moral realiza cópula con persona de cualquier sexo (artículo 265 párrafo primero). Pero si el agente resuelve cometer el ilícito y lo exterioriza realizando en parte (tentativa inacabada) o totalmente (tentativa acabada) los actos ejecutivos tendientes a realizar la cópula en la persona del ofendido, utilizando como medio comisivo la violencia física o moral, sin que la cópula se consume por causas ajenas a la voluntad del agente, poniendo en peligro el bien jurídicamente tutelado por la norma como lo es el normal desarrollo psicosexual, tratándose de un menor, o la libertad sexual, si se trata de una persona con mayoría de edad, y no logra su propósito por causas ajenas a su voluntad, estaremos ante la presencia de una TENTATIVA DE VIOLACION.

Para los efectos del artículo 265, se entiende por cópula, la introducción del miembro viril en el cuerpo de la víctima por vía vaginal, anal u oral, independientemente de su sexo (párrafo segundo). La pregunta forzada es: ¿La TENTATIVA DE VIOLACION citada se encuentra comprendida en la lista de los denominados delitos graves, reseñados en el artículo 268 en su párrafo último del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal?, y por lo tanto, ¿Es procedente o no, la libertad provisional bajo caución en el caso concreto?; toda vez que el supuesto enunciado refiere: "... Para todos los efectos legales, por afectar de manera importante valores fundamentales de la sociedad, se califican como delitos graves los siguientes: "... violación previsto en los artículos 265, 266 y 266-bis;..."

Nuevamente no debemos pasar por inadvertido el contenido de los artículos 268 y 556 del Código Adjetivo, toda vez que el primero enumera los delitos graves, y el segundo refiere que no procederá la libertad provisional bajo caución tratándose de delitos que por su gravedad estén previstos en el artículo 268, del precepto legal antes enunciado, entre otros requisitos.

Como nuestro criterio sobre el beneficio de la libertad provisional bajo caución tratándose de tentativa de delitos graves es el mismo que en el apartado anterior denominado TENTATIVA DE ROBO, consideramos inútil realizar repeticiones de lo ya ampliamente expuesto, por lo que sólo enunciaremos los puntos de vista que al respecto se establecieron:

**PRIMER CRITERIO.-** La tentativa es un grado en la ejecución del delito, esto es, parte del iter criminis. Por lo tanto, los DELITOS GRAVES, que se encuentran reseñados en el último párrafo del artículo 268 del Código Adjetivo, también comprenden las tentativas de delitos graves, aunque no estén implícitamente en el texto de la ley, por lo que tratándose de la TENTATIVA DE VIOLACION indicada al principio de este apartado, no debe proceder la libertad bajo caución, por tratarse de la tentativa de un delito grave así calificado por la ley.

A continuación expondremos los razonamientos en los que se basan diversos Juzgadores para negar la Libertad Bajo Caución, aplicado al delito en cuestión:

El delito de violación en grado de tentativa, hace inaplicable tal beneficio, en base a que conforme al artículo 268 del Código de Procedimientos Penales, el delito de violación está calificado legalmente como grave y la circunstancia de que se trate de un delito inacabado o en grado de tentativa, no disminuye el peligro que representa la conducta del sujeto activo que afecta tal bien.

Al calificar el legislador las figuras típicas que contiene el artículo 265 del Código Penal no excluye a los delitos tentados, porque basta que su conducta vaya dirigida a un delito básico de los ahí enumerados para que se este en presencia de un delito calificado como grave, por lo que es incuestionable que no existe diferencia en ese aspecto entre la consumación y la fase tentada, ya que en ambos supuestos el sujeto activo, conoce todas las circunstancias del hecho delictivo y tiene la voluntad

de cometerlo, aunque en algunos casos se consume y en otros no, por causas ajenas a la voluntad del agente del delito, porque la voluntad fue encaminada a consumarlo, razón por la que correctamente se concluye, que la anterior circunstancia no le quita el carácter de grave al delito, con independencia de que no se haya consumado, por causas ajenas a la voluntad del agente, por ser evidente que sigue afectando gravemente los valores fundamentales de la sociedad, de donde resulta que la tentativa del ilícito en cuestión, esta calificada como grave en el artículo 268 del Código de Procedimientos Penales.

En consecuencia, se debe negar la libertad provisional al acusado, en virtud de que el artículo 268 del Código de Procedimientos Penales considera al delito de violación como grave, y aunque en la especie se trata de un delito no consumado sino en grado de tentativa, este debe seguir la suerte principal del delito base. Y dado que castigar la tentativa supone una extensión de la punibilidad que, sólo será posible si concurren los requisitos que establece el artículo 12 del Código sustantivo de la materia, que como ha sido mencionado se traducen en que el sujeto activo exteriorice su resolución de cometer un delito, realizando actos ejecutivos tendientes a producir el resultado u omitiendo los que deberían evitarlo si aquel no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente, en que el ilícito de violación, no se ejecuta por la resistencia de la pasivo o por cualquier otra circunstancia. Esto es, en el delito de violación no se ha legislado solamente porque sea injusto atentar contra la libertad sexual de una persona de copular con quien desee, sino también porque es injusta la acción de atentar contra dicha libertad, aunque no se ejecute, de donde se sigue, que la acción de quien consuma y la acción de quien intenta pero no consuma, si prescindimos del resultado, es la misma.

Sentado lo anterior, validamente puede decirse, que la tentativa que nos ocupa, necesariamente debe seguir la suerte del delito principal, que en todo caso es el que da vida a dicha figura, por lo que no se considera violatorio de garantías en perjuicio del inculpado negar el citado beneficio.

**ANALISIS DEL PRIMER CRITERIO.-** Si bien es cierto que el numeral 268 del Código de Procedimientos Penales, en su último párrafo, contempla los delitos graves, y que en el mismo no están expresamente previstas las TENTATIVAS DE ..., es claro, que debe proceder la libertad bajo caución, toda vez que en donde la ley no distingue el juzgador no debe distinguir.

Es de hacerse notar igualmente, que si las tentativas de delitos graves no están contempladas en forma textual en el contenido del precepto citado, es porque la intención del legislador al momento de tipificar los delitos como graves, fue proteger los bienes jurídicos de mayor valía, y no considero como delitos GRAVES A LAS TENTATIVAS DE, toda vez que las mismas únicamente ponen en peligro el bien jurídicamente tutelado pero nunca lo vulneran, por lo que no se debe sancionar de la misma forma a una persona que consuma un delito, que a la que únicamente realiza actos tendientes a su realización, no obstante, que los fines que se perseguían en ambos casos fueran la consumación del delito.

**SEGUNDO CRITERIO.-** De la autonomía de la tentativa. Figura jurídica autónoma, a la cual se considera como un delito perfecto. La ley la castiga de modo expreso, en forma especial y diferente en relación con cualquier otro delito perfectamente consumado. No se encuentra dentro de la regulación de los delitos graves plasmada en el artículo 268 del Código Adjetivo Penal, por lo tanto, es procedente la libertad provisional bajo caución tratándose de la TENTATIVA DE VIOLACION prevista en el artículo 265 en relación al 12 del Código Sustantivo de la materia.

La tentativa únicamente pone en peligro el bien jurídicamente tutelado, y no se vulnera como acontece en el delito consumado, haciendo evidente que en materia penal no se puede imponer pena alguna por simple analogía, misma que se encuentra expresamente prohibida en el numeral 14 párrafo tercero del Pacto Federal, puesto que la tentativa de delitos no está prevista dentro de los delitos graves

en la Ley adjetiva penal, luego entonces, en estricto apego a la letra de la ley, se debe conceder el beneficio de la libertad bajo caución, conforme al artículo 20 fracción I de la Constitución, en relación a los artículos 268 y 556 del Código de Procedimientos Penales.

**ANÁLISIS DEL SEGUNDO CRITERIO.-** Para evitar obviedad de repeticiones, remítase al apartado anterior denominado TENTATIVA DE ROBO, en el análisis al segundo criterio.

**TERCER CRITERIO.-** Estimamos que ya sea contemplada la TENTATIVA DE VIOLACION, prevista en el artículo 265 en relación con el artículo 12 del Código Penal, como una fase del iter criminis o como una figura jurídica autónoma, es procedente otorgar el beneficio de la libertad provisional bajo caución al acusado por este delito, atento a los razonamientos establecidos en los apartados precedentes, siempre y cuando sea solicitado el beneficio.

Toda vez que si bien es cierto, existió una conducta o acción realizada por el activo, a través de la cual de manera dolosa trató de realizar el hecho descrito por la ley en el artículo 265 párrafos primero y segundo, ejecutando todos los actos idóneos consistentes en actos tendientes a realizar la cópula en la persona del ofendido, utilizando como medio comisivo la violencia física o moral, sin que la cópula sea consumada por causas ajenas a la voluntad del agente, poniendo en peligro el bien jurídicamente tutelado por la norma, no menos cierto es que con fundamento en la fracción I del artículo 20 Constitucional, y con la legislación secundaria, a la cual ha quedado delegado la especificación de los DELITOS GRAVES; así como, el numeral 556 fracción IV, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, que establece como uno de los requisitos para la procedencia del beneficio en cuestión que no se trate de delitos que por su gravedad están previstos en el último párrafo del precepto 268 de este Código, y que por su parte, el último

ordinal señalado, en su tercer párrafo, contenga la clasificación de los delitos considerados como graves, que textualmente es la siguiente:

"... Para todos los efectos legales, por afectar de manera importante valores fundamentales de la sociedad, se califican como delitos graves los siguientes: Homicidio por culpa grave previsto en el artículo 60 párrafo tercero; terrorismo previsto en el artículo 139 párrafo primero; sabotaje previsto en el artículo 140 párrafo primero; evasión de presos previsto en los artículos 150 con excepción de la parte primera del párrafo primero y 152; ataques a las vías de comunicación previsto en los artículos 168 y 170; corrupción de menores previsto en el artículo 201; trata de personas previsto en el artículo 205 segundo párrafo; explotación del cuerpo de un menor de edad por medio del comercio carnal previsto en el artículo 208; violación previsto en los artículos 265, 266 y 266 bis; asalto previsto en los artículos 286 párrafo segundo y 287; homicidio previsto en los artículos 302 con relación al 307, 313, 315-bis, 320 y 323; secuestro previsto en el artículo 366 exceptuando los párrafos antepenúltimo y penúltimo; robo calificado previsto en los artículos 367 en relación con el artículo 370 párrafos segundo y tercero, cuando se realice en cualquiera de las circunstancias señaladas en los artículos 372, 381, fracción VIII, IX y X, y 381-bis, y extorsión previsto en el artículo 390 todos del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal".

Como se puede advertir, se señala como grave, dentro del precepto transcrito, el delito de VIOLACION previsto en los artículos 265, 266 y 266 bis, MAS NO ASI LA TENTATIVA de VIOLACION establecida en los artículos 265, 266 y 266 bis en relación con el diverso 12 del mismo Código Sustantivo. Toda vez que, los tipos de tentativa se realizan mediante la fusión del texto legal propio de la tentativa con los diversos tipos de consumación incluidos en el Código Penal.

En consecuencia, y en virtud de que la tentativa de violación no merece el mismo tratamiento que los delitos consumados, en razón de que el bien jurídico tutelado únicamente se pone en peligro pero no se vulnera, y que el legislador sólo

previo como DELITO GRAVE al delito de VIOLACION, en el cual se atenta contra la libertad sexual de una persona de copular con quien desee, lesionando el bien jurídico tutelado, concluimos que:

a) Con base en las disposiciones expresas del legislador, es incorrecto establecer que las conductas antijurídicas que sólo ponen en peligro el bien jurídico tutelado no alcancen el beneficio de la libertad provisional bajo caución, por que éstas no están clasificadas como graves en la Ley; y de considerarse como incluidas en el último párrafo del numeral 268 del Código adjetivo y por está razón negarse el beneficio de la libertad provisional al inculpado por este delito, se le estará conculcando la garantía individual de legalidad, prevista en el párrafo segundo del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues en lo particular, no existe ley expedida con anterioridad al hecho, entendiéndose esto en lato sensu, toda vez que conforme a el término "leyes", dentro de éste, quedan comprendidas las cuestiones adjetivas y sustantivas de la materia, ya que, conforme a el texto del artículo 14 Constitucional segundo párrafo, no hay excepciones ni distinciones al respecto, por lo que no debemos discriminar; por lo tanto, y en vista de que no hay parámetro que determine que la tentativa en delitos graves no alcancen el beneficio de la libertad provisional bajo caución, aunado a que no existe un antecedente normativo y en su caso jurisprudencial, debe otorgarse la libertad provisional bajo caución, garantía constitucional contemplada en la fracción I del artículo 20.

b) Por otro lado, con fundamento en el artículo 14 de la Constitución en su párrafo tercero, no se puede imponer por simple analogía y aún por mayoría de razón pena alguna que no este decretada por una ley, exactamente aplicable al delito de que se trata; y en vista de que la TENTATIVA DE VIOLACION contemplada en el artículo 265 párrafos I y II en relación al 12 del Código Penal, no se encuentra prevista en el supuesto de DELITO GRAVE del numeral 268 del Código de Procedimientos Penales, toda vez que el mismo no enmarca las TENTATIVAS, y en razón de no ser un delito de resultado material sino formal, conforme a la fracción I

del artículo 20 de la Constitución y 556 del Código de Procedimientos Penales, se debe conceder la libertad provisional.

#### 9.- TENTATIVA DE HOMICIDIO SIMPLE

(PREVISTA EN EL ARTICULO 302 EN RELACION AL ARTICULO 12, AMBOS DEL CODIGO PENAL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL).

Comete el delito de HOMICIDIO: el que priva de la vida a otro (artículo 302). Al responsable de cualquier homicidio simple intencional que no tenga señalada una sanción especial en el Código Penal, se le impondrán de ocho a veinte años de prisión (numeral 307). Sin embargo, conforme al artículo 12 que prevé la TENTATIVA, si el sujeto activo resuelve cometer el ilícito y lo exterioriza realizando en parte (tentativa inacabada) o totalmente (tentativa acabada) los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo (igualmente puede presentarse la tentativa inacabada en el homicidio por omisión, en el caso de que exista un comienzo de inexecución, el cual es interrumpido por causas ajenas a la voluntad del agente, no consumándose, por tanto, el delito de homicidio; o la tentativa acabada, que se presenta cuando la conducta es voluntariamente omisiva, o sea, que se ha querido la omisión y el resultado -muerte-, no obstante, éste no acontece por la intervención de factores extraños al agente), y no logra su propósito por causas ajenas a su voluntad, estaremos ante la presencia de una TENTATIVA DE HOMICIDIO.

Ante la tentativa de homicidio simple, en análisis, resulta imperativo formularnos las siguientes cuestiones: ¿La tentativa de homicidio simple se encuentra comprendida en la lista de los denominados delitos graves, reseñados en el artículo 268 en el párrafo último del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal?, y por lo tanto, ¿Es procedente o improcedente, la libertad provisional bajo caución?, toda vez que el supuesto enunciado refiere: "... Para todos los efectos legales, por afectar de manera importante valores fundamentales de la sociedad, se

califican como delitos graves los siguientes: Homicidio por culpa grave previsto en el artículo 60 párrafo tercero; ... homicidio previsto en los artículos 302 con relación al 307, 313, 315-bis, 320 y 323 todos del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal".

No debemos pasar por desapercibido el contenido de los numerales 268, que enlista los delitos graves, y 556, que refiere la no procedencia de la libertad provisional bajo caución tratándose de delitos que por su gravedad estén previstos en el artículo 268, entre otros requisitos; ambos del código adjetivo de la materia. Y el precepto 20 fracción I del Facto Federal, que brinda al beneficio de la libertad la categoría de garantía del inculpaado y ordena la inmediatez en la concesión éste, previo cumplimiento de ciertos requisitos; sin embargo no hay uniformidad de criterios de los Juzgadores en la práctica jurídica, para conceder o negar la libertad bajo caución tratándose de tentativa de delitos graves; al respecto analizaremos los siguientes criterios en forma breve, porque ya han sido expuestos en los apartados anteriores:

**PRIMER CRITERIO.-** En el que la tentativa es considerada como un grado en la ejecución del delito. La tentativa es parte del iter criminis. En la tentativa si bien es cierto que se despliegan actos encaminados a la consumación del tipo de homicidio, el mismo no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.

Apoyados en este criterio, los que defienden esta posición, consideran que los delitos GRAVES contemplados en el artículo 268 del precepto legal multireferido, comprenden también a las tentativas de delitos graves, aunque no estén implícitamente en el texto de la ley, por lo que tratándose de una TENTATIVA de HOMICIDIO SIMPLE, como la indicada al principio de este apartado, no debe proceder la libertad bajo caución, por tratarse de la tentativa de un delito grave así calificado por la ley.

Así mismo este criterio sostiene que la tentativa es punible no solo porque pone en peligro el bien jurídicamente tutelado que pretendía vulnerar la conducta del sujeto, sino por el dolo manifestado y por los actos realizados que en su conjunto revelan la capacidad de delinquir del autor, la cual lo hace merecedor de una sanción.

Se afirma que no es procedente la libertad provisional en la tentativa de un delito grave; aún cuando la fracción I del artículo 20 Constitucional, previene que inmediatamente que lo solicite se deberá otorgar al inculcado la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando se garantice el monto estimado de la reparación del daño y de las sanciones pecuniarias que en su caso puedan imponérsele y no se trate de los delitos en que por su gravedad la ley expresamente prohíba conceder este beneficio; y que el artículo 556 del Código de Procedimientos Penales establezca determinados requisitos para conceder la libertad provisional, entre ellos, que no se trate de delitos que por su gravedad estén previstos en el último párrafo del artículo 268 del Código adjetivo de la materia; por lo que estando ante una TENTATIVA DE HOMICIDIO SIMPLE se está ante un delito grave, aún cuando se trate de tentativa, ya que la tentativa punible es un grado en la ejecución directa e inmediata de un delito, para cuya existencia se precisa la realización de actos ejecutivos encaminados directa e inmediatamente a llevar a cabo el delito proyectado.

Cabe considerar que la tentativa nace cuando la ejecución del delito se materializa y ya iniciada la actividad delictiva se ve interrumpida por una circunstancia imprevista, toda vez que la tentativa lleva implícito un comienzo de ejecución del delito proyectado, tendiente a causar lesión en el bien jurídico tutelado, por lo que no puede considerarse como un delito autónomo ni diferente al consumado, sino que corresponde a una de las fases externas de la ejecución del ilícito y siendo un delito grave se encuentra exenta de los beneficios de la libertad caucional.

**ANALISIS DEL PRIMER CRITERIO:** El numeral 268 del Código de Procedimientos Penales, en su último párrafo, en ningún momento contempla que es delito grave LA TENTATIVA DE HOMICIDIO SIMPLE. Y resultando que el ánimo del Legislador al momento de tipificar los delitos como graves, fue proteger los bienes jurídicos de mayor valía, como son la vida, la integridad personal, el patrimonio de las personas, etc., y si no considero como delitos GRAVES A LAS TENTATIVAS DE, toda vez que las mismas únicamente ponen en peligro el bien jurídicamente tutelado pero nunca lo vulneran, en razón de que no se debe sancionar de la misma forma a una persona que consuma un delito, que a la que únicamente realiza actos tendientes a su realización, no obstante, que los fines que se perseguían en ambos casos fueran la consumación del delito; y toda vez que las tentativas de delito no se encuentran previstas en el último párrafo del numeral 268 del Código de Procedimientos Penales, es procedente la libertad bajo caución, máxime que ante la duda acerca del sentido de una ley, debe interpretarse en la forma más favorable para el acusado, por lo que resulta procedente el beneficio de la libertad bajo fianza.

Es relevante denotar que los juzgadores que niegan el beneficio, aplican la analogía y la mayoría de razón, encuadrando de esta forma las TENTATIVAS DE DELITOS GRAVES dentro de los supuestos manejados en el último párrafo del numeral 268 del Código de Procedimientos Penales, resultando que con tal clasificación se vulnera lo establecido en el tercer párrafo del artículo 14 del Pacto Federal, por tal se desprende que al negar el juzgador la libertad caucional, esta conculcando la garantía individual prevista en el artículo 20 fracción I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Por todo lo cual es procedente conceder el beneficio de la libertad provisional, previa exhibición de las garantías respectivas.

**SEGUNDO CRITERIO.-** La tentativa es un delito autónomo, en virtud de que estar codificada en un capítulo separado a los delitos consumados, teniendo una sanción específica diversa, y más aún cuando para los efectos de la libertad caucional

en ningún momento el legislador las regula dentro de la clasificación de delitos graves plasmada en el artículo 268 del Código Adjetivo Penal, ni en ningún otro precepto que la contemple como tal, siendo de abundado derecho que la tentativa de delito es autónoma respecto al tipo consumado, en virtud de constituir un delito de resultado formal (no hay que confundir con los delitos de peligro), y no de resultado material, como lo es el delito consumado; lo que hace evidente que en materia penal no se puede imponer pena alguna por simple analogía.

Aplicando el criterio anterior al caso concreto que nos ocupa (TENTATIVA DE HOMICIDIO SIMPLE), sustentándonos en lo dispuesto por el ordinal 14 del Pacto Federal; en su párrafo tercero, el cual reza: "... 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 trata ..." es procedente la libertad provisional bajo caución en los siguientes términos; toda vez que la tentativa de HOMICIDIO SIMPLE prevista en los artículos 302 en relación al 12 del Código Penal, no se encuentra contemplada en el supuesto de DELITO GRAVE, porque el artículo 268 del Código de Procedimientos Penales en su último párrafo, NO ENMARCA LAS TENTATIVAS DE DELITOS GRAVES, toda vez que nos encontramos en presencia de un delito que únicamente pone en peligro el bien jurídicamente tutelado por la ley y no de un delito de resultado material, por lo que constituye un título de delito autónomo, jurídicamente distinto del delito consumado, en consecuencia, con fundamento en lo dispuesto en la fracción I del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en relación a los artículos 268 y 556 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, se debe conceder la libertad provisional, previa exhibición que realice el inculpado de las garantías respectivas.

**ANÁLISIS DEL SEGUNDO CRITERIO:** La TENTATIVA DE HOMICIDIO SIMPLE, no es un delito autónomo, sino una fase externa del iter criminis, por que el tipo básico fundamentalmente para este delito lo es el HOMICIDIO, el cual considera

el legislador como delito grave, al encontrarse **sancionado** bajo el artículo 307 del Código Penal, por lo que debe excluirse del beneficio de la libertad provisional.

La tentativa tiene un carácter extensivo del contenido de los preceptos de las normas que están contempladas en la parte especial del Código Penal y que se refieren a hechos típicos completos, por lo que es necesario relacionar a la tentativa con el delito que se pretendía consumir, en razón del iter criminis, pues de lo contrario, ésta no podría comprenderse.

**TERCER CRITERIO.-** Nosotros nos apoyados en el convencimiento de que independientemente de como se considere a la tentativa - figura autónoma o fase del iter criminis -, es procedente la libertad provisional bajo caución, conforme a los siguientes fundamentos:

El artículo 20 Constitucional, en la fracción I, primer párrafo, dispone: Que en el proceso de orden penal, inmediatamente que lo solicite el acusado, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando se garantice el monto estimado de la reparación del daño y de las sanciones pecuniarias que en su caso puedan imponerse al inculcado y no se trate de delitos que por su gravedad la ley expresamente prohíba conceder este beneficio. Y es la legislación secundaria la que define que delitos por su gravedad no permiten la libertad provisional bajo caución. De esta manera, siguiendo el texto del ordinal 556 fracción IV, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, se establece como uno de los requisitos para la procedencia del beneficio en cuestión, que no se trate de delitos que por su gravedad estén previstos en el último párrafo del artículo 268 de este Código. Por su parte, el numeral 268 en su tercer párrafo contiene la clasificación de los delitos considerados como graves, que textualmente es la siguiente: "... Para todos los efectos legales, por afectar de manera importante valores fundamentales de la sociedad, se califican como delitos graves los siguientes: Homicidio por culpa grave previsto en el artículo 60 párrafo tercero; terrorismo previsto en el artículo 139

párrafo primero; sabotaje previsto en el artículo 140 párrafo primero; evasión de presos previsto en los artículos 150 con excepción de la parte primera del párrafo primero y 152; ataques a las vías de comunicación previsto en los artículos 168 y 170; corrupción de menores previsto en el artículo 201; trata de personas previsto en el artículo 205 segundo párrafo; explotación del cuerpo de un menor de edad por medio del comercio carnal previsto en el artículo 208; violación previsto en los artículos 265, 266 y 266 bis; asalto previsto en los artículos 286 párrafo segundo y 287; homicidio previsto en los artículos 302 con relación al 307, 313, 315-bis, 320 y 323; secuestro previsto en el artículo 366 exceptuando los párrafos antepenúltimo y penúltimo; robo calificado previsto en los artículos 367 en relación con el artículo 370 párrafos segundo y tercero, cuando se realice en cualquiera de las circunstancias señaladas en los artículos 372, 381, fracción VIII, IX y X, y 381-bis, y extorsión previsto en el artículo 390 todos del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal".

Como se puede advertir, se señala como grave, dentro del precepto transcrito, el delito de HOMICIDIO POR CULPA GRAVE previsto en el artículo 60 párrafo tercero y el HOMICIDIO previsto en los artículos 302 con relación al 307, 313, 315-bis, 320 y 323, MAS NO ASI LA TENTATIVA de HOMICIDIO establecida en los artículos 302 en relación con el 12 del mismo Código Sustantivo.

Es necesario establecer que la tentativa excluye a la consumación por que la primera no es otra cosa que la puesta en peligro de un bien jurídico determinado y protegido en la norma juridico-penal; además de que el tipo de la tentativa se realiza mediante la fusión del texto legal propio de la tentativa con los diversos tipos de consumación incluidos en el Código Penal. En el caso en particular, el tipo de tentativa de homicidio se obtiene relacionando el tipo previsto en el artículo 302 con el numeral 12, ambos preceptos del Código Penal para el Distrito Federal.

En razón de que la puesta en peligro de un bien jurídico (tentativa) en delitos graves no merece el mismo tratamiento, pues no existe disposición expresa en la ley, a diferencia de que cuando se lesiona un bien jurídico (consumación) en delitos graves, en razón de que el legislador sólo determinó la no procedencia del beneficio de la libertad personal en el caso de delitos graves consumados, más no así en el caso de la tentativa de delitos graves (puesta en peligro). En tal sentido, podemos establecer :

a) Es inconstitucional declarar que las conductas antijurídicas clasificadas como graves en la Ley, que se refieren únicamente a delitos consumados, toda vez que vulneran el bien jurídicamente protegido por la ley; comprendan a las tentativas, máxime LA TENTATIVA DE HOMICIDIO SIMPLE, en virtud de que con tal interpretación se conculcaría la garantía individual de legalidad, prevista en el párrafo segundo del artículo 14 del Pacto Federal, toda vez que no existe una ley expedida con anterioridad al hecho, que determine que la tentativa en delitos graves no alcance el beneficio de la libertad provisional bajo caución, por lo que en consecuencia y aunado a que no existe un antecedente normativo y en su caso jurisprudencial, no puede negarse el beneficio de la libertad provisional bajo caución, conforme lo establece el numeral 20 en su fracción I de la Constitución.

b) En vista de que la TENTATIVA DE HOMICIDIO SIMPLE prevista en el precepto 302 en relación al 12 todos del código sustantivo, no se encuentra prevista en el supuesto de DELITO GRAVE del numeral 268 del Código de Procedimientos Penales, toda vez que el mismo no enmarca las TENTATIVAS, sino sólo prevé tipos complementados cualificados y estrictamente consumados sin ninguna hipótesis o circunstancia atenuante, no siendo correcto, aplicar analógicamente la ley, toda vez que el ilícito en cuestión trae consigo una circunstancia: la tentativa, hipótesis normativa que no está exactamente prevista en el numeral 268 del Código Adjetivo en vigor, por lo que encuadrar a la tentativa de homicidio simple en el de delito grave, es aplicar la mayoría de razón, por lo que con fundamento en el artículo 14 de la Constitución en su párrafo tercero, no se puede imponer por simple analogía y

aún por mayoría de razón pena alguna que no este decretada por una ley, exactamente aplicable al delito de que se trata, por lo que al no ser un delito de resultado material, es por lo que con fundamento en la fracción I del artículo 20 de la Constitución y 556 del Código de Procedimientos Penales, se debe conceder la libertad provisional, previa exhibición de las garantías respectivas.

**A N E X O**

## A N E X O

**NOTA ACLARATORIA.** Esta adición es con motivo de las reformas publicadas en el Diario Oficial con fechas trece de mayo y tres de julio de 1996, para el Código Penal y el Código de Procedimientos Penales, ambos para el Distrito Federal, y la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, respectivamente.

En la vida practica que se presentaba cotidianamente en materia penal, en el Distrito Federal, encontramos que hasta antes de las reformas señaladas, parecía ser arbitrario el otorgamiento de la libertad provisional, tratándose de la tentativa de cualquiera de los delitos calificados como graves por la ley, ya que algunas veces se brindaba el beneficio, mientras que en otras tantas se negaba; casi parecía depender de la suerte de cada inculpado, toda vez, que si el juzgador que conociere de su situación jurídica y en general de todo el proceso, tenía como criterio, ante estos casos la procedencia de la libertad provisional bajo caución, está se otorgaba, pero, en caso contrario, si el acusado no tenía tal suerte, se veía privado de su libertad, mientras se le seguía el proceso, por considerarse también a la tentativa como delito grave, aún cuando no estuviera contemplado en forma expresa en la ley.

Sin embargo, es con la publicación de esta iniciativa en el Diario Oficial de la Federación, cuando se determina en forma manifiesta que la tentativa punible de los ilícitos penales mencionados en lo que era el último párrafo del artículo 268 del CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL, también se calificara como delito grave, adición que se realizó al final del mencionado precepto 268. Lo que nos conduce a una sola determinante, ya no es arbitrario el otorgamiento del beneficio de la libertad personal en el Distrito Federal, toda vez, que ahora ya se encuentra prevista la tentativa de los delitos graves con la calidad de estos últimos. Por tanto, todo juzgador debe negar el beneficio a cualquier individuo, que se encuentre acusado de tentativa de un delito grave, cuando este lo solicite.

En atención a la exposición de motivos de la legislación vigente, la reforma se debió a que en la actualidad se viven tiempos de grave deterioro en el campo de la seguridad pública y la procuración de justicia. En la capital de la República, la criminalidad refleja altos índices de crecimiento y sus formas de organización y actuación son cada vez más sofisticadas y violentas. Esta situación, que atenta sin lugar a dudas en contra del orden social, preocupa de sobremanera a todos los estratos de nuestra comunidad.

Para los habitantes de la Ciudad de México, sede de los poderes federales, el problema de la seguridad pública y de la procuración de justicia se ha agudizado. En 1995, el promedio diario de los hechos denunciados como posiblemente constitutivos de delito, tuvo un incremento del 35.36% en relación con el año de 1994, y la incidencia de hechos denunciados de carácter patrimonial, como el robo de vehículos, a transeúntes, negocios, transportes, repartidores y a casas habitación, así como las lesiones dolosas, han tenido un crecimiento muy significativo y preocupante.

En virtud de las consideraciones anteriores, resultó para el Ejecutivo Federal, prioritario actualizar la legislación suprema, penal y procesal penal, a través de las reformas que garanticen a la sociedad la imposición del castigo que los delincuentes merecen y a las víctimas y ofendidos por los delitos la reparación de los daños y perjuicios que la comisión de éstos les hubiere causado; todo ello, en un marco de pleno derecho a los derechos humanos. Por todo ello, el Estado mexicano se ve obligado a promover políticas que le permitan enfrentar y combatir eficazmente este tipo de delincuencia, que ha modernizado su *modus vivendi* de manera significativa.

De esta manera se establecieron las siguientes reformas:

• **ARTÍCULO 268 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL.**

Se determinó en forma expresa en la legislación secundaria, que el riesgo fundado de sustraerse a la acción de la justicia, existirá no sólo cuando el indiciado sea sorprendido tratando de abandonar el ámbito territorial de jurisdicción de la autoridad que conoce del hecho delictivo, sino también en atención a las circunstancias personales del inculpado, a sus antecedentes penales, a sus posibilidades de ocultarse o, en general, a cualquier indicio que haga presumir fundadamente que pueda fácilmente evadir su detención.

Nuestro régimen constitucional sólo permite que una persona sea detenida por orden de aprehensión girada por autoridad judicial competente, por flagrancia o por caso urgente.

En una ciudad con las características urbanas de espacio y población tan complejas como las del Distrito Federal, resulta relativamente fácil para el delincuente permanecer en el anonimato y, consecuentemente, evadirse de la acción de la justicia.

Por ello, de conformidad con el artículo 16 constitucional, la detención de un inculpado puede darse por "caso urgente", siempre que se trate de un delito grave, que exista riesgo fundado de que el sujeto pueda sustraerse a la acción de la justicia y que no se pueda ocurrir a la autoridad judicial, por razón de la hora, lugar o circunstancias. En estos casos el Ministerio Público bajo su responsabilidad ordenará la detención, fundando y expresando los motivos de su proceder.

Cabe agregar que con esta reforma, en el numeral 268 se amplió la gama de los delitos que se consideraban graves, toda vez, que anteriormente solo se contenían como tales a: 1.- Homicidio por culpa grave previsto en el artículo 60 párrafo tercero; 2.- terrorismo previsto en el artículo 139 párrafo primero; 3.- sabotaje previsto en el artículo 140 párrafo primero; 4.- evasión de presos previsto

en los artículos 150 con excepción de la parte primera del párrafo primero y 152; 5.- ataques a las vías de comunicación previsto en los artículos 168 y 170; 6.- corrupción de menores previsto en el artículo 201; 7.- violación previsto en los artículos 265, 266 y 266 bis; 8.- asalto previsto en los artículos 286 párrafo segundo y 287; 9.- homicidio previsto en los artículos 302 con relación al 307, 313, 315-bis, 320 y 323; 10.- secuestro previsto en el artículo 366 exceptuando los párrafos antepenúltimo y penúltimo; 10.- robo calificado previsto en los artículos 367 en relación con el artículo 370 párrafos segundo y tercero, cuando se realice en cualquiera de las circunstancias señaladas en los artículos 372, 381, fracción VIII, IX y X, y 381-bis, y 11.- extorsión previsto en el artículo 390 todos del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal; y ahora se adicionaron: 1.- trata de personas, previsto en el artículo 205, segundo párrafo; 2.- explotación del cuerpo de un menor de edad por medio del comercio carnal, previsto en el artículo 208; 3.- robo previsto en el artículo 371 párrafo último; 4.- despojo, previsto en el artículo 395, último párrafo todos del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal; y 5.- tortura, previsto en los artículos 30. y 50. de la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura.

Y finalmente se estipuló, en el contenido del precepto en análisis, como quedó anteriormente asentado, que la tentativa punible de los ilícitos penales calificados por la ley como graves, también se calificará como delito grave.

Es importante resaltar que con motivo de las reformas en comento, sólo se estipuló en forma clara y precisa que la tentativa punible de los delitos graves, también debe ser calificada como grave, pero únicamente para el Fuero Común, toda vez que en el Fuero Federal, no existe reforma en este sentido; únicamente se continúan calificando como delitos graves, para todos los efectos legales, por afectar de manera importante valores fundamentales de la sociedad, ciertos delitos previstos en el Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal, en la Ley Federal de Armas de Fuego y

Explosivos, en la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura, en la Ley General de Población (tráfico de indocumentados) y en el Código Fiscal de la Federación. De donde se desprende que aún no hay uniformidad de criterios en el ámbito federal, y, en consecuencia, tratándose de un delito de este ámbito, el inculpado correrá la misma suerte que atravesaba uno del fuero común, hasta antes de la modificación comentada, pues basta recordar, que en materia penal con fundamento en el artículo 14 Constitucional en su párrafo tercero, está prohibido imponer por simple analogía y aún por mayoría de razón pena alguna que no este decretada por una ley, exactamente aplicable al delito de que se trata.

#### **\* ARTICULO 63 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.**

Una buena política criminal no es precisamente la más represiva o la que únicamente busca detener, castigar o rehabilitar al delincuente. El ideal de toda sociedad es tener una política criminal en el que haya el mínimo de delitos posibles. La doctrina y la experiencia que han recogido los diferentes ordenamientos penales, nos indican que hay diferentes grados en que se pueden realizar actitudes ilícitas, desde la intención de cometer un delito, la preparación de ellos, pasando por los actos de ejecución para su realización, hasta su consumación. Todas estas actividades las recogen los ordenamientos penales y a la hora de castigarlos por parte de la autoridad judicial, conforme a la ley, se castigan según su peligrosidad y su grado de ejecución. Así vemos que hay conductas que no se castigan por ser delitos imposibles, aún cuando haya la intención de realizar un delito, éste es imposible de realizarlo porque los medios que se utilizan, son totalmente inadecuados, inócuos. Hay otros actos que tampoco se realizan, como es la pura preparación del delito. U otros actos que la legislación tampoco castiga, cuando el sujeto activo, o sea, quien está empezando a realizar un delito, o una vez hechos todos los actos tendientes a la comisión del mismo, de manera voluntaria, por sí mismo, se desiste o se arrepiente de su realización. Y esto no se castiga por razones de política criminal, en que se busca más que castigar el desistimiento o arrepentimiento de la realización de esa conducta punible, el desistimiento o arrepentimiento de la realización de ese delito.

La legislación penal impone una penalidad diferente en atención a la consumación o a la no consumación de un delito, cuando es detenido el delincuente.

Con la reforma que entrara en vigor y la que adicionara un tercer párrafo a el artículo 63, relativo a la aplicación de sanciones en caso de tentativa, establece una punición especial tratándose de tentativas de delitos graves. Primeramente sólo contemplaba que al acusado de tentativa punible se le deberá aplicar, a juicio del juzgador y teniendo en atención las prevenciones de los artículos 12 -tentativa punible- y 52 -aplicación de las sanciones en base a la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente-, hasta las dos terceras partes de la sanción que se le debiera imponerse de haber consumado el delito que se quiso realizar, salvo disposición en contrario; y que en los casos de tentativa en que no fuere posible determinar el daño que se pretendió causar, cuando éste fuere determinante para la correcta adecuación típica, se aplicará hasta la mitad de la sanción señalada en el párrafo anterior.

Es claro que, en la tentativa punible se deben dar por obvias razones una penalidad menor a que si el delito se hubiera consumado. Por lo que la adición que se realizó al señalado ordinal, que refiere que “en los casos de tentativa punible de delito grave así calificado por la ley, la autoridad judicial impondrá una pena de prisión que no será menor a la pena mínima y podrá llegar hasta las dos terceras partes de la sanción máxima prevista para el delito consumado”, no es acorde con la realidad, toda vez que se establece como pena mínima para la tentativa punible de delito grave, la misma quizás, que si el delito se hubiera consumado.

La legislación anterior permitía sancionar a los acusados de tentativa punible, conforme a la regla general que establecía el artículo 63, al establecer su peligrosidad, dejando al arbitrio del juez dentro del rango que la propia ley establece en el numeral 52, al analizar la gravedad del ilícito, el grado de culpabilidad del agente, la magnitud del daño que pudo haber causado al bien jurídico que se protege, la naturaleza de la acción u omisión, las circunstancias de tiempo, lugar y

modo; en fin, una serie de reglas en las que podía moverse el juzgador para conforme a su arbitrio castigar la peligrosidad o no peligrosidad y establecer la mínima o la máxima que dentro de los delitos en grados de tentativa nos señale la ley. Por ello, no consideramos oportuno encerrar el arbitrio del juzgador en una pena mínima, lo que es exactamente igual a que si el delito se hubiere consumado.

Es decir, no podemos castigar de igual manera al autor de una tentativa que al de un delito consumado, porque puede suceder que el agente del delito se desista o arrepienta, por temor a la sanción, y en consecuencia confiar en que no se le impondrá pena o medida de seguridad, en cambio, si la tentativa punible -de delito grave- se castigara de igual forma que una consumación, por lo menos en cuanto a la pena mínima, entonces ese delincuente se volverá potencialmente más peligroso, y en consecuencia correrá mayores riesgos el sujeto pasivo, o sea la víctima.

Para finalizar, aludiremos que la adición del tercer párrafo al artículo 63 rompe con la estructura lógico-penal que contenía el artículo en comento, ya que como bien lo establece el artículo 12, la tentativa que se castiga, la que amerita sanción penal es la que la doctrina denomina tentativa punible, la que existe cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producirse, u omitiendo los que deberían evitarlo, SI AQUEL NO SE CONSUMA por causas ajenas a la voluntad del agente. Lo que significa que hay ciertas conductas u omisiones de sujetos activos de delitos que aunque no produzcan el resultado que buscaban por causas ajenas a su voluntad, deben castigarse, esa es la regla del artículo 12 y así en correlación está lo dispuesto en el artículo 63 del propio Código Penal.

De esta manera, los dos primeros párrafos del artículo 63, que no se modificaron, dejan ver con claridad que la tentativa punible debe de ser por las mismas características de esta figura penal de ser sometida al arbitrio judicial -la atribución del órgano jurisdiccional reconocido en virtud de la independencia del Poder Judicial-, y hay que ver la redacción de la aplicación de sanciones en materia

de tentativa punible para dejar claramente establecido que la regla tiene que ver con el arbitrio judicial y no con las reglas establecidas para la aplicación de sanciones a los delitos consumados. Por que establecer una pena mínima para las tentativas punibles de delitos calificados como graves por la ley, elimina el arbitrio judicial, ya que no le permite al juzgador resolver en los términos del artículo 52 del Código penal, en atención a cuál es la pena aplicable a una conducta que no se concretó por la voluntad del sujeto activo del delito.

Al parecer, el único fundamento que existe para adicionar este tercer párrafo al artículo 63 es en el sentido de aumentar las penas, al privilegiar las medidas represivas sin tomar en consideración las medidas de política criminal que tienen más que ver con la prevención de los delitos que con la represión de los mismos. Se requiere de una política criminal integral, no sólo para reducir la criminalidad, sino para acabar y abatir la corrupción y la impunidad. Por lo tanto, no existe argumento para que la tentativa punible se convierta en una regla parecida a las que tienen los delitos consumados, y que por lo tanto, ya no sería tentativa punible sino casi una “tentativa consumada”.

#### \* ARTICULO 20 CONSTITUCIONAL.

En relación al contenido del ARTICULO 20 CONSTITUCIONAL, este también sufrió modificaciones por obvias razones, toda vez, que antes de las mismas, disponía en su fracción I, que todo acusado en un proceso penal inmediatamente que lo solicitara, el juzgador debería otorgarle la libertad provisional bajo caución, previa garantía de la reparación del daño y de las sanciones pecuniarias que se le impongan y no se trate de delitos en que por su gravedad la ley expresamente prohíba conceder este beneficio; el monto y la forma de caución que se fijen deberán ser asequibles para el inculpado, y sólo en las circunstancias que la ley determine, la autoridad judicial podrá disminuir el monto de la caución inicial; pero que ante el incumplimiento del procesado en forma grave con cualquiera de las obligaciones que

en términos de ley se deriven a su cargo en razón del proceso, el juez podrá revocar la libertad provisional.

Conforme al motivo de la reforma, se discutió que el contenido del precepto comentado, permitía la existencia de un vacío legal, en el sentido de que era procedente la libertad provisional bajo caución, aún rebasándose el término medio aritmético de cinco años de prisión, siempre que no se tratara de delitos graves y se cumpliera con una serie de requisitos, ya comentados en el capítulo precedente, situación que en la práctica al permitir la libertad a los acusados, éstos se aprovechan de la garantía para cometer nuevos ilícitos o para evadir la acción de la justicia.

Sin embargo, con la reforma publicada en el Diario Oficial, el día tres de julio de 1996, se da un giro al texto del artículo en comento, porque ahora se establece como principal e inmediata condición para la procedencia de la libertad provisional que no se trate de los delitos denominados graves. Pero al mismo tiempo, se regulan dos hipótesis de aplicación de la libertad provisional bajo caución en los delitos no graves y se establece cuáles son los presupuestos para que ésta se dé; esto es, cuando no exista una condena por delito y cuando no esté bajo proceso por la comisión de otro delito, también se prevé que podrá ser negada la petición, debidamente razonada por el Ministerio Público.

En cuanto a la caución le da al Ministerio Público la posibilidad de aportar elementos para la fijación judicial de la misma y el juez deberá tomar en cuenta la naturaleza, modalidades, circunstancias del delito, las características del inculpado y del ofendido y los daños y perjuicios causados a éste.

Además, en el segundo párrafo del citado ordinal, ya no sólo se observa la posible disminución del monto de la caución inicial en las circunstancias que la ley determine, sino que ahora precisa que el monto de la caución se podrá modificar; lo que significa que igual como podría aumentar podrá disminuir, de acuerdo con las circunstancias del caso concreto.

Así mismo, el párrafo tercero de la fracción I del artículo 20, se propuso que la ley determinará los casos en que el juzgador podrá revocar la libertad provisional y con ello ante varias hipótesis que puedan darse para revocar la libertad, se evita que el inculpado disfrutando de dicho beneficio, cometa otros delitos.

Es de considerarse que el espíritu de esta disposición constitucional, versa sobre todo, en los sujetos reincidentes y en la conducta antisocial que presentan permanentemente. La propuesta constitucional es un avance en el rubro de la política criminal.

El actual texto del artículo 20 Constitucional es el siguiente:

“Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando no se trate de delitos en que, por su gravedad, la ley expresamente prohíba conceder este beneficio. En caso de delitos no graves, a solicitud del Ministerio Público, el juez podrá negar la libertad provisional, cuando el inculpado haya sido condenado con anterioridad, por algún delito calificado como grave por la ley o, cuando el Ministerio Público aporte elementos al juez para establecer que la libertad del inculpado representa, por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad.

El monto y la forma de caución que se fije, deberán ser asequibles para el inculpado. En circunstancias que la ley determine, la autoridad judicial podrá modificar el monto de la caución. Para resolver sobre la forma y monto de la caución, el juez deberá tomar en cuenta la naturaleza, modalidades y circunstancias del delito; las características del inculpado y la posibilidad de cumplimiento de las obligaciones procesales a su cargo; los daños y perjuicios causados al ofendido; así como la sanción pecuniaria que, en su caso, pueda imponerse al inculpado.

La ley determinará los casos graves en los cuales el juez podrá revocar la libertad provisional”.

De lo anterior se advierte, que la libertad provisional tratándose de tentativas de delitos graves, y mismo que fue expuesto en todo el presente trabajo, se mantuvo firme en la postura determinante de que debe proceder tal beneficio. Consideramos que este derecho, que posee cualquier inculpado en todo proceso de orden penal, era posible conforme a derecho, toda vez que, si se dieron unas reformas en este sentido, es porque conforme al texto de las leyes penales vigentes anteriores a las fechas antes citadas, debería proceder el otorgamiento de la libertad provisional bajo caución, previa solicitud y garantía del monto estimado de la reparación del daño y de las sanciones pecuniarias que se le impusieran.

## CONCLUSIONES

1.- La tentativa es la determinación de cometer un delito, a través de la exteriorización de cualquier manifestación, ya sea al realizar en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, o al omitir los que deberían evitarlo, ante la no integración del ilícito que se pretendía, por causas ajenas a la voluntad del agente. En tanto que el delito consumado es, la exteriorización de los actos ejecutivos o la omisión de los necesarios, que reúnen todos los elementos genéricos y específicos del tipo penal.

2.- La tentativa punible prevista en el Código Penal para el Distrito Federal, está constituida por dos tipos de elementos, uno: de carácter subjetivo, consistente en la resolución de cometer un delito; y dos: de carácter objetivo, la exteriorización de actos ejecutivos, realizados en parte o totalmente; o la omisión de los que deberían evitar el delito, y la no consumación del resultado típico, por causas ajenas a la voluntad del agente.

3.- Atendiendo a la clasificación de los delitos, en función del resultado, la tentativa es de resultado formal ya que el tipo penal se agota en el movimiento corporal o en la omisión del agente, no siendo necesario para su integración que se produzca alguna alteración en la estructura o funcionamiento del objeto material. Y en razón del daño causado al bien jurídico tutelado, la tentativa es de peligro, entendiéndose como que no se causa un daño directo a tal interés, más sin embargo, se deriva la posibilidad de causación de un daño. Sin embargo, la puesta en peligro del bien jurídico que ocurre en las tentativas no se debe identificar con los denominados propiamente delitos de peligro, en los que la simple puesta en peligro del interés jurídicamente tutelado es suficiente para dar motivo a la clasificación del hecho como delictuoso. Es decir, en los delitos de peligro no es presentable la forma de tentativa punible, y nuestro

criterio encuentra su fundamento en la tentativa punible prevista en el artículo 12 del Código Penal, la que implica un paso en el iter criminis, en el que la voluntad del sujeto va finalísticamente orientada hacia un delito determinado. En los delitos de peligro, por la especial configuración que el legislador les ha dado, ciertos hechos, que no producen daño, son por sí mismos constitutivos de un tipo en el que la noción de peligro al que se ve sometido el bien jurídico crea una consumación típica. Los delitos de peligro se perfeccionan y consuman al crearse el estado de peligro, con lo que queda eliminada la figura de la tentativa, porque ello equivaldría a peligro sobre peligro.

4.- La libertad provisional a la que suele llamársele “beneficio” que se concede al inculcado, es un derecho que éste tiene y que puede válidamente exigir. Nuestra ley procesal no previene beneficios en el sentido de favores o gracias que haga la autoridad al individuo, se trata siempre, de derechos que el acusado tiene; sin embargo, empleamos la palabra beneficio, como locución de amplio alcance, que en este caso implica un derecho que acarrea bienes. Si fuese solamente una gracia, mal podría reconocerse al sujeto la facultad de impugnar la negativa a través de recurso ordinario -apelación- o de remedio extraordinario -amparo-.

5.- No podemos negar que la tentativa constituye una posible circunstancia de la fase del iter criminis denominada ejecución, y que por lo tanto, puede ser comprendida como un grado en la ejecución del delito; sin embargo, tampoco podemos dejar de considerar que la tentativa es un tipo subordinado no complementado. Subordinado, puesto que depende de un delito en específico, pero al mismo tiempo no es complementado, ya que por sí sola la tentativa existe, conformando un tipo delictivo. Es por lo anterior, que algunos autores conceptúan a la tentativa como delito autónomo, lo cual es exacto si se entiende en relación con los elementos constitutivos que componen su figura criminosa, pero es un error si se explica prescindiendo del

carácter extensivo de la norma que la prevé, pues ello haría incomprensible esta figura criminosa.

6.- Hasta antes de la reforma del trece de mayo de 1996, de nuestra ley penal se desprende que, a través del análisis del texto y del estudio de la exposición de motivos, el ánimo del legislador no tuvo como finalidad al catalogar los delitos graves, (último párrafo del artículo 268 del C.P.P. D.F.), abarcar también a las tentativas de los mismos, toda vez que como se refiere en los trabajos preliminares a la reforma, el objetivo era prevenir hechos socialmente graves protegiendo los bienes jurídicos de mayor valía, y en consecuencia, no se considero como delitos graves a las tentativas, toda vez que éstas únicamente ponen en peligro al bien jurídicamente tutelado más nunca lo vulneran, y en consecuencia, no se sanciona de la misma forma al inculpado que consuma un delito que al que únicamente realiza actos tendientes a su realización

7.- Durante la vigencia de la ley anterior, independientemente de la naturaleza jurídica que se le diera a la tentativa, y en base en las disposiciones expresas del legislador contenidas en los artículos 20 Constitucional fracción I primer párrafo, 556 fracción IV y 268 último párrafo del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal podemos concluir que, resultaba inconstitucional establecer que las conductas antijurídicas clasificadas como graves en la Ley, que lesionan el bien jurídico tutelado, comprendieran también a las TENTATIVAS DE..., las cuales no lesionan el bien jurídico tutelado, sólo lo ponen en peligro; por lo que afirmar que no alcanzaba el beneficio de la libertad provisional bajo caución la TENTATIVA DE ..., se estaría conculcando la garantía individual de legalidad, prevista en el párrafo segundo del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, puesto que no existía ley expedida con anterioridad al hecho, que determinara que la tentativa en delitos graves no alcanzará el beneficio de la libertad provisional bajo caución y, si no existía un antecedente normativo y en su caso jurisprudencial, no

podía haber concordancia con el artículo 20 fracción I de la Constitución Federal, que dispone la inmediata otorgación de la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando entre otros requisitos, no se trate de delitos en que por su gravedad la ley EXPRESAMENTE prohíba conceder este beneficio.

8.- Conforme a la ley vigente hasta antes de la reforma del trece de mayo de 1996, consideramos que era procedente la libertad provisional bajo caución tratándose de la tentativa de cualquier delito calificado como grave por la ley, independientemente de la naturaleza jurídica que se le diera a la tentativa, en vista de que la TENTATIVA DE DELITO GRAVE, contemplada en la parte general del Código Penal en relación al ordinal 12 del mismo ordenamiento, no se encontraba prevista en el supuesto de delito grave del artículo 268 del Código de Procedimientos Penales, toda vez que el mismo no enmarcaba las TENTATIVAS, y por lo tanto, con fundamento en el artículo 14 de la Constitución en su párrafo tercero, no se puede imponer por simple analogía y aún por mayoría de razón pena alguna que no este decretada por una ley, exactamente aplicable al delito de que se trata, por lo que al no ser un delito de resultado material, es por lo que con fundamento en la fracción I del artículo 20 de la Constitución y 556 del Código de Procedimientos Penales, se debía conceder la libertad provisional, previa exhibición de las garantías respectivas.

9.- Como es sabido, la única fuente propia del Derecho Penal es la ley; sin embargo, en torno a las ideas liberales de estricta legalidad, que constituyen verdaderas garantías para la persona, se han establecido diversos principios: razones de menor peso, con las que se puede apoyar la justificación de la procedencia de la libertad provisional bajo caución en tentativas de delitos graves, conforme a la ley abrogada, en atención a los principios: IN DUBIO, PRO REO -en la duda, a favor del reo- y QUOTIES DUBIA INTERPRETATIO LIBERTATIS EST, SECUNDUM LIBERTATEM RESPON DENDUM ERIT -siempre que es dudosa la interpretación relativa a la libertad, se habrá de responder a favor de ella-.

10.- Por otro lado, cabe señalar que aunado a lo anterior, también por economía podría otorgarse el beneficio al acusado, por que ¿cuánto no cuesta la manutención de un procesado en el Reclusorio Preventivo a el Departamento del Distrito Federal?

11.- La reforma del 13 de mayo de 1996 al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en la que se estipuló que la tentativa punible de los ilícitos penales calificados como graves también se calificaría como grave -artículo 268 último párrafo-, como se desprende, fue únicamente para el fuero común, dejándose al fuero federal sin reforma en ese sentido, y en consecuencia se deja en este ámbito, ante la expectativa al acusado por un delito de esta naturaleza, por que tratándose del control de la constitucionalidad, es decir, vía amparo, no debe proceder tal libertad, por que la ley expresamente ahora niega tal beneficio, pero esto sólo para el fuero común. Sin embargo, tratándose de la facultad jurisdiccional del juez federal, como al respecto nada se previó, y en materia penal no es aplicable la analogía ni la mayoría de razón, significa que de acuerdo con cada criterio, tratándose de un delito de su competencia, podrá o no otorgar la libertad provisional bajo caución, como sucedía anteriormente en el fuero común.

12.- A los acusados de tentativa de delito grave, acontecidas antes de la reforma del 13 de mayo de 1996, que se les este siguiendo proceso y que estén gozando de la libertad provisional bajo caución, el juzgador no podrá revocarles tal libertad provisional con motivo de la ley vigente, por que con fundamento en el artículo 14 Constitucional a ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

13.- Todo indiciado que sea consignado ante la autoridad judicial, como presunto responsable de tentativa de cualquier delito grave, cuya comisión se hubiere realizado con anterioridad a las reformas a el Código Penal y al Código de

Procedimientos Penales, ambos para el Distrito Federal, y a la Constitución Política, (publicadas en el Diario Oficial el 13 de mayo y 3 de julio del año próximo pasado), se le hará saber las garantías que le otorga el artículo 20 Constitucional, entre ellos, que tiene derecho a disfrutar de su libertad provisional bajo caución, en virtud de que la tentativa que se le atribuye, no era considerada como grave al momento en que sucedieron los hechos, ya que como se advierte del contenido del artículo 268 del Código adjetivo, no se contemplaban las tentativas de ..., sino sólo delitos consumados; por lo tanto, la libertad provisional bajo caución, al ser un derecho subjetivo público, previsto por el artículo 20 fracción I Constitucional, es un derecho adquirido, y las reformas al precepto 268, no afectan al inculpado para la concesión de su libertad provisional bajo caución, la cual deberá ser acordada tan pronto como se solicite.

14.- La tentativa se castiga en cuanto significa una manifestación de voluntad; cualquiera que sea el resultado debe castigarse, pues en todo caso revela una intención criminal. La esencia de la tentativa es la voluntad de producir un determinado efecto jurídico, (puesta en peligro), y en defecto del peligro, debe basarse el juez en la voluntad del agente. Aunado a que el alcance no puede extenderse al castigo de los hechos preparatorios y menos todavía a las resoluciones criminales aun a las plenamente comprobadas, requiere, para la punibilidad del agente, un principio de exteriorización de actos ejecutivos, pues sin éste no puede hablarse de tentativa, más exige, por parte del juzgador, también una valoración cuidadosa de la peligrosidad manifestada en el sujeto, de la gravedad del hecho ilícito y del grado de culpabilidad del agente. Y por lo tanto, tratándose de la tentativa de un delito grave consideramos que la sanción que se preve para la misma, adición que se realizó al ordinal 63 del Código Penal, no es acorde con la realidad, toda vez que se establece por lo menos, una pena de prisión que no será menor a la pena mínima, tal y como que si el delito se hubiera consumado, lo cual significa que establecer una pena mínima para las tentativas punibles de delitos calificados como graves por la ley, elimina el arbitrio judicial, ya que no le permite al juzgador resolver en los

términos del artículo 52 del Código penal, además de que imponer una pena mínima, es exactamente igual a que si el delito se hubiere consumado. No podemos castigar de igual manera al autor de una tentativa que al de un delito consumado, porque puede suceder que el agente del delito se desista o arrepienta, por temor a la sanción, y en consecuencia confiar en que no se le impondrá pena o medida de seguridad, en cambio, si la tentativa punible -de delito grave-, se castiga de igual forma que una consumación, por lo menos en cuanto a la pena mínima, entonces ese delincuente se volverá potencialmente más peligroso, y en consecuencia correrá mayores riesgos el sujeto pasivo.

15.- Con la ley vigente la única condicionante que se establece para el otorgamiento de la libertad provisional es que no se trate de delito grave (ni de la tentativa de delito grave), sin embargo, se establecen dos situaciones en que se podrá negar el beneficio tratándose de delitos no graves, lo cual resulta un tanto arbitrario, y más aún tratándose de tentativa, puesto que para efectos de la libertad procesal -y no para la punición del ilícito-, los antecedentes penales por delito grave o la existencia de indicios de que el inculpaado representa por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido un riesgo para el ofendido o la sociedad, son en realidad circunstancias que deben tomarse en consideración para efectos de la aplicación de la sanción respectiva, y no como limitante de la libertad provisional, en la que en todo caso deberá observarse la magnitud del daño causado al bien jurídico o al peligro a que hubiere sido expuesto y a las condiciones particulares de la persona que está solicitando esa libertad provisional bajo caución, para que si esa persona garantiza, de acuerdo a las condiciones peculiares, que no se va a sustraer a la justicia, el juez conceda dicha libertad bajo caución.

16.- La limitante de la libertad provisional, podría ser una violación dentro del juicio de imposible reparación en su ejecución, pues el tiempo que una persona este privada de su libertad, es un tiempo que no podrá devolverse para gozar de dicho derecho humano, impostergable e importantísimo.

## BIBLIOGRAFIA

- 1.- BACIGALUPO, Enrique. Manual de Derecho Penal. Parte General. Edit. Temis. Colombia. 1989.
- 2.- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. CARRANCA Y RIVAS, Raúl. Código Penal Anotado. Edit. Porrúa. 14a. ed. México. 1989.
- 3.- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. CARRANCA Y RIVAS, Raúl. Derecho Penal Mexicano. Edit. Porrúa. 13a. de. México. 1991.
- 4.- CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Edit. Porrúa. 36a. ed. México. 1996.
- 5.- CUELLO CALON, Eugenio. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Volumen Segundo. Edit. Bosch. España. 1970.
- 6.- CUELLO CALON, Eugenio. Derecho Penal. Edit. Nacional. México. 1976.
- 7.- FARRE TREPAT, Elena. La tentativa del Delito. "Doctrina y Jurisprudencia". Edit. Bosh. España. 1986.
- 8.- JENKS, Edward. El Derecho Inglés. Traductor José Paniagua. Biblioteca de Autores Españoles y Extranjeros. Vol.CXLIX. Edit. Reus. España. 1930.
- 9.- JIMENEZ DE ASUA, Luis. La Ley y el Delito. Edit. Sudamericana. 10a. de. Argentina. 1980.
- 10.- JIMENEZ DE ASUA, Luis. Tratado de Derecho Penal. "El Delito y su Exteriorización". Tomo VII. Edit. Lozada. Argentina. 1970.
- 11.- LEYES PENALES MEXICANAS. Tomo I. Instituto Nacional de Ciencias Penales. México. 1979.
- 12.- LEYES PENALES MEXICANAS. Tomo III. Instituto Nacional de Ciencias Penales. México. 1979. (Exposición de Motivos del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1929, contenida en)
- 13.- LEYES PENALES MEXICANAS. Tomo IV. Instituto Nacional de Ciencias Penales. México. 1979.
- 14.- MAGGIORE, Giuseppe. Derecho Penal. Tomo II. Edit. Temis. Colombia. 1972.

- 15.- MALO CAMACHO, Gustavo. Tentativa del Delito. Instituto de Investigaciones Científicas. México. 1971.
- 16.- MANCILLA OVANDO, Jorge Alberto. Las Garantías Individuales y su Aplicación en el Proceso Penal. Edit. Porrúa. 6a. ed. México. 1995.
- 17.- NOVOA MONTREAL. Causalismo y Finalismo en el Derecho Penal. 2a. ed. 1982.
- 18.- PAVON VASCONCELOS, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General. Edit. Porrúa. 10a. de. México. 1991.
- 19.- FORTE PETIT, Candaudap Celestino. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. Edit. Porrúa. México. 1990.
- 20.- RANIERI, Silvio. Manual de Derecho Penal. Tomo II. Edit. Temis. Colombia. 1975.
- 21.- VILLALOBOS, Ignacio. Derecho Penal Mexicano. Edit. Porrúa. 39a. ed. México, 1975.
- 22.- WELZEL, Hans. Derecho Penal Alemán. Parte General. Edit. Jurídica de Chile. 11a. ed. Chile. 1993.

## DICCIONARIOS

- 1.- CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo III. Edit. Heliasta. 20a. ed. Argentina.
- 2.- CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo IV. Edit. Heliasta. 21a. ed. Argentina. 1989.
- 3.- Diccionario de Sinónimos y Antónimos. Edit. Océano. Colombia.
- 4.- DE PINA, Rafael. Diccionario de Derecho. Edit. Porrúa. 10a. ed. México. 1981.
- 5.- Enciclopedia Jurídica OMEFA. Tomo XXII. Edit. Bibliográfica. s/ed. Argentina. 1967.

- 6.- GARCIA PELAYO, Ramón. Larousse Nuevo Diccionario Manual Ilustrado. Edit. Larousse. 2a. ed. México. 1986.
- 7.- MASCAREÑAS, Carlos E. Nueva Enciclopedia Jurídica. Tomo VI. Edit. Francisco Seix. España. 1985.
- 8.- PALOMAR DE MIGUEL, Juan. Diccionario para Juristas. Edit. Mayo. 1981.

#### LEGISLACION CONSULTADA

- 1.- Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. Leyes y Códigos de México. Edit. Porrúa. 44a. ed. 1991.
- 2.- CODIGO PENAL para el Distrito Federal. Leyes y Códigos de México. Edit. Porrúa. 52a. ed. México. 1994.
- 3.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Edit. Porrúa. 101a. ed. México. 1994.
- 4.- DIARIO DE DEBATES. Artículo 20 Constitucional. Camara de Diputados. Año II. Núm. 4. 19 de Agosto de 1993.
- 5.- DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN. Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversos artículos del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y del Código Federal de Procedimientos Penales. Primera sección. 13 de mayo de 1996.
- 6.- DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN. Decreto mediante el cual se declaran reformados los artículos 16, 20 FRACCION I y penúltimo párrafo, 21, 22 y 73 fracción XXI de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 03 de julio de 1996.