

00781 25

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO.

FACULTAD DE DERECHO

UNIDAD DE POSGRADO

“LA TENTATIVA DE DELITO IMPOSIBLE”

TESIS QUE PARA OBTENER EL GRADO DE DOCTOR EN
DERECHO PRESENTA:

LIC. RODOLFO GARCIA GARCÍA.

DIRECTOR DE TESIS: DR. RICARDO FRANCO GUZMAN.

MÉXICO,

199

TESIS CON
FALSA DE ORIGEN

273391



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis 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.

INTRODUCCIÓN

Durante largo tiempo, la problemática de la tentativa en general y, especialmente, la que se refiere a la tentativa de delito imposible, ha quedado postergada; es hasta últimas fechas que los estudiosos de la materia han dedicado una mayor atención a lo concerniente a la tentativa, después de un considerable lapso en el cual estuvo casi en el olvido.

En virtud de lo anterior, sabemos hoy día muchas cosas en torno a la tentativa; pero muchas menos en torno a la tentativa de delito imposible.

Esta postergación en los estudios de la tentativa de delito imposible, no se compagina con la relevante importancia que reviste dentro de la teoría de la tentativa; por lo que procurando reaccionar contra ese abandono, seleccioné para estudio de tesis, el tema denominado "La Tentativa de Delito Imposible".

Además se denota la originalidad de mi tesis, debido a que abordaré el tema, aplicando la hermenéutica y realizando el estudio de la naturaleza jurídica de la tentativa, para

establecer los elementos de la tentativa punible; todo lo cual no se ha logrado en la doctrina.

Por esa razón desarrollaré mi tesis en primera persona, para establecer una comunicación directa con el lector.

Inclusive es original la presentación de cada capítulo, misma que aparece en forma de sumario.

Cabe señalar que el problema de la falta de aplicación de la hermenéutica para designar la figura en estudio, implica grandes dificultades para la comprensión del tema. Es uno de los aspectos que me motivó para efectuar este estudio, aunado a que son muy variadas e inclusive contradictorias, las hipótesis existentes para resolver el problema de la punibilidad o no punibilidad de la tentativa de referencia.

El descuido de la tentativa de delito imposible se verifica no sólo en la doctrina, sino también en la ley, concretamente en el artículo 12 del Código Penal de 1931, el cual no señala expresamente si la citada clase de tentativa, es o no punible, aun cuando ha tenido varias reformas durante los últimos años.

Indudablemente la obscuridad del Código Penal, relacionada con la tentativa de referencia, propicia que el artículo 12 del citado ordenamiento legal, admita interpretaciones en sentidos opuestos, es decir, sancionando en ocasiones la tentativa de delito imposible y en otros casos, declarándola no punible.

Debido a la falta de disposición expresa en el Código Penal de 1931 que resuelva lo relativo a la tentativa de delito imposible, el mencionado precepto legal, no cumple con el principio de la exacta aplicación de la Ley Penal, consagrado en el artículo 14 Constitucional, lo cual constituye el problema que dio origen a la presente tesis.

Por ello, la tentativa de delito imposible será el objeto de estudio, y he previsto como primer objetivo, comprobar la obscuridad del artículo 12 del Código Penal de 1931 en relación con la tentativa antes mencionada: asimismo demostraré que el criterio válido para la solución del problema planteado, es el que sostiene la no punibilidad de la tentativa de delito imposible, por estar configurada por actos u omisiones que no ponen en peligro el bien jurídicamente tutelado por el tipo.

Las hipótesis, a cuya comprobación se dirige mi tesis son las siguientes:

A) "Si en la doctrina, al igual que en las legislaciones penales se admiten distintas clases de tentativa, de las cuales unas son punibles y otras no punibles, entonces también debemos distinguir entre los elementos de la tentativa en general y los elementos de la tentativa punible".

Una vez comprobada esta hipótesis, pasaré a demostrar las siguientes:

B) "Si en la tentativa de delito imposible, la no consumación del delito, sobreviene después de que el agente haya realizado actos unívocos; entonces no hay duda de que se configura la tentativa, y por tanto no hay razón para pensar que dichos actos son preparatorios o que la causa de imposibilidad tenga la aptitud para suprimir uno o más momentos que ha recorrido el delincuente, en su camino para consumir el delito."

- C) "Si en la tentativa de delito imposible no se da como resultado el peligro corrido por falta de idoneidad en los medios o en la acción, o por inexistencia del objeto; entonces se trata de una tentativa no punible".

Para alcanzar la solución del problema no me conformaré con adherirme al criterio de alguna teoría, por lo que tomaré como punto de partida el estudio de la tentativa en pureza, apartándome de la influencia generada por dichas teorías, incluyendo la política criminal. Así podré delimitar la naturaleza jurídico-penal de la tentativa.

Será también el propósito de este trabajo lograr un acercamiento a la realidad del problema, en busca de una posición válida en la Doctrina Penal y asimismo de utilidad práctica en la aplicación de la Ley Penal Mexicana.

Cabe señalar que dentro de la teoría de la tentativa, el tema que representa mayor dificultad para su estudio es la tentativa de delito imposible, lo cual se evidencia con la opinión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la ejecutoria del expediente 194/57 de Amparo Directo; donde textualmente expresa "Problema bien difícil es el de la tentativa", y más

adelante agrega que conforme se avanza en su estudio, "el problema se agrava aun más", y concluye que el problema de la tentativa de delito imposible en estudio, "es imponente como una montaña".

Como puede observarse, el problema de la tentativa de delito imposible representa grandes dificultades para su análisis, puesto que existe diversidad de criterios al respecto.

En cuanto a la dificultad que implica mi trabajo de tesis para su desarrollo, fundamentalmente consiste en los siguientes aspectos:

- A) La falta de aplicación de la hermenéutica, por cuyo motivo en la doctrina, la tentativa de delito imposible se conoce con las más variadas denominaciones, tales como: delito imposible, tentativa inidónea, ausencia de tipo, tentativa imposible, etc.
- B) Es reducida la bibliografía publicada específicamente sobre el tema de la tentativa de delito imposible, por lo cual he consultado la única monografía que localicé sobre el tema, intitulada El Delito Imposible, de JUAN

CAVALLERO y algunas otras monografías sobre la tentativa en general, entre las cuales hago notar que sólo tres de ellas son de autores nacionales.

C) No habiéndose desarrollado en la doctrina el estudio de la naturaleza jurídica de la tentativa, es uno de los temas más arduos de la investigación, máxime que al abordarlo en el capítulo tercero, podrá observarse que desarrollaré el estudio de esta figura jurídica en pureza, motivo por el cual, al abordarlo no contemplaré las teorías de la tentativa.

D) Al no existir distinción alguna en la doctrina, ni tampoco en la práctica, entre los elementos de la tentativa en general y los elementos de la tentativa punible, puesto que éstos no se han establecido, resulta complicado proponerlos.

Lógicamente este estudio es de carácter eminentemente científico, por tal motivo es de fundamental importancia la aplicación de la metodología jurídica, así como el método instrumental, el método analítico y el método de semejanzas y diferencias los cuales están de acuerdo con el objeto de estudio, así como con la problemática planteada.

En cuanto a las notas a pie de página, me basé en el criterio de la norma internacional de calidad en materia de investigación documental, ISO-690-1975 (E) Referencias Bibliográficas-Elementos Esenciales y Complementarios.

Los capítulos de este trabajo responden a un programa general, que podría delinear en los siguientes términos:

En el primer capítulo haré referencia al desarrollo de la teoría de la tentativa, partiendo del Derecho Romano, hasta el siglo XIX, en el cual evolucionó de manera importante. Asimismo analizaré la fórmula de la tentativa contenida en los Códigos Penales de MARTÍNEZ DE CASTRO, DE ALMARAZ y en el de 1931 actualmente en vigor.

Debido a que la tentativa se localiza en la fase de ejecución del delito, en el segundo capítulo haré referencia a cada uno de los grados del delito.

En el tercer capítulo estudiaré las características esenciales de la tentativa, es decir, su naturaleza jurídico-penal, para estar en posibilidad de distinguir los elementos de

la tentativa en general y los de la tentativa punible; en los cuales se basa la solución del problema.

Cabe señalar que por no haberse contemplado en la doctrina los elementos de la tentativa punible, en este mismo capítulo formularé la propuesta de los mismos.

El capítulo cuarto, estará dedicado a plantear la distinción exacta entre las diversas clases de tentativa, y entre ellas la tentativa de delito imposible, que según mi criterio admite una subclasificación, no prevista en la doctrina, misma que presentaré al finalizar el capítulo.

Destinaré el capítulo quinto al análisis de la tentativa de delito imposible partiendo de su problemática desde el punto de vista hermenéutico, que ha dado lugar a distintos paradigmas, pasando luego al estudio de la idoneidad y al concepto de peligro.

Por lo que se refiere al capítulo sexto, estará dedicado a mostrar el criterio de los seguidores de las tesis que preconizan la punibilidad de la tentativa de delito imposible, incluyendo las teorías de tipo objetivo, subjetivo y ecléctico.

Por último en el capítulo séptimo haré mención de las tesis que afirman que la tentativa de delito imposible no es punible; y del mismo modo que en el capítulo anterior, habré de citar algunas tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Por supuesto que en este capítulo formularé la propuesta que resuelva el problema de la punibilidad o no punibilidad de la tentativa de referencia y asimismo propondré la fórmula de la tentativa que podría considerarse para el artículo 12 del Código Penal de 1931, en la cual incluiré todos los elementos de la tentativa punible.

Todo ello me ha inducido a emprender el estudio de la tentativa de delito imposible, el cual me propongo a desarrollar con entusiasmo y dedicación, así como con la mayor profundidad que sea posible, a través del presente trabajo, cuya elaboración tiene el fundamental propósito de lograr un mejor conocimiento de la teoría de la tentativa, así como la finalidad de contribuir a la mejor comprensión del concepto de la tentativa de delito imposible; esperando que sea útil para la aplicación de la norma penal correspondiente.

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA TENTATIVA

SUMARIO:

1. DERECHO ROMANO: DE ESTE DERECHO PARTEN MUCHOS PRINCIPIOS DE LA TENTATIVA.- 2. DERECHO ITALIANO DE LA EDAD MEDIA: ELABORO UN CONCEPTO MAS EXACTO DE LA TENTATIVA.-3. LA CONSTITUCION CRIMINAL CAROLINA: FUE LA PRIMERA LEY QUE DEFINIO DETALLADAMENTE LA TENTATIVA.- 4. LOS PRACTICOS ITALIANOS: CREARON LA FIGURA DEL CONATO Y CONSIDERARON LA TENTATIVA DE DELITO IMPOSIBLE.- 5. EL CODIGO DE NAPOLEON: CONSAGRO LA FORMULA DEL PRINCIPIO DE EJECUCION INICIANDO LA EVOLUCION DE LAS LEYES PENALES.- 6. LA TENTATIVA EN EL SIGLO XIX: EN ESTE SIGLO EVOLUCIONO DE MANERA IMPORTANTE.- 7. LEGISLACION PENAL MEXICANA: EN LA EPOCA PREHISPANICA NO SE CONOCIO LA FIGURA DE LA TENTATIVA. 8. LAS SIETE PARTIDAS: DISTINGUIERON TENTATIVA Y CONSUMACION: 9. LA NUEVA RECOPIACION: (RECOPIACION DE LEYES DE LOS REINOS DE INDIAS): SANCIONO LOS ACTOS PREPARATORIOS SIN DEFINIR LA TENTATIVA.- 10. LA NOVISIMA RECOPIACION: SANCIONO LA TENTATIVA Y EN ALGUNOS CASOS, TAMBIEN LOS ACTOS PREPARATORIOS.- 11. CODIGO PENAL DEL ESTADO DE VERACRUZ DE 1835: TOMO EL CRITERIO DEL PRINCIPIO DE EJECUCION.- 12. EL CODIGO MARTINEZ DE CASTRO: DISTINGUIO LOS GRADOS DEL DELITO SANCIONANDO LA TENTATIVA DE DELITO IMPOSIBLE.- 13. EL CODIGO DE ALMARAZ: EXIGIO PARA QUE LA TENTATIVA SEA PUNIBLE, EL COMIENZO DE EJECUCION POR ACTOS IDONEOS.- 14. EL CODIGO PENAL DE 1931: PRESENTO RETROCESO CON RESPECTO A LA TENTATIVA.- 15. CONSIDERACIONES SOBRE EL ARTICULO 12 DEL CODIGO PENAL DE 1931, ANTES DE SU REFORMA.- 16. CONSIDERACIONES SOBRE EL ARTICULO 12 REFORMADO, DEL CODIGO PENAL DE 1931.- 17. I.- LA RESOLUCION DE COMETER UN DELITO.- 18. II.- ACTOS EJECUTIVOS EFECTUADOS TOTAL O PARCIALMENTE.- 19. III.- ACTOS QUE DEBERIAN PRODUCIR EL DELITO.- 20. IV.- LA OMISION QUE DEBERIA EVITAR EL DELITO.- 21. V.- LA NO CONSUMACION DEL DELITO POR CAUSAS AJENAS A LA VOLUNTAD DEL AGENTE.- 22. VI.- LA SUPRESION DE LA TEMIBILIDAD.- 23. CONSIDERACIONES SOBRE EL ARTICULO 63 REFORMADO DEL CODIGO PENAL DE 1931.

A través del estudio de los antecedentes históricos de la tentativa, no pretendo elaborar un análisis comparativo entre las normas aplicables en materia de tentativa, a través de la historia, sino más bien, expondré en términos generales, cómo se tipificó la tentativa y en algunos casos los principios en que se basaron las leyes penales de diversos países, con el propósito de estudiar la evolución de la teoría de la tentativa.

Cabe señalar que pocos autores tratan lo relativo a los antecedentes históricos de la tentativa.

Por supuesto que sí expondré y señalaré comparativamente, los tipos de tentativa de los Códigos Penales de Veracruz, de 1835, de MARTÍNEZ DE CASTRO, de ALMARAZ; y de 1931 actualmente en vigor, con sus respectivas reformas.

Ante todo, debo señalar que la teoría de la tentativa ha evolucionado lentamente y los tratadistas coinciden en que, el derecho romano constituye el punto de partida de la figura de la tentativa.

1. DERECHO ROMANO

RAUL CARRANCÁ Y TRUJILLO EXPLICA la distinción entre delitos públicos y delitos privados en el Derecho Romano:

"... Se distinguió -dice- entre delicta pública y delicta privada (delitos públicos y delitos privados), según pudieran ser los delitos perseguidos en interés del Estado y por sus funcionarios o en interés de los ofendidos y por éstos, diferenciándose, además, entre la disciplina doméstica, la común y la militar... por más que CARRARA haya llamado a los romanos, gigantes en el Derecho Civil, pigmeos en el Derecho Penal".⁽¹⁾ Agrega CARRANCÁ y TRUJILLO que lo más importante está contenido en los libros del Digesto (530 A.J.C.), o sean los libros 47 y 48, codificaciones penales sustantiva y adjetiva. ⁽²⁾

"Parece ser - expresa EDMUNDO MEZGER-, que al Derecho Romano le haya faltado originariamente tanto el concepto como la palabra técnica para la tentativa. En el

(¹) CARRANCÁ Y TRUJILLO, RAUL, *Derecho Penal Mexicano, Parte General*, sexta edición, México, editado por Antigua Librería Robredo, 1962, Tomo I, pág. 57.

(²) MEZGER, EDMUNDO, *Derecho Penal, Parte General*, traducción de la sexta edición alemana por el DR. CONRADO A. FINZI, primera edición, Argentina, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica, 1958, pág. 276.

Derecho Romano ulterior, bajo la influencia de la Filosofía griega se sitúa cada vez más el valor decisivo no en el resultado (exitus), sino en la voluntad (voluntas), preparándose así la concepción de la pena de la tentativa. Los actos preparatorios, la tentativa y la consumación experimentan igual castigo. No obstante, se distingue entre flagitium perfectum e imperfectum (delito perfecto e imperfecto)".⁽³⁾

En síntesis, el Derecho Romano no desarrolló un concepto de la tentativa, por lo que la sancionaba sin conocer su naturaleza jurídica, de ahí que lo mismo hubiera sancionado los actos preparatorios, que la tentativa, además ésta se sancionó con la pena aplicable al delito consumado.

2. DERECHO ITALIANO DE LA EDAD MEDIA

Según la doctrina, en el derecho penal italiano de la Edad Media, hubo avances importantes en materia de tentativa, considerándose el desistimiento de la tentativa y la tentativa de delito imposible, bajo la denominación de tentativa inidónea. Además, la doctrina influyó para que se

⁽³⁾ Obra citada, pág. 57.

sancionara distinto al delito consumado, es decir, con pena menor, de donde se infiere que ese derecho, distinguió los grados del delito.

En opinión de MEZGER, el Derecho Penal Italiano de la Edad Media "considera más exactamente, desde el punto de vista científico, el concepto de la tentativa (conatus). La tentativa se describe como un "cogitare, agere, sed non perficere", (proyectar, hacer, pero no terminar), y se castiga más levemente. Se toman en cuenta asimismo, la tentativa inidónea y el desistimiento en la tentativa. También la teoría propicia que la tentativa sea castigada más levemente que el hecho consumado".⁽⁴⁾

3. LA CONSTITUCION CRIMINAL CAROLINA

La Constitución Criminal Carolina o Código de la Carolina dictado por CARLOS V, fue la primera ley penal que definió detalladamente la figura jurídica de la tentativa, consignando los elementos que la configuran, según los principios de la teoría objetiva.

⁽⁴⁾ Obra citada, págs. 276 y 277.

Respecto de tal código, FRANCISCO PAVÓN VASCONCELOS, escribe lo siguiente:

"Es el Código llamado de la Carolina (Constitución Criminal), dictado por CARLOS V, el primero que contiene, en su artículo 178, una definición de la tentativa, con los elementos configurativos de este instituto penal, tales como actos externos de voluntad criminal y ausencia de consumación del resultado contra la voluntad del agente, la cual influyó notablemente en los diversos Códigos Penales de los Estados Alemanes". (5)

A continuación transcribo dicho precepto:

"Artículo 178.- Así si alguien se atreve a realizar un acto malo por medio de algunos actos externos que pueden ser apropiados para la consumación del acto malo, y sin embargo, la consumación de este acto malo fue impedida contra su voluntad esta voluntad maliciosa de la cual como se ha dicho, resulta, una mala acción, debe ser penalmente castigada; pero en un caso más severamente que en otros, en vista de las circunstancias y forma de la cosa".

(5) PAVÓN VASCONCELOS, FRANCISCO, *Breve Ensayo Sobre la Tentativa*, tercera edición, México, Editorial Porrúa, S.A., 1982, pág. 27.

"Debe deducirse -expresa PAVÓN VASCONCELOS-, de este texto, que más bien se refiere a la tentativa, tanto próxima como remota, pero que es posible abarcar en aquélla, los actos preparatorios, y también que se puede atenuar la pena... la Constitución Criminal Carolina fue el primer Código que distinguió claramente entre consumación y tentativa y que dio a ésta un carácter autónomo".⁽⁶⁾

Considero relevante la Constitución de referencia, puesto que por primera vez se tipificó en un ordenamiento legal, la figura de la tentativa, diferenciándola del delito consumado. Con ello se evidencia que los estudios doctrinarios de la tentativa, influyeron en el ánimo de los legisladores.

4. LOS PRACTICOS ITALIANOS

A partir del Derecho Penal Italiano del siglo XIII, comenzó a desarrollarse la noción de la tentativa, sobre todo entre los prácticos, quienes perseveraron en buscar el concepto de la tentativa y diferenciar la tentativa acabada de

⁽⁶⁾ Obra citada, pág. 27.

la inacabada, que dieron a conocer como tentativa próxima y remota, sin haber alcanzado plenamente sus objetivos.

Escribe JIMÉNEZ DE ASÚA que ANDREA ALCIATO, definió “la tentativa. como lo que está en camino, mientras el delito es la meta: canatus, remotus, el propinquus y el proximus...

“En cambio -agrega JIMÉNEZ DE ASÚA-, vemos que FARINACIO. . . sienta como primer principio del castigo de la tentativa: conatus punitor etiam effecto non sequuto, pero adaptando la pena a la proximidad o lejanía en que la conducta del agente estuviera respecto de la consumación: remotus castigar de manera atenuada ... En los crímenes más atroces se castigaban éstos siguiendo al Derecho Romano como el crimen mismo; pero en los otros se señalaba pena menor ...”(7)

Cabe señalar que los prácticos italianos, consideraron la imposibilidad de la consumación del delito. Al respecto RICARDO JUAN CAVALLERO cita a FARINACIO, quien decía “ ... que estaba exento de pena quien tratase de delinquir de modo que, de haber proseguido su intento, no

(7) JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS, *Tratado de Derecho Penal*, tercera edición, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1985, tomo VII págs. 460 y 461.

pudiera resultar daño para nadie: si fuisset secutum, remini no cuisset". (8)

Sobre la misma cuestión JIMÉNEZ DE ASÚA menciona a JULIO CLARO, cuyas consideraciones transcribo en seguida:

"... La variedad de opiniones llevó a JULIO CLARO a sostener que cuando los estatutos nada decían especialmente de la tentativa, el juez tenía libertad de escoger la doctrina que más le placiera, si bien CLARO era partidario de que no debía castigarse la tentativa si no era seguida de efecto, salvo en los delitos más atroces..." (9)

Por otra parte ALBERTO GANDINO, concluyó que no merecía condena, el agente que pudiendo perfeccionar el delito, no lo hiciera, cuyo concepto cita CAVALLERO, mismo que a continuación transcribo:

"Quien ideara, obrara y consumara sería castigado; si, por el contrario, idease y obrase, pero no consumase, habría que distinguir, si quiso y pudo, o si quiso y no pudo. El que

(8) Citado por CAVALLERO RICARDO, JUAN, *El Delito Imposible, la Tentativa Inidónea en el Derecho Penal Argentino*, primera edición, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1983, pág. 85.

(9) Obra citada, pág. 461.

quiso y pudo perfeccionar el delito y no lo perfeccionó merecía gracia. El que quiso pero no pudo concretar el crimen proyectado, debía ser castigado, porque , en los delitos cuenta la mala voluntad y no el éxito". (10)

No obstante lo anterior, estimo conveniente mencionar que los prácticos italianos no desarrollaron plenamente la figura de la tentativa. Al respecto JIMÉNEZ DE ASÚA, menciona que "aunque fueron los prácticos italianos quienes crearon la figura del conatus, no por eso se les ocultó lo difícil de construirlo acabadamente ..." (11)

5. EL CODIGO DE NAPOLEON

Durante el siglo XIX, hubo un gran desarrollo de la teoría de la tentativa, cuya evolución se inició con el Código de Napoleón, el cual incorporó a la figura de la tentativa su elemento que se consideró fundamental desde entonces, el principio de ejecución, o comienzo de ejecución:

Señala PAVÓN VASCONCELOS, que el Código de 1810 o Código de Napoleón consagró el elemento del principio

(10) Citado por CAVALLERO, obra citada, págs. 84 y 85.

(11) Obra citada, pág. 462.

de ejecución ⁽¹²⁾; a continuación se transcribe la norma de la tentativa, descrita en el citado Código: "toute tentative de crime qui aura été manifestée par un commencement d'exécution est considérée comme le crime même". ⁽¹³⁾ (Toda tentativa de delito que se haya manifestado por un principio de ejecución, es considerada como el delito mismo). Del precepto citado se desprende que el Código francés de 1810 fue la primera ley penal que consideró el elemento, consistente en el principio o comienzo de ejecución.

Aun cuando de la norma citada se desprende la equiparación entre delito intentado y consumado, el mismo PAVON VASCONCELOS señala que "... consignó la facultad de los jueces para atenuar la pena del primero". ⁽¹⁴⁾

Por ello se considera en la doctrina que con este ordenamiento penal se inició la evolución de los códigos penales europeos del siglo XIX.

⁽¹²⁾ Obra citada, pág. 28.

⁽¹³⁾ Idem.

⁽¹⁴⁾ Obra citada, pág. 296.

6. LA TENTATIVA EN EL SIGLO XIX

En el transcurso del siglo XIX la teoría de la tentativa evolucionó de manera importante considerando el problema de la tentativa inidónea, y se generalizó el criterio de disminuir la penalidad para la tentativa, respecto de la consumación, sólo con algunas excepciones.

"La evolución de la cuestión que nos ocupa -dice MEZGER-, ha tenido en el transcurso del siglo XIX, una significación práctica más considerable. En dicho siglo se mostró con claridad necesaria un problema de la teoría de la tentativa que era objeto de discusiones y que estaba destinado a tener sobre el fundamento teórico de ésta la más decisiva influencia: el problema de la tentativa inidónea ...el primero que lo planteó fue FEUERBACH. Y más precisamente, FEUERBACH lo hizo, en 1804, a propósito de la crítica al proyecto de KLEINSCHROD. Aparece como base de la pena, la peligrosidad objetiva. MITTERMAIER hace la distinción entre los medios idóneos abstractos y concretos y determina, de tal manera, la teoría dominante. TITTMANN fundamenta el punto de vista subjetivo opuesto; tienen una considerable influencia sobre este autor los Códigos Penales alemanes particularmente de la mitad del siglo XIX. Pero la

influencia decisiva es la de Prusia; aquí la evolución se basa en el artículo 2º del Código Penal Francés de 1810 y en su formulación del commencement d'exécution (comienzo de ejecución)."⁽¹⁵⁾

"Al cimentarse definitivamente -expresa PAVON VASCONCELOS- la dualidad de los grados del delito, diferenciándose entre tentativa y consumación, en los Códigos de Alemania de 1871, de Hungría de 1878... y otros posteriores... cobra plena aceptación legislativa la dirección de sancionar con penas atenuadas, respecto al delito consumado, la tentativa en sus dos formas de conato y frustración, adoptándose la tendencia de punir, excepcionalmente como delitos consumados, algunos actos de ejecución y aun simples actos preparatorios, como medida de política criminal tendiente a establecer una mayor protección a ciertos bienes jurídicos".⁽¹⁶⁾

De lo anterior puede inferirse que la figura jurídico-penal de la tentativa que conocemos, ha tenido que pasar por una extensa trayectoria de desarrollo, lo cual es reflejo de grandes dificultades para su análisis y aplicación práctica.

⁽¹⁵⁾ Obra citada, pág. 277.

⁽¹⁶⁾ Obra citada, pág. 96.

7. LEGISLACION PENAL MEXICANA

No existe antecedente alguno en el Derecho Penal, prehispánico, de que se hubiera conocido la figura de la tentativa, según la Enciclopedia de México, "... no había referencias para determinar el grado del delito..." (17).

Por lo que se refiere al Derecho Penal de la época colonial, FLORIS MARGADANT señala que "... al lado de las Partidas, la Nueva y la Novísima Recopilación, sobre todo en sus libros VIII y XII respectivamente, contienen mucho material importante para la práctica penal novohispánica..." (18); por cuyo motivo, a continuación haré mención de estas legislaciones, en cuanto se refiere a la tentativa.

8. LAS SIETE PARTIDAS

En seguida cito el texto referente a la tentativa, contemplado por la Ley 2, título XXI de la Partida Séptima:

(17) Enciclopedia de México, cuarta edición, México, editado por Enciclopedia de México, 1987, tomo III, pág. 870.

(18) FLORIS MARGADANT, GUILLERMO, *Introducción a la Historia del Derecho Mexicano*, octava edición, Naucalpan Estado de México, Editorial Esfinge, S.A de C.V., 1988, pág. 106

"Merecen pena de escarmiento quienes después de pensado el mal trabajasen de lo cumplir, comenzándolo a meter en obra maguer no lo cumpliesen del todo, y ha de castigarse al agente como si lo oviese cumplido. Et eso mismo serie si viniese en voluntad de algunt home de matar a otro, si tal pensamiento malo como este comenzase a lo meter en obra teniendo alguna ponzoña aparejada para dárgele a beber, o tomando cuchillo o otra arma desnuda et yendo contra él para lo matar, o estando armado asediándolo en algunt lugar para dar muerte, o trabajandose de la matar en alguna otra manera semejante destes o metiéndolo en obra; ca maguer non lo cumpliese mersce ser escarmentado, bien así como si lo oviese cumplido, porque non fincó por él de lo cumplir si pudiera. Otro si también decimos que si alguno pensase de robar e de forzar alguna manceba virgen o muger casada, et comenzase a meterlo en obra trabajando de alguna della para cumplir su pensamiento malo o levandola rabida, ca maguer pasasase a ella, mersce ser escarmentado, o bien así como si hubiese fecho lo que cobdiciaba; pues non fincó por él, por quanto él pudo facer que se non cumplió yerro que habie

pensado. Et en estas cosas sobredichas tan solamente ha lugar la que diximos que deben recibir por escarmiento lo que pensaron de facer el yerro pues que comienzan a obrar dél, maguer non lo cumplan" (19).

En síntesis las Siete Partidas, sancionaron la tentativa con pena igual que el delito consumado, y asimismo, después de la fórmula establecida para definir la tentativa, se enuncian casuísticamente algunos casos específicos, pudiéndose advertir que incluso sancionaban actos preparatorios, como preparar el veneno para dárselo a la víctima, o desenvainar algún arma y aproximarse a la víctima; por lo que puede afirmarse con respecto a las Siete Partidas, que no alcanzaron una concepción plenamente desarrollada de la teoría de la tentativa.

9. LA NUEVA RECOPIACION (RECOPIACION DE LEYES DE LOS REINOS DE INDIAS)

La Nueva Recopilación, cuyas normas se aplicaron en la época colonial, no contenía disposición expresa sobre tentativa y aun cuando no distinguió los grados del delito,

(19) Citado por JIMÉNEZ DE ASÚA, obra citada. pág. 476.

sancionó actos preparatorios, como la portación de armas y facultó a las autoridades jurisdiccionales para integrar causas o pleitos criminales en casos particulares.

A continuación transcribo las leyes que al respecto se encontraban en la Nueva Recopilación:

LEY IX

“Que no se puedan traer estoque verdugos o espadas de más de cinco quartas de cuchilla...

LEY XVII

“Mandamos a los jueces que no hagan composiciones en las causas de querellas, ó pleitos criminales, si no fuere en algún caso muy particular, a pedimento y voluntad conforme de las partes...”⁽²⁰⁾

Es notorio, que la Nueva Recopilación no presentó una idea clara de la tentativa, sino que se concretó a sancionar actos preparatorios en forma casuista y dio amplias facultades

⁽²⁰⁾ Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias. Estudios Históricos-Jurídicos, primera edición, México, editado por Miguel Angel Porrúa, 1987, págs. 445 y 447.

a las autoridades jurisdiccionales para integrar causas penales por hechos particulares.

10. LA NOVÍSIMA RECOPIACION.

La Novísima Recopilación, que también tuvo vigencia durante la época colonial, sancionó la tentativa y algunas veces también los actos preparatorios por lo que puede afirmarse que no distinguieron los grados del delito. A continuación transcribo en lo conducente, el Libro XII del citado ordenamiento legal, relativo a los delitos y sus penas:

LIBRO XII, TITULO XXI, LEY 99

“Pena del que saque, dispare arma de fuego, o tire con ballesta en ruido o pelea, aunque no mate:

“ De aquí en adelante ningún hombre sea osado de sacar ni saque a ruido ni pelea, que acaezca en poblado, trueno ni espingarda, ni serpentina ni otro tiro alguno de pólvora ni vallesta, ni tire de su caso al ruido con alguno de sus dichos tiros; salvo si fuere defendiendo sus casas, ó el lugar donde vive, de combate que le dieren ó quisieren dar: y cualquier que contra lo suso dicho fuere o pasare, ó sacare de

su casa cualquier de los dichos tiros, para tirar con ellos en dicho ruido ó pelea, ó para tirar donde su casa al ruido, que pierda la mitad de sus bienes para la nuestra Cámara, y demás que sea desterrado perpetuamente del lugar donde viviere, aunque no sea ferida persona alguna como el tal tiro, ni tire con él; y si matare ó firiere, ó tirare con cualquier de dichos tiros, que muera por ello, y pierda el tercio de sus bienes para nuestra Cámara y demás que sea desterrado perpetuamente del lugar donde viviere, aunque nosea ferida persona alguna con el tal tiro, ni tire con él; y si matare ó firiere, ó tirare con cualquier de dichos tiros, que muera por ello, y pierda el tercio de sus bienes para nuestra Cámara...”
 (21)

LIBRO XII, TITULO XXIII, LEY 1.

Los actos meramente preparatorios fueron sancionados por la Novísima Recopilación, concretamente, por la ley 1, que a continuación transcribo:

“Por que la nuestra Corte, como fuente de justicia, debe ser asegurada á todos los que á ella vinieren, y á todos lo que en ella estuvieren: mandamos y ordenamos, que cualquier,

(21) *Novísima Recopilación de las Leyes de España*, España, editado por la Imprenta de Sancha, tomo V, Libros X, XI y XII, 1805, pág. 398.

que en la nuestra Corte o en nuestro rastro matare ó firiere, que muera por ella: salvo si fuere en su defensión, ó en los casos por derechos permisos. Otro sí mandamos, que cualquier que sacare cuchillo ó espada en la nuestra Corte, para reñir o pelear, con otro, que le corten la mano por ello”.

(²²)

LIBRO XII, TITULO XXIII, LEY 2

Tanto la tentativa, como algunos actos preparatorios fueron sancionados en la Ley 2, Título 23, correspondientes al Libro XII de la Novísima Recopilación denominado: “De los Delitos y Sus Penas”; y de los Juicios Criminales”, que textualmente dice como sigue:

“Acaesce muchas veces que algunos omes estan acchando para ferir, ó facer fabla, ó conseio para ferir ó matar a otros, é fieren á aquellos á quien estan acechando é entendiendo para ferir, ó matar: et siempre que fue fecho conseio ó fabla, estos atales deben haber pena mayor, que los fieren en pelea. Et porque los derechos mandan, que éstos atales sean tenudos a pena de muerte, así como si mataren é fasta aquí en algunos logares por fuero ó por costumbre non se vsaba así, e por eso atrevianse muchos á facer estos

(²²) MALO CAMACHO, GUSTAVO, *Tentativa de Delito*, primera edición, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1971, pág. 200.

yerros: por ende establecemos que qualquier, o qualesquier que sobre acechanzas ó sobre conseio ó fabla feche firiere á alguno, que muera por ello, maguer aquel á quien firiere non muera de la ferida” (23)

A continuación formularé el análisis de la tentativa en los códigos penales mexicanos, particularmente respecto del Código Penal del Estado de Veracruz de 1835, primer código penal de México Independiente, posteriormente, del Código MARTINEZ DE CASTRO promulgado el 7 de Diciembre de 1871; así como del Código Penal de ALMARAZ promulgado el 30 de Septiembre de 1929; y por último del Código Penal vigente promulgado el 13 de Agosto de 1931, con sus diversas reformas.

11. CODIGO PENAL DEL ESTADO DE VERACRUZ DE 1835

El Código Penal del Estado de Veracruz promulgado por decreto del 28 de abril de 1835, consagró en el tipo de la tentativa, el principio de ejecución, siguiendo el ejemplo del Código de Napoleón.

(23) Citado por MALO CAMACHO, obra citada, págs. 200 y 201.

La regulación de la tentativa en el código de referencia abarca desde el artículo 93 hasta el 99, mismos que en seguida se transcriben:

“Artículo 93: 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 lo prepare.

“Artículo 94: Cuando la tentativa de que habla el artículo anterior se hubiese llevado por parte del reo hasta el último acto necesario para la comisión del mismo delito, se le aplicará la pena ordinaria de éste aun cuando la tentativa no hubiere reducido el efecto que su autor se proponía.

“Artículo 95: Cuando la tentativa se hubiere frustrado antes de llevarse a su último acto por circunstancias independientes de la voluntad del delincuente, si la pena impuesta por la ley al delito fuera la capital, se aplicará a aquél la de trabajos forzados para siempre: si era ésta la que debía llevar según la ley, se le impondrá la de diez años de los mismos trabajos; y si era la de destierro perpetuo se convertirá en la de destierro por diez años. En los demás casos, la pena será al albedrío del juez no debiendo éste

nunca aplicar el máximo de lo que la ley imponga al delito consumado.

“Artículo 96: Cuando el conato de algún delito se frustrare por el arrepentimiento del reo, no se impondrá a éste pena alguna por razón del conato.

“ Artículo 97: Si el acto que descubre el conato fuere en sí mismo un delito, además de la pena que por el conato deba llevar el delincuente con arreglo a los artículos precedentes, se le impondrá la que por dicho acto señala la ley, aun en el caso de que la tentativa de delito se haya frustrado por el arrepentimiento del delincuente.

“Artículo 98: Siempre que de los medios puestos por un delincuente para cometer un delito resulte otro delito diverso, se impondrá al hecho la pena mayor que por la tentativa o por el delito consumado imponga la ley.

“Artículo 99: Cuando después de haber llevado el reo la tentativa hasta el último acto, impidiere con efecto él mismo que la tentativa produzca sus efectos, procediendo así de su libre y espontánea voluntad, la pena será al prudente albedrío

del juez, con tal que nunca llegue al máximo que la ley señala al delito consumado."

De lo expuesto se desprende que el primer Código Penal del México Independiente, indebidamente consideró como tentativa los actos preparatorios, además equiparó la pena de la tentativa acabada, a la del delito consumado, lo cual también es criticable.

Por otra parte, determinó la no punibilidad en caso de desistimiento de la tentativa y erróneamente sancionó el arrepentimiento activo.

12. EL CODIGO MARTINEZ DE CASTRO

El Código MARTINEZ DE CASTRO distinguió los grados del delito presentando como novedad, el delito intentado (tentativa de delito imposible).

A continuación transcribo los artículos del Código de referencia, relativos a la tentativa:

"Artículo 18. En los delitos intencionales se distinguen cuatro grados:

"I.- Conato:

"II.- Delito intentado:

"III.- Delito frustrado:

"IV.- Delito consumado:

"Artículo 19. El conato de delito consiste: en ejecutar uno o más hechos encaminados directa e inmediatamente a la consumación, pero sin llegar al acto que la constituye.

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

"Artículo 21. En el caso del artículo anterior son requisitos necesarios para el castigo:

"I. 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;

"II. Que la pena que debiera imponerse por él, si se hubiera consumado, no baje de quince días de arresto o quince pesos de multa.

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

"Artículo 23. Los actos que no reúnen todas las circunstancias que exigen los artículos 20 y 21, no constituyen conato punible, y se consideran como puramente preparatorios del delito.

"Artículo 24. Los actos puramente preparatorios son punibles, solamente cuando por sí mismos constituyen un delito determinado que tiene pena señalada en la ley, con excepción de los casos en que ésta dispone expresamente lo contrario.

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

"Artículo 26. Delito frustrado es: el que llega hasta el último acto en que debió verificarse la consumación, si ésta no

se verifica por causas extrañas a la voluntad del agente, diversas de las que se expresan en el artículo que precede."

Al respecto RAUL CARRANCÁ Y TRUJILLO manifiesta "el Código Penal de 1871 tomó como ejemplo próximo al español de 1870...

"Por lo demás, la Comisión, en punto a doctrina, se guió por ORTOLÁN para la parte general (Libros I y II) y por CHAUVEAU y HELIE para la especial (Libro III). Responde así el Código Penal de 1871, a su época: Clasicismo penal con acusados retoques de correccionalismo... (24)

"Este ejemplar ordenamiento -puntualiza GARCÍA RAMÍREZ- se fundó en los postulados de la escuela clásica, apoyada en la responsabilidad moral y el libre albedrío... (25)

"Se trata de un código -opina CARRANCÁ Y TRUJILLO-, bastante correctamente redactado, a veces, de irreprochable justeza. Se compone de 1151 artículos de los que uno es transitorio y fue decretado por el Congreso y promulgado por el Presidente Juárez.

(24) Obra citada, pág. 83.

(25) GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO, *Derecho Penal*, primera edición, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Colección: Introducción al Derecho Mexicano, 1983, pág. 11.

"Este Código presentó como novedad importante:

"El delito intentado... grado que el legislador hizo intermedio entre el conato (ejecución inconsumada, artículo 19) y el delito frustrado (ejecución consumada, pero que no logra el resultado propuesto, artículo 20), y que certera y expresamente justificó MARTÍNEZ DE CASTRO con la diferente peligrosidad acreditada". (26)

"Es decir -explica PAVÓN VASCONCELOS-, que el Código de MARTÍNEZ DE CASTRO, pretendiendo la creación de un verdadero sistema, distinguió cuatro grados del delito intencional: I el conato; II el delito intentado; III el delito frustrado, y IV el delito consumado". (27)

Evidentemente resulta equivocada la posición del presente código, al considerar el delito intentado o tentativa de delito imposible, como uno de los grados del delito, sin embargo no obstante en mi opinión, su acierto consistió en tipificar la tentativa de delito imposible.

(26) Obra citada, pág. 84.

(27) Obra citada, págs. 141 y 142.

13. EL CODIGO DE ALMARAZ

A diferencia del Código de MARTÍNEZ DE CASTRO, el Código de ALMARAZ, presentó deficiencias de redacción y estructura, por lo que se dificultó su aplicación práctica, es por ello que su vigencia sólo duró dos años.

Explica GARCÍA RAMÍREZ que "el 30 de septiembre de 1929, fue expedido un nuevo Código Penal, del que fue autor principalmente JOSÉ ALMARAZ. Aquél quiso modificar la orientación del Derecho Mexicano en favor del positivismo.. Tuvo al delincuente como preocupación central. Severamente criticado, sólo se mantuvo por dos años. Con todo, quedan en la cuenta de las leyes penales y procesales de 1929 numerosos aciertos fundamentales: entre ellos, la supresión de la pena de muerte, el ampliado arbitrio judicial; la decadencia del jurado, la reclamación oficiosa del resarcimiento del daño privado, la organización de la ejecución de penas, y algunos más".⁽²⁸⁾

En seguida transcribo los preceptos contenidos en el Código, relativos a la tentativa:

⁽²⁸⁾ Obra citada, 1983, pág. 11.

"Artículo 20. Los actos preparatorios serán sancionados cuando manifiesten de manera unívoca el dolo del agente.

"Artículo 21. Existe tentativa, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza en un comienzo de ejecución o inejecución o por todos los actos u omisiones que debieran producir el delito, si la conducta se interrumpe o el resultado no acaece por causas ajenas a la voluntad del agente."

"Artículo 22. Si el autor se desistiere de la ejecución o impidiere la consumación del delito, no se impondrá sanción alguna, a no ser que los actos ejecutados constituyeran por sí mismos delitos.

"Artículo 23. El delito es imposible por inidoneidad de los medios empleados o por inexistencia del bien jurídico u objeto material.

Según lo escrito por PAVÓN VASCONCELOS, "el Código de ALMARAZ distinguió en los delitos intencionales: I el delito consumado, y II la tentativa o conato. El artículo 22 declaró la existencia de la tentativa punible cuando el agente inicia exteriormente la ejecución del hecho delictuoso

directamente por actos idóneos y no practica todos los esenciales de ejecución que debieran producir el delito, por causa o condición que no sea su propio y espontáneo desistimiento....

"La propia noción legal sobre la tentativa punible, en el código de 1929, excluye el delito imposible por inidoneidad total, ya por ineficiencia de los medios o por la inexistencia del objeto, no sucediendo lo mismo por cuanto a la inidoneidad relativa, referida ya a los medios o al objeto". (29)

Incorrectamente el código de referencia se refirió a los actos preparatorios que puedan manifestar de manera unívoca el dolo del agente, puesto que la característica de los actos preparatorios consiste precisamente en que carecen de la univocidad.

En cuanto a la fórmula de la tentativa expuesta en el artículo 21 del mismo código, es evidente que se tuvo como ejemplo al redactar la última reforma del artículo 12 del Código Penal de 1931, actualmente en vigor, ya que señala entre otros, los siguientes elementos:

(29) Ora citada, págs. 145 y 146.

A) La resolución de cometer un delito.

B) Actos u omisiones que deberían producir el delito.

Como más adelante lo señalaré, estos elementos aparecen reproducidos textualmente en el citado precepto legal del Código Penal de 1931.

Asimismo puede apreciarse que en el artículo 23 del Código de Almaraz se define el delito imposible sin esclarecer plenamente si dicha figura constituye o no la tentativa.

14. EL CODIGO PENAL DE 1931

El Código Penal de 1931 para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal, actualmente en vigor; se aparta de conceptos y definiciones doctrinarias, es un código ecléctico y pragmático.

SERGIO GARCÍA RAMÍREZ, manifiesta que "el Código Penal vigente... fue promulgado el 13 de Agosto de 1931. La comisión redactora se integró con JOSÉ LÓPEZ LIRA, JOSÉ ANGEL CENICEROS, ALFONSO TEJA ZABRE y ERNESTO

G. GARZA. Confesadamente ecléctico y pragmático, el nuevo texto quiso huir de cuestiones doctrinales, reducir el casuismo, ampliar el arbitrio judicial, favorecer la individualización de las sanciones y la eficaz reparación del daño, y simplificar el procedimiento, entre otros extremos".⁽³⁰⁾

Por su lado, RAUL CARRANCÁ Y TRUJILLO manifiesta su criterio relacionado con el Código Penal de 1931, diciendo que "a su correcta y sencilla redacción española une a una [sic] arquitectura adecuada.

"La comisión redactora tuvo en cuenta las siguientes orientaciones, resumidas por su Presidente el Licenciado ALFONSO TEJA ZARBE: Ninguna escuela ni doctrina ni sistema penal alguno puede servir para fundar íntegramente la construcción de un código penal. Sólo es posible seguir la tendencia ecléctica y pragmática, o sea práctica y realizable..."

⁽³¹⁾

En seguida transcribo el texto original del artículo que definió la tentativa punible:

⁽³⁰⁾ Obra citada, pág. 11.

⁽³¹⁾ Obra citada, pág. 88.

"Artículo 12.- 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."

A continuación formularé el análisis del mencionado artículo:

15. CONSIDERACIONES SOBRE EL ARTICULO 12 DEL CODIGO PENAL DE 1931, ANTES DE SU REFORMA

Debo decir a propósito de la interpretación del artículo 12, antes de sus reformas, que la locución consistente en que los hechos deben ser "encaminados directamente e inmediatamente a la realización de un delito", encontramos que la expresión inmediatamente, que indica una idea de temporalidad, equivale a decir "al instante", "luego", por lo que debía estar dirigida a cometer, al instante, un delito; de tal manera que la Ley Penal Mexicana exigía en ese precepto el requisito aludido, en el sentido de que los actos ejecutados

por el agente debían estar dirigidos de modo muy próximo a la realización del delito que se propuso el culpable. Esto conduce a recordar la referencia que hace LUIGI SCARANO a la práctica criminal, “que a través de análisis sutiles dividió la acción humana en diversos momentos, fraccionándola en acto remoto, acto próximo y acto más próximo”⁽³²⁾

GUSTAVO MALO CAMACHO, en su obra intitulada “Tentativa del Delito”, al proceder a efectuar la interpretación del artículo 12 antes de su reforma, del expresado Código Penal Mexicano de 1931, manifiesta lo siguiente: “en cuanto se refiere a la Ley Mexicana, estimamos que le es aplicable lo expuesto en relación con la univocidad de los actos, es decir, a la dirección no equívoca de los mismos. Cuando el artículo 12 expresa: “... hechos encaminados directamente e inmediatamente a la realización de un delito...” no es posible dejar de admitir que ha sido intención del legislador el referirse a la dirección de los actos. Si la ley italiana cuando se refiere en su texto a la realización de “...actos idóneos dirigidos en modo no equívoco a la comisión de un delito...” pone de manifiesto el doble criterio de la idoneidad y la univocidad de los actos como vía de delimitación de la tentativa punible; la Ley Mexicana, por su parte, adopta como criterio de distinción

⁽³²⁾ SCARANO, LUIGI, *La Tentativa*, traducción del italiano de LUIS E. ROMERO SOTO, primera edición, Bogotá, Editorial Temis, 1960, pág. 66.

aquel de actos encaminados directa e inmediatamente a la realización del delito.

“Como la locución actos encaminados -agrega MALO CAMACHO- no queda lugar a dudas que la palabra directo hace referencia a la dirección de los actos hacia la realización del fin ilícito y con el término inmediatamente se intenta establecer un límite de carácter temporal al ya conformado criterio de la dirección” ⁽³³⁾.

En síntesis MALO CAMACHO opina que la redacción del precepto antes de su reforma, no facilita la solución en relación con la interpretación de la norma penal de que se trata dice:

“El artículo 12 del Código Penal Vigente, en los términos en que se encuentra redactado, no se estima suficiente para delimitar la esfera de la tentativa punible, por lo que se hace necesario recurrir a otros criterios que se presenten más asequibles al fin indicado” ⁽³⁴⁾.

Constituyen valiosos auxiliares para la interpretación del artículo 12 antes de su reforma, del código penal de 1931,

⁽³³⁾ Obra citada, págs. 84 y 85.

⁽³⁴⁾ Obra citada, pág. 85.

los criterios jurisprudenciales citados por el jurista RAFAEL DE PINA en su Código Penal, mismos que en seguida me permito transcribir:

“Para que la tentativa sea punible como tal, se requiere que el delito a que se refiera sea procurado de un modo directo, es decir, en una relación subjetiva y a la vez objetiva que no pueda conducir de modo normal a otro resultado que el propuesto, lo cual significa, que debe probarse que los actos ejecutados por el agente debieron tener como efecto necesario o, por lo menos, muy probable, la consecuencia del fin requerido” (35).

“... La tentativa surge cuando la ejecución del delito se materializa, y ya iniciada la actividad criminal, viene una circunstancia fortuita a frustrar la voluntad del agente ... El código de 1931, ha condicionado los actos de ejecución, elemento típico de la tentativa, a dos circunstancias; una, de causalidad, otra en razón del tiempo; por la primera se requiere que los actos ejecutivos estén encaminados directamente a la realización del delito proyectado o sea, que por su naturaleza se le vinculen íntimamente; dentro de esta

(35) Informe de la Suprema Corte de Justicia, 1934, Apéndice, Sec. 2ª, 1ª Sala, pág. 36. citado por PINA, RAFAEL DE, Código Penal, segunda edición, México, Ediciones Cicerón, 1952, págs. 25 y 26.

técnica, no pueden reputarse como actos de ejecución, aquellos que por su ambigüedad no se pueden determinar en relación precisa con el delito que se va a cometer, o que por su naturaleza constituyen actos preparatorios. La segunda circunstancia demanda una concordancia, una contemporaneidad entre los actos de ejecución y el hecho mismo, en tal forma, que aquellos sean precisamente inmediatos a éste...”⁽³⁶⁾.

“La imposibilidad para cometer un delito elimina la punibilidad de una tentativa cuando los medios empleados son notoriamente inadecuados o no idóneos o bien cuando el delito es irrealizable porque es imposible...”⁽³⁷⁾

A continuación procedo a exponer los distintos criterios de varios penalistas, a propósito de la interpretación del artículo 12 antes de su reforma del Código Penal de 1931 de referencia; en esos criterios es posible advertir algunas discrepancias, principalmente por lo que hace a la tentativa del delito imposible, respecto de la cual algunos penalistas la consideraban comprendida en el precepto citado, en tanto que

⁽³⁶⁾ Semanario Judicial de la Federación, tomo LVIII, pág. 1235, Ejecutoria de 27 de octubre de 1938, citada por PINA, RAFAEL DE, obra citada, págs. 25-27

⁽³⁷⁾ Revisión 5206/1949, Resuelto el 18 de enero de 1950, citado por PINA, RAFAEL DE, obra citada, pág. 27.

otros estiman que la tentativa imposible no es subsumible en dicha norma penal.

El penalista FRANCISCO GONZALEZ DE LA VEGA, en su Código Penal Comentado, formula la siguiente interpretación del artículo 12 antes de sus reformas del Código Penal vigente: "... el Código de 1931 englobó en el concepto general de la tentativa, mediante una fórmula elástica, las manifestaciones delictivas incompletas. Dentro del artículo 12, además del antiguo grado de frustración, caben el conato material con ejecución de hechos dirigidos inmediata y directamente al delito, y también ciertos delitos imposibles en que la peligrosidad del agente se revela por la ejecución de medios adecuados para el crimen. Nótese que, por su equivocidad, los actos de pura preparación quedan excluidos de la represión penal, salvo que en sí mismos constituyan delito típico; ejemplo: portación de armas.

"Para resolver los casos -añade- de delito imposible, deben distinguirse dos hipótesis: a) Delitos imposibles en que el agente emplea medios inidóneos para la consumación, siendo ésta irrealizable materialmente por circunstancias del todo extrañas, por ejemplo: una persona que dispara su arma de fuego (medio idóneo) contra persona muerta a quien creía

viva; como en esta hipótesis el hecho debe ser clasificado y punible dentro del grado de tentativa; b) Delitos imposibles en que el agente emplea procedimientos indudablemente inadecuados para obtener la consumación, como cuando una persona, deseando privar de la vida a otra por su rudeza o ignorancia le propina sustancias inocuas o utiliza exorcismos; esta hipótesis no debe punirse ni incluirse dentro del grado de tentativa, porque la inconsumación del propósito se debe al empleo de medios tan torpes y equivocados, que de modo racional no pueden calificarse de "hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito", porque su ejecución a nada conduce. En la primera hipótesis se trata de un verdadero delincuente que puede causar daños graves; en la segunda se trata de una persona quizás moralmente corrompida, pero que no representa ninguna peligrosidad por su falta de adecuación criminal.

"La no punibilidad de la tentativa inacabada -concluye GONZÁLEZ DE LA VEGA- por causas propias de la voluntad del agente, se justifica por razones de política criminal favorecedora del desistimiento en la conducta criminal o arrepentimiento que conduce a la inejecución del delito" ⁽³⁸⁾.

⁽³⁸⁾ GONZÁLEZ DE LA VEGA, FRANCISCO, *El Código Penal Comentado*, sexta edición, México, Editorial, Porrúa, S.A., 1982, págs. 68 y 69.

Los comentarios al mismo artículo 12, antes de su reforma que por su parte formulan los penalistas RAÚL CARRANCÁ Y TRUJILLO Y RAÚL CARRANCÁ Y RIVAS contenidos en su Código Penal Anotado, son los siguientes:

“La primera distinción que se impone -escriben- en relación con la tentativa es entre tentativa punible y tentativa impune. La primera requiere que el delito no se consume por causas ajenas a la voluntad del agente, pues si no se consuma a causa de éste -tentativa con propio desistimiento- no será punible.

“Conforme al texto del precepto comentado, 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 tentativa requiere -prosiguen CARRANCÁ Y TRUJILLO y CARRANCÁ Y RIVAS- actos de ejecución. En consecuencia los actos preparatorios no la integran si son equívocos (portar armas, adquirir una escalera si se imputase un robo con escalamiento), no así si son unívocos (adquirir la máquina de fabricación de moneda falsa, salvo si se tratase

v.gr., de un coleccionista), pues los actos preparatorios, son por lo general, por sí mismos insuficientes para demostrar el propósito de ejecutar un delito determinado. El pensamiento criminal menos puede importar ...

“Es inexcusable establecer, por medio de los hechos ejecutados, el propósito de consumir determinado delito, pudiendo probarse esto último ya por la confesión del activo, ya por los hechos mismos que se hayan ejecutado y de los que pueda inferirse lógicamente la verdad que se busca. Directamente e inmediatamente deben conducirse esos hechos al fin delictivo, como prueba de éste de aquí que a más unívocos deban ser idóneos.

“El delito imposible -añaden- consiste precisamente: a) en la inidoneidad de los medios... b) en la inexistencia de su objeto ...

“Como el precepto comentado requiere que la consumación no se realice por causas ajenas a la voluntad del agente, entendemos que en los ejemplos citados y en todos los de delito imposible, se ofrece la condición; por lo que la fórmula de la tentativa comprende también el delito imposible.

“Diversos grados, por tanto -concluyen CARRANCA Y TRUJILLO Y CARRANCA Y RIVAS ofrece la tentativa, dada la fórmula adoptada por la ley en el precepto comentado. Son a) tentativa inacabada, o sea cuando el agente suspende los actos de ejecución que consumirían el delito, por causas ajenas a su voluntad; b) tentativa acabada o frustración o sea cuando el agente realiza todos los actos de ejecución que debieron causar el resultado típico penal, no ocurriendo éste por causas ajenas a la voluntad del agente; c) delito imposible o sea cuando la frustración se ha debido a la inidoneidad de los medios o la inexistencia del objeto del delito” ⁽³⁹⁾.

Al analizar el citado artículo 12 antes de su reforma del Código Penal Mexicano, el tratadista MARIANO JIMÉNEZ HUERTA expresa los siguientes conceptos:

“Los actos ejecutivos están, por lo tanto, encaminados directamente e inmediatamente a la realización de un delito. La sola dirección finalística de estos actos no basta para distinguirlos de los preparatorios, pues también estos actos están encaminados a su realización ... es evidente que lo que caracteriza al acto de ejecución es su idoneidad espacio-temporal para alcanzar la consumación del delito.” Esta

⁽³⁹⁾ CARRANCA Y TRUJILLO, RAÚL Y CARRANCA Y RIVAS, RAÚL, *Código Penal Anotado*, México, D.F., Editorial Porrúa, S.A., 1983, págs. 48-50.

idoneidad está expresada con las palabras “directa o inmediatamente”. No obstante que se ejecuten hechos encaminados a la realización del delito; preciso es que estos hechos o actos -por estar con la consumación en una relación directa e inmediata- sean idóneos para consumarlos. La consumación de un delito sólo puede lograrse mediante hechos, que por estar con el tipo delictivo en la indicada relación, son idóneos para alcanzarlo”(40)

ALFONSO TEJA ZABRE, integrante de la Comisión Redactora del Código Penal de 1931, en vigor, en su exposición de motivos explica lo siguiente: “Ninguna escuela, ni doctrina, ni sistema penal alguno puede servir para fundar íntegramente la construcción de un Código Penal, sólo es posible seguir una tendencia ecléctica y pragmática o sea práctica y realizable”. Más adelante dice: “Se reservan como es debido para las discusiones escolares a las explicaciones didácticas las complicadas cuestiones de técnica que no tienen influencia sobre la acción represiva o preventiva. Por ejemplo, los matices y grados en el “iter criminis” con las antiguas e inútiles matizaciones del conato, el delito intentado, el delito imposible, el delito frustrado ...” (41)

(40) JIMENEZ HUERTA, MARIANO, *Derecho Penal Mexicano*, tercera edición, México, Editorial Porrúa, S.A., 1980, tomo I, págs. 376 y 377.

(41) TEJA ZABRE, ALFONSO, *Exposición de Motivos. Código Penal de 1931*, tercera Edición, México, Ediciones Botas, 1939, pág. 8.

En síntesis la Comisión Redactora del Código Penal no estimó pertinente ampliar el concepto de la tentativa punible, la cual se encuentra definida en el artículo 12 antes de su reforma del expresado Código penal de 1931, debiéndose entender que dicho precepto incluye el caso de la tentativa de delito imposible, como expresamente se reconoce en ese sentido, en la nota para la Tercera Edición del Código citado, que dice: "Artículo 12.- La definición de la tentativa incluye el caso del delito imposible"⁽⁴²⁾.

Por su parte, los penalistas JOSÉ ANGEL CENICEROS Y LUIS GARRIDO, quienes también fueron integrantes de la Comisión Redactora del Código Penal de 1931, en su obra La Ley Penal Mexicana, manifiestan en lo conducente, las siguientes ideas:

"... Los autores del Código de 1931 resolvieron las siguientes cuestiones, que planteaban los artículos 12 y 63 del mismo: I.- Si se declaraban punibles los delitos, en todos los grados de ejecución. II.- Si se debían expresar cuáles eran esos grados ...

(42) Obra citada, pág. 46.

“Respecto a la primera cuestión, El Código de acuerdo con la doctrina universal sobre esta materia, declaró impune la fase interna en la vida del delito, pues es absurdo castigar las ideas; y por lo que se refiere a los hechos preparatorios, tampoco se declararon punibles, por las equivocaciones a que pueden dar lugar, pues lo mismo pueden revelar la voluntad de cometer un delito que la de ejecutar un hecho inocente.

“En cuanto al segundo problema el Código no conservó los grados de conato y delito frustrado sino que los englobó en la denominación genérica de tentativa de delito, en primer término porque no encontró fórmulas o definiciones precisas para cada uno de esos grados, y en segundo lugar para dejar al juez en aptitud de graduar en cada caso las diversas fases del delito, con la tendencia general a disminuir el casuismo”.
(⁴³)

En consecuencia, por cuanto los mencionados miembros de la Comisión Redactora del Código Penal de 1931, indican que el Código de referencia declaró impune la fase interna en la vida del delito y por lo que hace a los hechos preparatorios, tampoco se declararon punibles y toda vez que no quedó exceptuada la tentativa de delito

(⁴³) CENICEROS, JOSÉ ANGEL Y GARIDO, LUIS. *La Ley Penal Mexicana*, primera edición, México, Ediciones Botas, 1934, págs. 53 y 54.

imposible, de conformidad con las manifestaciones transcritas de los aludidos integrantes de la Comisión Redactora del Código Penal debía entenderse como subsumible el delito imposible (tentativa de delito imposible) en el artículo 12 que define la tentativa punible, no obstante se dejó al arbitrio del juez determinar si se incluían los casos de inidoneidad de los medios y de la acción y también los de inexistencia del objeto.

Por otra parte, en su obra Breve Ensayo Sobre la Tentativa, RAMON PALACIOS, al tratar lo referente a la tentativa punible y consiguientemente al artículo 12 antes de su reforma del aludido Código Penal Mexicano de 1931, expresa que no comparte sobre el particular el criterio de los tratadistas GONZÁLEZ DE LA VEGA y CARRANCÁ y TRUJILLO, expuestos precedentemente en este mismo capítulo.

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

“Actos directos -agrega-, son los que van en línea recta ... Inmediatos son los actos próximos, -y opina-: Es poco feliz la fórmula” (44)

El mismo PALACIOS califica al artículo 12 antes de su reforma del Código Penal en vigor como una fórmula defectuosa y sostiene que la expresada norma no prevé el delito imposible. Y manifiesta que los exégetas mexicanos del Código Penal de 1931, “dicen que el artículo 12 prevé el delito imposible... más no fundan su aserto.

“Decir que la norma -escribe PALACIOS- del artículo 12 del Código Penal Vigente reprime ejecución, frustración y delito imposible es tan demoledoramente ilógico, como quien vacía en un molde lo que no puede en él caber; confunde los elementos substanciales, trastorna las esencias y riega a todos los vientos las enseñanzas de las Escuelas queriendo que fructifiquen hermanadas en un agro al que no puede ser común” (45).

PALACIOS refuerza su opinión de referencia con los siguientes argumentos: “Finalmente, es decisiva la

(44) Obra citada, pág. 148.

(45) Obra citada, pág. 151.

consideración de RICCIO, quien con DELITALA sostiene que el delito es modificación de un estado de hecho; para que el delito subsista, es necesaria la existencia de ese estado de hecho, cuya modificación representa el resultado, por lo que, faltando en la inexistencia absoluta del objeto el estado de hecho, la posibilidad de la lesión jurídica, el delito no es dable, ya como consumación, ya como simple tentativa. Hasta el práctico GARRAUD, conviene en la repugnancia que encuentra en la conciencia social el hecho del que pretende una consumación imposible, pero con CHAUVEAU y HELIE destaca el que la ejecución de un delito imposible, es, de todas maneras imaginaria, y no subsiste, en realidad, más que una resolución criminal” (46)

Finalmente, a propósito de la interpretación del artículo que vengo tratando, a continuación expongo los conceptos que a ese respecto ha elaborado el jurista FRANCISCO PAVÓN VASCONCELOS.

“El Código de 1931 -expresa- representó, en materia de tentativa, un evidente retroceso con relación a sus antecesores. Al prescribir el artículo 12 que la tentativa es punible “cuando se ejecutan hechos encaminados directa e

(46) Obra citada, pág. 201.

inmediatamente a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente”, está sancionando, de acuerdo con la interpretación literal de su texto, los actos puramente preparatorios y no los ejecutivos del delito.

“... todo juicio valorativo -continúa PAVÓN VASCONCELOS-, tanto sobre el delito consumado como sobre la tentativa, acabada o inacabada supone imprescindiblemente la existencia del hecho típico, pues previamente la determinación del contenido material de la ilicitud y de la reprochabilidad de la acción se requiere la comprobación de su tipicidad, por cuanto de no ser así carecería de sentido dicha valoración. La tipicidad del acto tentado, por otra parte, jamás puede construirse sino en relación directa a la acción típica de la figura en este aspecto accesoria. Con estricto rigor lógico debe en consecuencia concluirse, que en la formación del concepto de la tentativa no puede prescindirse de la acción principal a la cual se le refiere, con abstracción del resultado que habrá de consumar el delito. En otros términos “el comienzo de ejecución” es el punto de partida de la noción del delito tentado, en su apreciación objetiva, pues únicamente de la previa objetividad del hecho puede intentarse su valoración subjetiva para

constatar la culpabilidad del autor; la pura intención no expresada en un acto de ejecución jamás podrá integrarse una tentativa punible.

“Si no se pierde de vista, de acuerdo con la significación gramatical del texto del artículo 12, que los hechos encaminados a la realización del delito con los que puede facilitar su ejecución, es claro que se trata de hechos preparatorios, pues sólo a través de los mismos es posible. Con los hechos enjuiciados en la norma del artículo 12 no son los que “comienzan” la ejecución del delito, los que penetran en la periferia del tipo, lógicamente sólo puede tratarse de los preparatorios. A esta única conclusión lleva la adopción desafortunada, del legislador de 1931, de la actual fórmula del precepto, el cual no sólo admite referencia concreta al acto consumativo del delito, sino además se constituye sobre la base del criterio temporal cuyas deficiencias ya fueron observadas, pues un en seguida temporal -como lo dejó expresado BELING- a nadie convence.

“Aún admitiendo -prosigue PAVÓN VASCONCELOS- que por “realización de un delito” deba entenderse la consumación del mismo, sigue en pie el inconveniente de la pretensión del texto para determinar la naturaleza del acto en

referencia a su dirección e inmediatez respecto a la consumación. La temporalidad del acto nada aclara en cuanto a su naturaleza, en virtud de existir la posibilidad de realización de actos preparatorios con el requisito aludido por la norma del artículo 12; igualmente su dirección, la cual en el mejor de los casos podría ser referida a su univocidad, tampoco revela su carácter ejecutivo...

“Es incuestionable -añade PAVÓN VASCONCELOS- que la voluntad de la ley no ha sido ni es la de sancionar la preparación del delito, dejando impune la ejecución, completa o incompleta. El alcance del precepto, mediante su interpretación lógica, ha sido precisado por la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, al afirmar, a través de sus fallos, que la tentativa es “comienzo de ejecución del delito” o agotamiento del proceso ejecutivo sin producir el resultado por causas ajenas a la voluntad del autor, sólo mediante el recurso de esa clase de interpretación ha sido posible fijar la noción de la tentativa...”

“Si la interpretación -concluye PAVÓN VASCONCELOS- de la Suprema Corte es correcta y tentativa equivale, en el texto de la ley, a ejecución del delito, queda lógicamente excluida de él y de su punibilidad la tentativa

absolutamente inidónea o delito imposible no así la tentativa, pues la noción de ejecutividad impide, por su propia esencia, considerar tentativa de un delito la acción inidónea por imposibilidad absoluta, ya en los medios o bien en el objeto”⁽⁴⁷⁾

Al tratar concretamente lo relativo a la punibilidad de la tentativa imposible y en interpretación del artículo 12 antes de su reforma del Código Penal vigente, PAVON VASCONCELOS considera excluida del precepto penal de referencia, la tentativa imposible, expresándose en los términos siguientes: “Si la fórmula del artículo 12 del Código Penal vigente, según el alcance de la interpretación hecha por la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación y el criterio sostenido por algunos de sus comentaristas, construye la noción de la tentativa sobre la base del comienzo de ejecución (conato) y del agotamiento del proceso ejecutivo (frustración). lógico es considerar excluida de ella la tentativa absolutamente inidónea (delito imposible) por ser ésta la completa negación de aquélla.

“El proceso ejecutivo del delito -prosigue PAVÓN VASCONCELOS- tiende a la modificación de un estado de

⁽⁴⁷⁾ Obra citada, págs. 146 y 147.

hecho que habrá de traducirse, al llegarse a la consumación en la lesión o al daño efectivo y real de un interés tutelado por la norma violada. En la tentativa, la inconsumación del delito impide la lesión o el daño querido por el agente, pero crea un peligro real y efectivo para el bien jurídico.

“Hemos insistido -agrega- en que la noción del peligro es fundamental respecto a la punibilidad de la tentativa. Cuando los actos realizados supuesta su idoneidad no pueden producir la consumación, en virtud de la inexistencia del objeto, dichos actos no pueden en manera alguna interesar al Derecho, por no ser actos propios de una tentativa punible. Asimismo, cuando la consumación es imposible a virtud de la inidoneidad total de los medios empleados, habrá imposibilidad absoluta de causación del daño o de la puesta en peligro del bien jurídico, resultando en esas condiciones contrario, a la propia estructura del delito intentado, considerar prevista en éste su punibilidad ... Al no existir previsión legal concreta, sobre la punición del delito imposible, éste queda fuera de la sanción de la tentativa, por no ser posible su comprensión dentro del concepto jurídico de ésta ...” (48)

(48) Obra citada, págs. 148 y 149.

Cabe señalar que el artículo 12 del Código en comento, fue reformado por primera vez, mediante Decreto del 29 de Diciembre de 1984 y publicado el 14 de Enero de 1985 en el Diario Oficial de la Federación.

Dicha reforma estableció una nueva fórmula para la configuración de la tentativa, además fueron incluidas como no punibles el desistimiento y el arrepentimiento activo de la misma, no contempladas en la fórmula original.

El artículo 12 reformado, quedó en los siguientes términos:

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

"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 le impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a este se refiere, sin perjuicio de aplicar la que corresponda a actos ejecutados u omitidos que constituyan por sí mismos delitos."

Según la Exposición de Motivos de esta reforma, el legislador se preocupó por considerar tanto la tentativa acabada, como la tentativa inacabada.

Asimismo pretendió que quedaran comprendidos en la tentativa, tanto los delitos de acción, como los de omisión, regulando además el desistimiento espontáneo de la tentativa y al arrepentimiento activo.

Es notorio que nuevamente se omitió incluir la tentativa de delito imposible, por cuyo motivo nuevamente su punibilidad o no punibilidad, quedó al arbitrio del juez.

A continuación transcribo en lo conducente la Exposición de Motivos aludida:

"Esta iniciativa plantea importantes cambios al artículo 12, se habla, como suele hacerlo la teoría penal, de la

exteriorización de la resolución de cometer delito, ejecutando la conducta que debería producirlo omitiendo la que debería evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente. Como se ve, la fórmula abarca tanto la tentativa acabada, como la inacabada y, además comprende por igual los delitos de acción y los de omisión, cosa que no ocurre en la actualidad.

“Por otra parte se regula el desistimiento espontáneo. Esto se apoya principalmente en la necesidad de evitar la consumación de delitos y proteger, así, a las potenciales víctimas del ilícito. Las reglas propuestas acerca del desistimiento del ilícito, no implica, en su caso, la impunidad de actos ya realizados por el sujeto, cuando éstos constituyan delitos por sí mismos y sean posibles, por ende”.⁽⁴⁹⁾

El 10 de Enero de 1994 fue publicada la última reforma del artículo de referencia, quedando como sigue:

"Artículo 12.- Existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en

⁽⁴⁹⁾ Exposición de Motivos de la Iniciativa de Reformas al Código Penal para el Distrito Federal, en Materia del Fuero Común y para toda la República, en materia del fuero Federal, publicadas el 14 de enero de 1985, pág. 4.

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."

En la última reforma del artículo en referencia, se observa una fórmula de la tentativa que al parecer, está mejor desarrollada, que en la norma original. En ella se contemplan, tanto la tentativa inacabada, como la acabada.

Por lo que se refiere al desistimiento y al arrepentimiento activo, previstos en el mismo precepto antes de la reforma en cuestión; es evidente que tales figuras quedan implícitas en dicha definición, al establecer como requisito para que exista tentativa punible, que el delito no se consume por causas ajenas a la voluntad del agente.

A continuación formularé el análisis del precepto de referencia:

16. CONSIDERACIONES SOBRE EL ARTICULO 12 REFORMADO, DEL CODIGO PENAL DE 1931.

I. Primeramente el artículo 12, exige para la configuración de la tentativa punible, la resolución de cometer un delito.

II. En segundo término requiere que dicha resolución sea exteriorizada mediante actos ejecutivos, efectuados total o parcialmente.

III. La característica que deberá exigirse con respecto de los actos, es decir, actos que deberían producir el delito.

IV. La omisión que debería evitar el delito, es otro de los elementos comprendidos en la norma referida.

V. Por último, la no consumación del delito, por causas ajenas a la voluntad del agente.

En seguida procedo a estudiar cada uno de los elementos mencionados:

17. I.- LA RESOLUCIÓN DE COMETER UN DELITO.

Toda tentativa punible tiene como requisito indispensable, un elemento de carácter subjetivo, que consiste en la voluntad o intención de cometer un delito previsto en la ley penal, es decir, el dolo de perpetrar un delito.

En la última reforma del artículo 12, en lugar de hacer referencia al dolo, voluntad o intención prefirió emplearse el vocablo "resolución".

Al respecto explica MEZGER, que "... la base de cualquier tentativa punible, con arreglo al artículo 43 del Código Penal, es la resolución de cometer un crimen o delito ... En consecuencia, en la resolución del autor, debe existir siempre, como imagen representativa querida, el total crimen o delito.

“Esta resolución es un proceso subjetivo en el alma del autor, esto es, un elemento subjetivo del injusto... Por eso es a la vez, también dolo...”⁽⁵⁰⁾

Evidentemente la resolución del agente, comprende dos aspectos subjetivos: por una parte la intención del agente para llevar a cabo determinada conducta y el fin, la dirección de la misma, que se encuentra encaminada a la consumación de un delito.

En mi concepto hubiera preferido que el legislador hiciera notar expresamente la dualidad del elemento subjetivo de la tentativa, lo cual sin duda facilitaría la interpretación de la norma reformada, lo que no se logra en el artículo 12 en estudio, por lo cual, en lugar de “la resolución”, las siguientes acepciones: voluntad, intención o simplemente dolo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8º del Código Penal Federal y asimismo mencionar expresamente el fin de cometer un delito.

⁽⁵⁰⁾ Obra citada, págs. 278 y 279.

18. II.- ACTOS EJECUTIVOS EFECTUADOS TOTAL O PARCIALMENTE.

El segundo elemento es de carácter objetivo, no obstante debo señalar que los actos ejecutivos comprenden solamente la tentativa y la consumación, es decir que todos los actos de tentativa quedan comprendidos en los actos ejecutivos, de donde he inferido que la norma referente a la tentativa no requiere hacer alusión a tales actos ejecutivos, con lo cual se incurre en repeticiones inútiles.

Es evidente que el elemento del principio de ejecución no se ha considerado lo suficientemente explícito para determinar la figura de la tentativa en el contenido de las leyes penales, de ahí que por sustitución, el legislador haya preferido emplear el término: actos ejecutivos efectuados total o parcialmente, que deberían producir el delito.

Por cuanto a que los actos ejecutivos sean efectuados total o parcialmente, el legislador no hizo más que referirse a la mayor proximidad de la conducta, con la consumación del delito, es decir que incluyó por una parte la tentativa acabada al decir "efectuados total" y asimismo a la tentativa inacabada, al especificar "parcialmente".

Este aspecto del artículo 12 reformado, puso fin a la confusión tan discutida entre los penalistas mexicanos, al interpretar el texto original, puesto que había la tendencia de que solamente debía sancionarse la tentativa acabada, debido a que los actos que la constituyen, son los únicos que podrían calificarse como inmediatos a la consumación.

19. III.- ACTOS QUE DEBERIAN PRODUCIR EL DELITO.

El artículo 12, a que me vengo refiriendo prescribe que los actos ejecutivos deben producir el resultado, no obstante tal redacción no señala manifiestamente si debe considerarse con tendencia objetiva, como tal parece a simple vista; o por el contrario, si tiene contenido de carácter subjetivo, lo cual, según mi opinión, significa que el citado precepto legal, puede interpretarse atendiendo a los postulados de la teoría objetiva, o en sentido opuesto, atendiendo a los principios de la teoría subjetiva.

Primeramente formularé objetivamente la interpretación del citado elemento, y posteriormente la interpretaré subjetivamente.

Lógicamente que partiendo de los principios sustentados por la teoría objetiva, no hay duda de que solamente deberían producir el delito las acciones idóneas, llevadas a cabo con medios que también deben ser idóneos. Además, para que pudiera consumarse el delito, según la citada teoría, es requisito indispensable que exista el objeto del delito, al cual se dirige la conducta.

En razón de lo anterior, siguiendo el criterio eminentemente objetivo podrá concluirse que si la conducta no se dirige a un objeto real y existente en concreto, la tentativa no sería punible, debido a no encuadrar en la hipótesis según la cual “debería producir el delito”.

Tampoco deberá considerarse como tentativa punible, según la teoría objetiva, de conformidad con el artículo 12 de referencia, aquella conducta que siendo idónea fuera ejecutada con medios inidóneos o viceversa, es decir si empleando medios idóneos, la conducta fuera inidónea, puesto que en ninguno de estos casos se “debería producir el delito”.

En síntesis, si se realiza la interpretación del multicitado artículo 12 bajo principios terminantemente objetivos, fácilmente podrá inferirse que esta norma no sanciona ningún caso de tentativa de delito imposible.

En cambio si la interpretación se formula exigiendo la inidoneidad absoluta para que la tentativa no sea punible, ineegablemente habrán de considerarse como punibles aquellos casos de inidoneidad relativa, que de cualquier modo configuran la tentativa de delito imposible.

En sentido opuesto al criterio objetivo, de conformidad con la teoría subjetiva, el elemento del artículo 12 de que se trata, deberá interpretarse en los siguientes términos.

Al prescribir la norma que para la configuración de la tentativa punible, los actos "deberían producir el delito", en primer término habrá que considerarse que dicho precepto legal no determina de manera expresa que la conducta debería producir el delito "materialmente". En base a lo expuesto, siguiendo los postulados de la teoría subjetiva, es de concluirse que la tentativa de delito imposible queda comprendida en este elemento que se analiza, toda vez que si según el criterio del agente basado en sus conocimientos y

experiencia, los actos pudieron ser adecuados para producir el delito, aun cuando materialmente no fueron idóneos para tal fin, lo mismo que si se llevaron a cabo empleando medios inidóneos e inclusive si los medios se habían dirigido hacia un objeto inexistente.

Nótese que la falta de precisión del artículo 12 mencionado, para establecer los elementos de la tentativa punible, permite que se le interprete con criterios distintos, que además son opuestos, por cuyo motivo en la práctica, la tentativa de delito imposible será considerada como punible en unos casos y como no punible otras veces, según si el juzgador se inclina por la teoría subjetiva u objetiva respectivamente, lo cual contraviene el principio de exacta aplicación de la ley penal.

20. IV LA OMISION QUE DEBERIA EVITAR EL DELITO.

Indudablemente que desafortunada la redacción del artículo en comento, fundamentalmente al incluir el elemento consistente en la omisión que debería evitar el delito.

Es de considerarse que tal el elemento no es claro, al decir: "... omitiendo los (actos) que deberían evitarlo (el delito)..." puesto que aparentemente exige una conducta de omisión encaminada a un resultado lícito, es decir a un "no delito", cuando según la naturaleza de la tentativa, los actos u omisiones que la integran, deben estar dirigidos a la consumación de un delito.

Analizando desde otro ángulo este elemento, sin duda podría concluirse que su propósito consiste en sancionar determinados casos de tentativa de delito imposible, por ejemplo la omisión del sujeto activo, consistente en olvidarse de colocar el cargador a la pistola con la que intenta cometer un homicidio. Esa omisión es la que debería evitar la producción del delito, es decir que hace imposible su consumación.

Sin embargo existen casos de tentativa de delito imposible, que no implican omisión por parte del agente, como prescribe la norma de referencia, por lo que no hay certeza de que deban declararse punibles o no punibles, por ejemplo quien pretende hacer abortar a una mujer no embarazada.

Según se desprende de la Exposición de motivos relativa a la reforma publicada el 14 de enero de 1985, en cuyas reformas se introdujo la redacción a la que me vengo refiriendo; el legislador pretendió incluir en el artículo 12, tanto los delitos de acción, como los de omisión, sin embargo lejos de haber logrado tal propósito, fue aprobada una nueva definición de la tentativa punible que también es confusa, poco clara y que no cumple con el propósito de incluir dentro de la tentativa punible, los delitos de omisión; sin que dentro de la reforma del 10 de enero de 1994, se hubiera corregido el error.

Por último cabe señalar que la norma de referencia, no señala expresamente si todas las hipótesis de tentativa de delito imposible son punibles o no punibles y aun cuando la respuesta pareciera obvia, no es tan simple como aplicar el principio: no existe delito ni pena sin ley y entonces concluir que esa clase de tentativa no es punible; pues no hay que olvidar que su interpretación puede llevarse a cabo a través de dos criterios que son opuestos: el objetivo, que la considera como una tentativa no punible y el subjetivo, que sostiene su punibilidad, motivo por el cual, los jueces quedan en libertad de interpretar el artículo 12 en cuestión, a la luz de la doctrina que sea de su predilección.

Es decir que por virtud de la imprecisión del multicitado artículo 12, para establecer los elementos de la tentativa punible, se contraviene el principio de la exacta aplicación de la ley penal consagrado en el artículo 14 Constitucional, lo que representa un auténtico problema, cuya solución propondré en capítulos subsecuentes.

21. V.- LA NO CONSUMACION DEL DELITO POR CAUSAS AJENAS A LA VOLUNTAD DEL AGENTE.

La tentativa implica la idea de un delito imperfecto, toda vez que los actos y omisiones que la integran, no llegan al momento culminante de la consumación del delito, lo cual quiere decir que la tentativa existe por la ejecución incompleta de un delito representado en la mente del sujeto activo.

Por ello mismo el artículo 12 de referencia exige la no consumación del delito, para que se configure la tentativa punible.

Sin embargo es condición para que se configure tal tentativa, que la no consumación se dé por causas independientes a la voluntad del agente.

Es por ello que en este elemento ha quedado implícito que si la no consumación del delito es motivada por desistimiento del agente o por arrepentimiento activo del mismo, la tentativa no será punible.

22. VI.- LA SUPRESION DE LA TEMIBILIDAD.

El segundo párrafo de la norma cuyo análisis he venido desarrollando también fue reformado, el cual establece las reglas para imponer la pena de la tentativa, por lo cual considero que debería formar parte del artículo 63, relativo a la penalidad para la tentativa y no del multicitado artículo 12.

La reforma del último párrafo de la norma en cuestión, consistió en suprimir la temibilidad como criterio para la individualización de la pena aplicable en caso de tentativa.

Según la exposición de motivos de esta reforma, la misma se explica "atendiendo al criterio adoptado en el artículo 52 del Código Penal, en el sentido de que el juzgador tomará en cuenta, entre otros datos, el grado de culpabilidad del agente para la individualización de la pena, resulta igualmente necesario modificar el artículo del mismo código,

con el objeto de que haya congruencia en cuanto a los principios que deben regir al juzgador a la hora de cumplir su función de determinar el quantum de la pena aplicable. En efecto, el párrafo segundo del actual artículo 12 también mantiene la idea de temibilidad o peligrosidad como criterio para la individualización de la pena aplicable al caso concreto, lo que definitivamente vulnera el principio de la culpa y obliga a castigar al delincuente no tanto por lo que ha hecho y 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. Además de orientar el criterio a seguir, se propone una mejor fórmula de la tentativa punible, prevista en el párrafo primero del mencionado artículo 12, en que se precisan sus requisitos y se clasifica la distinción entre la tentativa acabada e inacabada".⁽⁵¹⁾

De la exposición de motivos citada se desprende que la reforma en análisis, se llevó a cabo, como una consecuencia de la reforma al artículo 52 del mismo Código Penal, es decir, con la finalidad de establecer el grado de culpabilidad, como uno de los criterios para la individualización de la pena, que no

⁽⁵¹⁾ Exposición de Motivos de la Iniciativa de Reformas al Código Penal para el Distrito Federal, en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal, publicadas el 10 de enero de 1994, págs. 12 y 13.

podrá darse tratándose de tentativa, puesto que ésta admite el dolo como único grado de culpabilidad.

A mi parecer, la temibilidad del agente, es un factor que el juez debe analizar, conjuntamente con la culpabilidad y la mayor o menor puesta en peligro, al individualizar la pena de la tentativa.

No importa si la tentativa es acabada o inacabada, sin duda, a través de la conducta, así como de los medios empleados, el agente pone de manifiesto cierto grado de perversidad constante y activa.

Por otra parte la temibilidad también indica la capacidad del agente, su tendencia para llevar a cabo nuevas acciones delictivas.

De modo que la mayor o menor temibilidad podrá determinarse, según si la tentativa es acabada o inacabada, así como también los motivos determinantes, o sea el móvil para la comisión del delito.

Todo ello en suma, determina el grado posible del mal que hay que temer de parte del sujeto activo de la tentativa, para imponerle la pena correspondiente.

A continuación me permito transcribir los conceptos de algunos penalistas con respecto a la temibilidad.

“El concepto de la peligrosidad o temibilidad -señala ALFONSO TEJA ZABRE- es aprovechable como un nuevo factor para agregarse a la clásica intención, al dolo, a la malicia y para hacerla valer -concluye TEJA ZABRE- conjuntamente con la voluntad y el peligro de daño, como medida de valores penales”⁽⁵²⁾

Por su parte JOSÉ ANGEL CENICEROS Y LUIS GARRIDO, en su obra la Ley y el Delito citan a SALDAÑA quien dice que “desde el punto de vista de la temibilidad (propósito), el delito frustrado es un delito consumado, psicológicamente completo... Si para graduar la defensa social tomamos por base la temibilidad, las sanciones correspondientes a ambos deben ser las mismas; pero si el fundamento aceptado es la materialidad de un efecto producido, no existe delito objetivo. Como se ve, todo es

⁽⁵²⁾ Obra citada, pág. 14.

cuestión de elegir entre lo subjetivo y lo objetivo, entre el delincuente y el daño” (53).

“El concepto de la peligrosidad -según EUSEBIO GÓMEZ- no ha sido concretado aún en una fórmula que tenga la virtud de atraer el consenso unánime, indispensable para su consagración. Los pareceres coinciden, sin embargo, en reconocer que la peligrosidad es un principio de que no puede prescindir el Derecho Penal. Constituye para algunos, el fundamento de la imputabilidad y por ende, la razón justificativa de las sanciones; para otros representa el único criterio eficaz para resolver el problema de la adaptación de la sanción al delincuente y hay quienes sostienen, sin admitir, precisamente, que en ella finque la responsabilidad criminal, que no hay sanción posible sino cuando el delincuente es peligroso.

“Pertenece a GAROFALO -continúa diciendo EUSEBIO GÓMEZ-, una primera nítida expresión dentro de la escuela positiva, del concepto de peligrosidad. le llama temibilidad y la hace consistir en la perversidad constante y activa del delincuente y en la cantidad del mal previsto que se debe temer por parte del mismo delincuente. No la gravedad del

(53) Obra citada, pág. 51.

delito; no la importancia del deber violado por el mismo; no la impulsión criminal, han de constituir el criterio para la imposición de la penalidad. El medio de prevención ha de adaptarse al grado de la perversidad constante del agente...”⁽⁵⁴⁾

Más adelante EUSEBIO GÓMEZ señala que GRISPIGNI concreta sus conceptos en relación con la temibilidad de los delincuentes, en los términos siguientes:

“La peligrosidad criminal es la capacidad de una persona de devenir autora de un delito.

“... por tanto, la peligrosidad criminal es un modo de ser de un sujeto ... en cuanto probable causa de un delito.

“Del punto de vista jurídico la peligrosidad criminal es un estado de antijuridicidad de un sujeto, que tiene por consecuencia jurídica la aplicación al mismo de una sanción”⁽⁵⁵⁾

⁽⁵⁴⁾ GÓMEZ, EUSEBIO, *Tratado de Derecho Penal*, primera edición, Buenos Aires, Compañía Argentina Editora, 1939, tomo I, págs. 336 y 337.

⁽⁵⁵⁾ Citado por GÓMEZ, EUSEBIO obra citada, págs. 340 y 341.

“FLORIAN define la peligrosidad criminal como el estado, la aptitud, la inclinación de una persona a cometer, con gran probabilidad ... delitos. Se trata, dice este autor, de una peligrosidad caracterizada por la tendencia a delinquir... se perfila frente y ante la ley, en contemplación de probables delitos futuros...”⁽⁵⁶⁾

Afirma EUSEBIO GÓMEZ, que el concepto más claro de la temibilidad, “es el que fue desarrollado por GAROFALO y perfeccionado por GRISPIGNI consiste en la cantidad del mal previsto que se debe temer por parte del delincuente”.⁽⁵⁷⁾

En conclusión, el agente pone de manifiesto su temibilidad, al llevar a cabo una tentativa punible, al igual que en el caso de quien comete un delito consumado, sólo que aquél revela menor temibilidad porque no fue capaz de lograr la perpetración del delito.

En virtud de lo expuesto considero que tal reforma carece de utilidad práctica, por lo cual es mi opinión que aún cuando se hubiera reformado el artículo 52, el criterio de la temibilidad, por ser un principio imprescindible para la tentativa, no debió suprimirse como factor para individualizar

⁽⁵⁶⁾ Citado por GOMEZ, EUSEBIO, obra citada, págs. 341 y 342.

⁽⁵⁷⁾ Obra citada, pág. 343.

la pena de la misma, por lo tanto propongo una nueva reforma a efecto de que la temibilidad se considere nuevamente para determinar la pena de la tentativa.

23. CONSIDERACIONES SOBRE EL ARTICULO 63 REFORMADO, DEL CODIGO PENAL DE 1931.

El 13 de mayo de 1996, se publicó en el Diario Oficial de la Federación, el Decreto por el que fue adicionado el artículo 63 del Código Penal de 1931, misma adición que en seguida transcribo:

“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”.

Esta adición equipara el mínimo de la pena de tentativa punible de delitos graves, al mínimo de la sanción prevista para el delito consumado, lo cual desvirtúa la naturaleza de la tentativa, como un delito imperfecto, que por tanto debe sancionarse con pena menor que el delito consumado.

En tal virtud, habrá responsables de tentativa punible por delitos graves, que serán sancionados con una pena igual a la que se aplicará para los responsables por delitos graves consumados, lo cual refleja regresión a épocas anteriores al Derecho Penal Italiano de la Edad Media, donde la tentativa se sancionaba con pena igual que el delito consumado, en virtud del limitado desarrollo del conocimiento que había en materia de tentativa, es decir que en mi opinión, la citada adición constituye una medida retrógrada, que deberá corregirse.

Mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación, del 8 de febrero de 1999, fue adicionado el artículo 194 del Código Penal de 1931, el cual a la letra dice lo siguiente:

“La tentativa punible de ilícitos penales mencionados en el párrafo anterior, también se califica como delito grave”.

CAPITULO II

LA TENTATIVA COMO UNO DE LOS GRADOS DEL DELITO.

SUMARIO :

LOS GRADOS DEL DELITO ESTAN INTEGRADOS POR DISTINTOS MOMENTOS.-
COMPRENDEN DOS FASES: 24. FASE INTERNA: SE INICIA CON LA
CONCEPCION DEL DELITO.- LA INTENCION DE PERPETRARLO.- EL
PENSAMIENTO NO SE CASTIGA.- 25. FASE EXTERNA: SU PRIMER MOMENTO
ES LA MANIFESTACION DE LA IDEA.- 26. LA PREPARACION: SIGUE DE LA
MANIFESTACION DE LA IDEA.- NO REVELA LA INTENCION DE DELINQUIR.-
SON IMPUNES LOS ACTOS PREPARATORIOS.- 27. LOS ACTOS EJECUTIVOS:
COMPRENDEN: 28. A) LA TENTATIVA: ES LA EJECUCION INCOMPLETA DE UN
DELITO.- IMPLICA LA IDEA DE UN DELITO IMPERFECTO.- SUS ACCIONES SI
REVELAN LA INTENCION DELICTUOSA.- PUEDE SER PUNIBLE O NO PUNIBLE.-
29. B) LA CONSUMACION: ES LA ACCION QUE REUNE TODOS LOS ELEMENTOS
QUE INTEGRAN EL TIPO.- 30. EL AGOTAMIENTO: ES EL ULTIMO MOMENTO
DEL ITER CRIMINIS.- NO TIENE TRASCENDENCIA PARA LA APLICACION DE LA
PENNA.- CONSISTE EN LA PRODUCCION DE TODOS LOS EFECTOS DAÑOSOS
SEGUN LA INTENCION DEL AGENTE.

ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA

En el Derecho Penal *iter criminis* significa camino del delito, vida del delito o grados del delito. Por mi parte, prefiero esta última acepción, en virtud de que para que se configure el delito, se hace necesario que el agente recorra un camino integrado por distintos momentos, que van presentándose gradualmente.

El penalista RAFAEL DE PINA VARA en su Diccionario de Derecho conceptúa el *iter criminis* como el "curso o desarrollo del delito desde el momento en que aparece como idea en la mente del delincuente hasta el instante mismo de su consumación".⁽⁵⁸⁾

La tentativa, implica la idea de un delito imperfecto, toda vez que los actos u omisiones que lo constituyen, según el caso, no llegan al momento culminante de la consumación del delito, es decir que la tentativa es uno de los grados del delito.

El tratadista EUGENIO CUELLO CALON, en su obra denominada Derecho Penal, expresa lo siguiente:

"En el desarrollo del delito, hay que distinguir momentos de diversa índole, unos de índole interna (como la deliberación,

⁽⁵⁸⁾ PINA VARA, RAFAEL DE, *Diccionario de Derecho*, decimoséptima edición, México, Editorial Porrúa, S.A., 1991, pág. 333.

la voluntad, la resolución de cometer el delito), otros de índole externa. Aquéllos están fuera del campo del Derecho Penal, pues todo cuanto no sale de la intimidad del individuo no tiene trascendencia jurídica, éstos por el contrario, están dentro de su esfera. Los momentos externos de la vida o desarrollo del delito son: la preparación, la tentativa (dentro de la que puede distinguirse el momento de frustración) y la consumación".⁽⁵⁹⁾

Puede advertirse que CUELLO CALÓN no contempla la manifestación de la idea, que se localiza en la fase externa, ni tampoco distingue los actos preparatorios de los ejecutivos.

A propósito RAUL CARRANCÁ Y TRUJILLO, expresa que en el camino que recorre el delincuente para dar vida al delito, "pueden advertirse dos fases: la interna o psíquica y la externa o física. En la vida del delito concurren una actividad mental y una muscular. A la primera pertenece la idea criminosa; a la segunda, la manifestación de la idea, los actos ejecutivos (tentativa) y los de consumación..."⁽⁶⁰⁾

Consideramos que CARRANCÁ Y TRUJILLO, hace una exposición errónea sobre los grados del delito, puesto que

⁽⁵⁹⁾ CUELLO CALÓN, EUGENIO, *Derecho Penal, (Parte General)*, Novena Edición, México, D.F., Editora Nacional, S.A., 1953, tomo I, pág. 527.

⁽⁶⁰⁾ Obra citada, pág. 277.

sólo atribuye a la tentativa el de actos ejecutivos, y deja fuera de los mismos, los actos de consumación, siendo que los actos ejecutivos comprenden tanto la tentativa, como la consumación.

24. FASE INTERNA

El delito se origina en la conciencia del sujeto, quien delibera sobre la posibilidad de su logro y resuelve finalmente realizarlo.

"El delito -dice CARRANCÁ Y TRUJILLO-, permanece hasta entonces en el claustro mental del sujeto, nada lo revela al exterior. En esta fase no hay incriminación posible pues no hay acción criminosa..."⁽⁶¹⁾

Acerca de la fase interna del delito, IGNACIO VILLALOBOS expresa lo siguiente:

"Si para que el delito exista se requiere un acto humano y el acto humano sólo existe cuando emana de la voluntad del hombre o es ordenado por éste como sujeto, es claro que todo

⁽⁶¹⁾ Obra citada, pág. 278.

delito debe iniciarse en la mente de quien lo comete por la concepción del acto que ha de ejecutarse y la determinación del agente que ha de realizarlo...

"Puede, quien se dispone a cometer un delito, proponer su realización a terceras personas o concertar con ellas el modo de ejecución...tomar medidas previas que faciliten o hagan factible la consumación de sus deseos; y llegar, por fin, directamente o a través de intermediarios, a realizar los actos que deben producir el resultado que se busca.

"La mera concepción de un delito concreto, el deseo de realizarlo y aun la determinación o el propósito que a ello se encamine, carecen de relevancia jurídica, puesto que el Derecho es un conjunto de normas de relación y tiende a conservar un orden social eminentemente objetivo, que no se altera por lo que un sujeto piense o quiera, mientras no haga nada externo encaminado a satisfacer su deseo.

"La impunidad de los actos mentales supone que los mismos han quedado en la esfera interna del agente, sin trascender al mundo exterior".⁽⁶²⁾

⁽⁶²⁾ VILLALOBOS, IGNACIO, *Derecho Penal Mexicano, Parte General*, segunda edición, México, D.F., Editorial Porrúa, S.A., págs. 434 y 435.

En la tentativa debe suceder algo exteriormente, por cuanto el sólo pensar no es punible.

Aun cuando la base de la tentativa es la intención de cometer un delito, debe existir siempre, como imagen representativa querida, la consumación del delito.

Por su parte EDMUNDO MEZGER, en lugar de hacer referencia a la intención, prefiere emplear el término resolución, mismo criterio que ha sido adoptado en el artículo 12 vigente, del Código Penal de 1931.

"Esta resolución -dice MEZGER-, es un proceso subjetivo en el alma del autor, esto es, un elemento subjetivo del injusto. Por eso, es, a la vez, también dolo, es decir, culpabilidad. Si se toman en cuenta esta unidad de elemento subjetivo del injusto y la culpabilidad (dolo), las dificultades que se han acumulado acerca de este punto y, con frecuencia innecesariamente, disminuyen..."⁽⁶³⁾

⁽⁶³⁾ Obra citada, págs. 278 y 279.

25. FASE EXTERNA

"En la fase externa -afirma CARRANCÁ Y TRUJILLO-, el primer momento, es la manifestación de la idea, que tiende a realizarse objetivamente en el mundo exterior. Si el sujeto se juzga insuficiente para ello buscará coordinar sus fuerzas con otros afines: Propondrá, inducirá, conspirará...

"Si el resultado no se realiza, ni la sola proposición ni la sola inducción ni la conspiración mismas son incriminables, por más que la policía preventiva las deba tener en cuenta para prevenir delitos..."⁽⁶⁴⁾

26. LA PREPARACION

"La preparación -Explica CARRANCÁ Y TRUJILLO-, consiste en un comienzo de ejecución del delito por medio de actos físicos adecuados... la adquisición o ensayo de los instrumentos para delinquir es, generalmente el acto preparatorio tipo.

"Es opinión común que los actos preparatorios son equívocos, ya que no revelan con claridad la voluntad de

⁽⁶⁴⁾ Obra citada, págs. 279 y 280.

delinquir, de donde resultaría más dañoso que eficaz sancionarlos; no hay todavía en ellos un principio de violación de la norma penal; revelan muy escasa peligrosidad".⁽⁶⁵⁾

PESSINA, al referirse a los actos preparatorios del delito indica: "el acto que el hombre realiza procurándose armas tiene un fin próximo, cual es el de hacer posible y fácil la ejecución de un delito, pero no es precisamente el acto mismo de esta ejecución. El delito preparado es un delito hecho posible, no real... Así, el conato se distingue de la preparación como lo real se distingue de lo posible; en el conato, el delito llega a ser real; en la preparación, el delito no es más que posible, y un criterio práctico para distinguir los actos de preparación de los actos constitutivos de conato está en que las acciones de preparación no anuncian por sí mismas intención de delinquir, sino que pueden ser consideradas como hechos inocentes que no van dirigidos a violar los preceptos jurídicos. El proporcionarse un arma puede hacerse con un fin de defensa o para ofender a otro..."⁽⁶⁶⁾

Lo anterior conduce a PESSINA a la conclusión de que la preparación de un delito no se castiga, porque todavía no

⁽⁶⁵⁾ Obra citada, pág. 280.

⁽⁶⁶⁾ PESSINA, ENRIQUE, *Derecho Penal*, Traducción del Italiano, tercera edición, Madrid, Editorial Reus, S.A., 1919, pág. 503.

aparece el hecho criminoso, faltando la realidad del delito, así como del conato. Por ello, expresa el citado autor, que la preparación del delito "se somete al mismo principio de la impunidad del propósito criminoso. No es esto decir que la preparación sea lo mismo que el simple pensamiento puesto que en aquélla hay ya una acción exterior; pero precisamente porque esta acción no revela por sí misma la realización de un propósito criminoso, pudiendo dirigirse también a fines inocentes, lo mismo puede considerarse preparación de un delito, puesto que de otro modo se conoce el propósito criminoso".⁽⁶⁷⁾

No obstante, hay algunas acciones preparatorias que por revelar un ánimo dispuesto a delinquir, implican amenaza para la tranquilidad social e individual, por lo que el legislador, en ocasiones los eleva a la categoría de delitos especiales, como por ejemplo la asociación delictuosa.

"La preparación de un delito -escribe CUELLO CALON-, no es punible porque los hechos preparatorios son equívocos; no revelan de modo claro y preciso la intención de cometer un delito. El que deseando matar a otro compra un arma, prepara un homicidio pero sus actos no revelan de modo

⁽⁶⁷⁾ Obra citada, pág. 504.

seguro un propósito criminoso porque la compra de armas puede tener lugar con fin de defensa. Otra razón que explica la impunidad del hecho preparatorio es que en la preparación no hay todavía un principio de violación de la norma penal relativa al delito que se quiere cometer. El que compra veneno para matar no viola aún la norma que ordena respetar la vida ajena, únicamente habrá comenzado a violarla cuando intente propinar el veneno. El delito preparado no es más que un delito en potencia, no es aún un delito real y efectivo, éste sólo existe cuando comienza a violarse la norma penal". (68)

MEZGER se refiere a los actos preparatorios de la siguiente manera: "Son impunes fundamentalmente, las meras acciones preparatorias... no hay duda que no existe todavía, en general, un comienzo punible del hecho en las acciones de procurar el medio (por ejemplo, comprar el arma homicida) o trasladarse al lugar del hecho, etc..."

"La simple acción preparatoria es, en principio impune. Ello no impide, sin embargo, que la ley, a veces, la castigue especialmente como un hecho punible independientemente..." (69)

(68) Idem.

(69) Obra citada, págs. 281 y 283.

27. LOS ACTOS EJECUTIVOS

Después de los actos preparatorios, en el camino del delito, se encuentran los actos ejecutivos.

Los actos ejecutivos pueden constituir dos formas distintas de manifestación o de aparición del delito: la tentativa y la consumación.

Por lo que se refiere a los actos ejecutivos, FERNANDO CASTELLANOS, expone las siguientes ideas:

"El momento pleno de ejecución del delito, puede ofrecer dos diversos aspectos: tentativa y consumación...

"Entendemos pues por tentativa, los actos ejecutivos, encaminados a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas al querer del sujeto.

"...Se llama consumación a la ejecución que reúne todos los elementos genéricos y específicos del tipo legal..."⁽⁷⁰⁾

⁽⁷⁰⁾ CASTELLANOS TENA, FERNANDO, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, (Parte General), trigésima edición, México, Editorial Porrúa, S.A., 1991, pág. 287.

En síntesis, los actos ejecutivos pueden ofrecer las dos formas siguientes: La tentativa y la consumación.

28. A) LA TENTATIVA

La tentativa existe por la ejecución incompleta de un delito, o sea que la ejecución no se ha realizado por completo.

"En el iter criminis -explica MEZGER-, son punibles las auténticas acciones de tentativa. La punibilidad empieza en el momento en que se inicia la realización del delito que el autor ha resuelto cometer y que se ha propuesto.

"Con ello encontramos una característica objetiva que está insertada en el punto subjetivo de arranque de la teoría de la tentativa. Efectivamente, el deslinde entre meras acciones preparatorias y acciones de tentativa no puede quedar determinado subjetivamente según la intensidad mayor o menor de la voluntad delictiva..."⁽⁷¹⁾

De lo expuesto he podido concluir que para determinar los actos de tentativa, hay que tener en consideración sus elementos objetivos o materiales, pero teniendo también en

⁽⁷¹⁾ Obra citada, pág. 281.

consideración además, que los actos preparatorios no son suficientes para definir a la tentativa, pues en dichos actos preparatorios no existe todavía un comienzo punible por carecer de univocidad.

Se han desarrollado varios criterios para distinguir los actos preparatorios de la tentativa, lo cual para ZAFFARONI "... es uno de los problemas más áridos de la dogmática y, con seguridad el más difícil de la tentativa...

"La fórmula del comienzo de ejecución no pasa de ser un indicador general y fluido, que poco nos aclara... el comienzo de ejecución debe determinarse en relación con cada uno de los tipos, lo que da lugar a grandes dificultades". (72)

A diferencia del criterio subjetivo, la teoría objetiva exige la penetración de la conducta en el núcleo del tipo, para la configuración de la tentativa.

Al respecto manifiesta ZAFFARONI que "a la teoría subjetiva se le opone la teoría formal objetiva... exigiendo que el autor haya realizado en forma efectiva una parte de la propia

(72) ZAFFARONI, EUGENIO RAUL, *Tratado de Derecho Penal*, primera edición, México, editado por Cárdenas Editor y Distribuidor, 1988, tomo IV, págs. 444 y 445.

conducta típica, penetrando así en el núcleo del tipo (teoría formal objetiva).

“La interpretación de la fórmula del comienzo de ejecución no ofrece problema alguno cuando se ha comenzado a cumplir la acción típica misma. Prácticamente no puede haber desacuerdo alguno acerca de que tales actos son actos ejecutivos...” (73)

Al haber resultado insuficiente el principio de ejecución propuesto por la teoría formal objetiva, se han buscado otros criterios para complementarla, por parte de la llamada teoría material objetiva.

Refiriéndose a estas dos posturas, ZAFFARONI expresa las siguientes ideas:

“... lo que se dio en llamar teoría material objetiva, no es tal, puesto que carece de una unidad que permita calificarla de teoría.

(73) Obra citada, pág. 448.

“Debe quedar aclarado que la teoría material objetiva no importa un reemplazo de la formal objetiva, sino sólo una complementación de la misma.

“Lo cierto es que no hay unidad de criterio para complementar la teoría formal objetiva. La complementación más usual... es el principio sentado por FRANK... conforme al cual, apuntar o extraer un arma sería ya comenzar a matar...”⁽⁷⁴⁾

El criterio de FRANK se basa en el criterio de un observador, o como dice ZAFFARONI, “... apelando para ello al criterio de un observador que se valía de la natural concepción (uso de lenguaje), lo que le hacía harto difuso...”⁽⁷⁵⁾

Según los principios de la teoría individual objetiva de WELZEL, es necesario considerar la proximidad del acto a la consumación, teniendo en cuenta el plan concreto del autor.

Para ZAFFARONI el criterio objetivo individual es el más aproximado a solucionar el problema de la distinción entre preparación y tentativa.

⁽⁷⁴⁾ Obra citada, pág. 449.

⁽⁷⁵⁾ Obra citada, pág. 456.

“Para determinar la inmediatez de la conducta respecto de la realización típica -dice ZAFFARONI-, en modo alguno se muestra como suficiente la mera consideración del tipo en abstracto, sino que hay que apelar a la modalidad particular que asume la aproximación típica en el caso concreto, lo que demanda tomar en cuenta, en forma ineludible, el plan concreto del autor. En este sentido lleva razón el criterio objetivo individual sostenido por WELZEL”.⁽⁷⁶⁾

Otro criterio que explica la diferencia entre actos preparatorios y tentativa, es la teoría cronológica, la cual según JIMENEZ DE ASÚA, “tiene su origen en las fórmulas de los prácticos medievales. Ha de tenerse en cuenta para esa diferenciación, la mayor o menor proximidad temporal entre el acto y el resultado pretendido. Sólo serán tentativa los actos próximos al resultado, los remotos no pasarán de preparación...”⁽⁷⁷⁾

CARMIGNANI, seguido de CARRARA, expusieron la teoría de la univocidad, exigiendo “... en los actos externos que manifiestan en la resolución criminal, una relación directa e inequívoca del delito...”⁽⁷⁸⁾

⁽⁷⁶⁾ Obra citada, pág. 452.

⁽⁷⁷⁾ Obra citada, pág. 338.

⁽⁷⁸⁾ Obra citada, pág. 341.

A diferencia de la tentativa, se hizo notar que la preparación está integrada mediante actos que son equívocos, por lo cual deben considerarse impunes como principio general.

Al respecto CARRARA argumentó que "... los actos meramente preparatorios., por ser equívocos, deben dejarse impunes, por no tener seguridad de que tendían a un delito..."⁽⁷⁹⁾

Con posterioridad CARRARA adoptó la teoría del acto en relación al sujeto activo primario o secundario y al sujeto pasivo. Este tratadista, escribe JIMÉNEZ DE ASÚA "... se esfuerza en distinguir los actos preparatorios de los ejecutivos y de los que constituyen consumación, valiéndose de la consideración del sujeto pasivo de esos actos... Son actos ejecutivos aquellos que recaen solamente sobre el sujeto pasivo del atentado... Actos preparatorios, por el contrario, son aquellos que recaen solamente sobre el sujeto activo del delito que se prepara..."⁽⁸⁰⁾

Por otra parte ZACHARIAE, al formular la teoría casuística, consideró como actos preparatorios:

⁽⁷⁹⁾ Citado por JIMÉNEZ DE ASÚA, obra citada, pág. 324.

⁽⁸⁰⁾ Obra citada, págs. 325 y 326.

“...a) Los que tienen por objetivo impedir el descubrimiento del delito y asegurar al agente el provecho que espera obtener...

“...b) Los que sirven al sujeto activo para garantizar la posibilidad de la ejecución como envenenar al perro guardián o ... informarse el día que se ausenta el dueño de la casa...

“...c) La adquisición y preparación de los medios que han de servir para ejecutar el delito, como la compra del arma...

“...d) Los que tiene como finalidad poner al agente en situación de realizar el delito inmediatamente, como tomar la llave falsa para abrir la puerta que quieren desvalijar...”⁽⁸¹⁾

Por el contrario, según ZACHARIAE, son actos de tentativa los siguientes:

“a) Los que consisten en el empleo de los medios preparados para la ejecución del delito, como echar el veneno en el alimento que ha de ingerir la víctima...

⁽⁸¹⁾ Citado por JIMÉNEZ DE ASÚA, obra citada, págs. 341 y 342.

“b) Los que constituyen parte integrante de la ejecución del delito, como presentar a la víctima el alimento envenenado...”⁽⁸²⁾

Por otra parte JIMÉNEZ DE ASÚA expresa que la teoría de la posibilidad del desistimiento expresada por ROSSI, considera actos preparatorios: “... Cuando el agente puede decir no quiero comenzar... cuando por el contrario, está obligado a decir quiero cesar, sus actos son ya ejecutivos”.⁽⁸³⁾

Siguiendo los principios de la teoría de la valuación subjetiva, G.E. OTTO, considera que “... el acto preparatorio revela una voluntad posible, y el acto ejecutivo una voluntad exteriorizada, mientras SCHWARZ prefiere decir que el acto preparatorio revela una voluntad indecisa y el de ejecución una voluntad resuelta...

“... Para PAUL BOCKELMAN ... El principio de ejecución existe... cuando el autor haya adoptado la decisión última de realizar el delito, de manera que la ejecución no exija ningún nuevo movimiento de la voluntad...”⁽⁸⁴⁾

⁽⁸²⁾ Obra citada, pág. 342.

⁽⁸³⁾ Idem.

⁽⁸⁴⁾ Obra citada, págs. 342 y 343.

Al explicar la teoría de la causalidad, JIMÉNEZ DE ASÚA señala que sus seguidores, como BINDING, tomaron como base la producción del resultado y en consecuencia el peligro corrido; "... Existe simple preparación si la causalidad criminosa es inerte; hay actos de ejecución si se ha puesto en movimiento para alcanzar la meta delictuosa..."⁽⁸⁵⁾

En cambio "la teoría mixta exige la penetración en el tipo y el ataque al bien protegido por el derecho..."⁽⁸⁶⁾ JIMÉNEZ DE ASÚA opina que es la teoría de mayor aceptación.⁽⁸⁷⁾

Por supuesto que también existen las teorías negativas, las cuales niegan la posibilidad de diferenciar los actos preparatorios de la tentativa, encontrándose entre sus partidarios a CARMIGNANI, ROSSI, FERRI, etc. sin embargo JIMÉNEZ DE ASÚA advierte que muchos de sus partidarios "... al negar la línea divisoria entre preparación y tentativa, no pretenden con eso que aquellos actos sean castigados..."⁽⁸⁸⁾

La postura de la teoría subjetiva niega la posibilidad de distinción entre tentativa y preparación.

⁽⁸⁵⁾ Obra citada, pág. 344.

⁽⁸⁶⁾ Obra citada, pág. 345.

⁽⁸⁷⁾ Idem.

⁽⁸⁸⁾ Obra citada, pág. 350.

“En la práctica -dice ZAFFARONI-, la teoría negativa es una teoría subjetiva pura, porque al negar cualquier posible distinción fundada en criterios objetivos, extiende la punibilidad a todo acto en que se manifieste la resolución del autor, por lejano que pueda hallarse del núcleo consumativo del delito.”

(⁸⁹)

En mi concepto no debemos contemplar la existencia de una oposición entre la tentativa y los actos preparatorios, como MERKEL lo ha sostenido, debido a que todas estas conductas contienen una dirección en el sentido de hacer cumplir la resolución del agente de consumir el delito.

Sin embargo considero que los actos preparatorios se distinguen de la tentativa por las siguientes características:

- A) Tienen como propósito, viabilizar la consumación del delito, en cambio los actos de tentativa tienden a ejecutarlo.
- B) Los actos preparatorios no revelan por sí mismos el fin de cometer el delito, de modo que deben considerarse como actos equívocos.

(⁸⁹) Obra citada, pág. 446.

Por el contrario la tentativa es unívoca, es decir que sí revela una conducta dirigida a la comisión de un delito.

C)La preparación puede confundirse con actos inocentes, por ejemplo comprar un arma o portarla; sin embargo, la tentativa revela intención malvada, por ejemplo disparar a la víctima.

D)Por ninguna razón podría decirse que los actos preparatorios entran en el núcleo del tipo, en cambio desde el punto de vista de un observador objetivo, la tentativa sí penetra en el núcleo de tipo, por lo cual permite determinar el delito que se pretendía cometer.

E)La preparación forzosamente se efectúa mediante actos, como asechar a la víctima o alejar al perro de la puerta y por el contrario no puede efectuarse con omisiones.

En cambio la tentativa puede llevarse a cabo mediante actos y también a través de omisiones.

F)Mediante los actos preparatorios no podría ponerse en peligro el bien jurídicamente tutelado.

A través de los actos de tentativa sí puede ponerse en peligro el bien jurídicamente tutelado, aunque

considero que éste no es requisito indispensable para que se configure la tentativa.

29. B) LA CONSUMACION

CARRANCÁ Y TRUJILLO define el delito consumado como "la acción que reúne todos los elementos, genéricos y específicos, que integran el tipo legal".⁽⁹⁰⁾

Acerca de la consumación del delito, IGNACIO VILLALOBOS expone: "si el sujeto que concibe un delito no se guarda sus ideas ni reprime sus deseos o sus propósitos sino que de algún modo logra el cumplimiento criminal de sus concepciones merecen la reprobación y la represión legales."⁽⁹¹⁾

"El delito está consumado -expresa EUSEBIO GÓMEZ-, cuando todos los elementos que componen la esencia del mismo, se encuentran reunidos en el hecho criminoso de que se trata".⁽⁹²⁾

⁽⁹⁰⁾ Obra citada, pág. 285.

⁽⁹¹⁾ Obra citada, pág. 436.

⁽⁹²⁾ GÓMEZ, EUSEBIO, *Tratado de Derecho Penal*, primera edición, Buenos Aires, Compañía Argentina de Editores, 1939, tomo I, págs. 474 y 475.

La noción de delito consumado es esencialmente jurídica, no pudiendo derivar sino de la ley, porque el delito jurídicamente, no es sino la infracción de la ley. Por ello es que este autor expresa que hay delito consumado cuando se ha producido el hecho material que constituye la violación del derecho tutelado por la ley.

Así se advierte que el delito consumado existe cuando la intención del agente ha trascendido objetivamente al mundo exterior, con lo cual viola el bien protegido por la norma penal.

A propósito del delito consumado, LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, señala lo siguiente:

"Los Códigos penales no lo definen en la parte general; pero se entenderá por delito perfecto aquel que reúna los requisitos que en cada caso señale la legislación penal...

"A nuestro juicio, no tiene ventaja alguna dar una definición general del delito perfecto, puesto que éste sólo existe cuando el hecho corresponde a todos los elementos constitutivos del tipo. El delito es perfecto cuando la previsión del tipo legal se convierte en realidad concreta... En la definición de cada una de las infracciones se describe el delito

consumado y el momento de la consumación se verifica cuando el tipo legal encarna en la vida" ⁽⁹³⁾

Nuevamente en relación a la tentativa, cabe señalar que cuando la idea o voluntad de delinquir se convierte en un acto externo de ejecución, dirigido a la perpetración del delito, pero sin llegar a su consumación, se configura la tentativa de delito, que ha sido definida "por JIMÉNEZ DE ASÚA: "...como la ejecución incompleta de un delito..." ⁽⁹⁴⁾

Por ello y teniendo en cuenta además, la expresión de JIMÉNEZ DE ASÚA, de que "... la tentativa no es más que un delito incompleto..." ⁽⁹⁵⁾ el estudio de la tentativa del delito debe partir de la idea jurídico-penal del delito.

30. EL AGOTAMIENTO

La última fase del iter criminis la constituye el agotamiento del delito, consistente en el ulterior desenvolvimiento del acto u omisión delictivos, produciendo todos los efectos dañosos, según la intención del agente.

⁽⁹³⁾ JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS, *La Ley y el Delito*, segunda edición, Buenos Aires, Editorial Hermes, 1954, pág. 528

⁽⁹⁴⁾ Obra citada, pág. 528.

⁽⁹⁵⁾ Obra citada, pág. 509.

"El delito perfecto -aduce CARRARA-, se puede distinguir en delito simplemente perfecto y delito perfecto agotado. Para que sea agotado es menester, además, que el delito haya producido todos los efectos dañosos que eran consecuencia de la violación y a los cuales tendía el agente, de modo que éste no pueda ya impedir tales efectos.

"El falso testimonio nos suministra un ejemplo. Con sólo deponer falsamente ante la justicia, queda perfeccionado el delito social de perjurio o de falso testimonio. Pero el delito, aunque sea perfecto no estará todavía agotado sino cuando se concluya el proceso y cuando se pronuncie una sentencia que sea conforme a los fines del perjurio. No está agotado con respecto a la víctima del delito, porque no ha producido aquellos males más graves que se podían derivar del perjurio, en cuanto la justicia no ha aceptado como verdad las falsas aseveraciones; no está agotado con respecto al delincuente mismo, hasta que no se haya cerrado el debate de la causa, porque las leyes hasta ese momento, le dan al testigo falso la facultad de retractarse y evitar toda pena".⁽⁹⁶⁾

⁽⁹⁶⁾ CARRARA, FRANCESCO, *Programa de Derecho Criminal*, Traducción al español basada en las siguientes ediciones: 5a. de Lucca, 6a. de Firenze y 7a. de Lucca, Bogotá, Editorial Temis, 1988, volumen I, págs. 58 y 59.

FRANCISCO PAVÓN VASCONCELOS, refiriéndose al agotamiento del delito expresa que "constituye el último momento de la fase externa del iter criminis. No agotar el hecho, como precisa JIMÉNEZ DE ASÚA, es detenerse en la violación jurídica; agotarlo es lograr el propósito final perseguido.

"Cabe tener presente que el delito agotado (agotamiento del delito para JIMÉNEZ DE ASÚA) no tiene de ordinario trascendencia punitiva, ya que sólo excepcionalmente los actos de tal naturaleza constituyen un delito autónomo o independiente, por lesionar un bien jurídico distinto o bien perteneciente a diversa persona".⁽⁹⁷⁾

De lo expuesto se puede inferir que la doctrina contempla el agotamiento del delito como el último momento de la fase externa del iter criminis. Asimismo se puede afirmar que tal momento del delito no es de trascendencia en la Ley Penal Mexicana.

En la reseña que acabo de exponer, es de advertirse que el delito sigue un trayecto y que se va integrando por etapas, que se inicia con la idea, la cual nace en el fuero

⁽⁹⁷⁾ Citado por PAVÓN VASCONCELOS, FRANCISCO, obra citada, pág. 19.

interno del sujeto, pasando por distintas fases hasta llegar a culminar en la plena consumación del delito; también puede advertirse que precisamente la tentativa, la encontramos ya en el ámbito de la ejecución del hecho delictivo; pero que todavía no logra la consumación del delito.

Así he llegado a inferir que la tentativa delictuosa es uno de los momentos de ejecución del delito, y que la misma se localiza en la fase externa del camino del delito, pero sin llegar hasta su perpetración y por tales razones se conceptúa finalmente como un delito incompleto.

En cuanto a la fase externa, he concluido que los actos preparatorios no son punibles, salvo que la ley los tipifique como delitos especiales; que la tentativa puede ser punible o no punible y que los actos de consumación, que configuran el delito completo, sí son punibles.

Con fundamento en lo anterior he podido concluir que para la legislación penal mexicana, la consumación es el último momento del camino del delito, el cual existe cuando la acción encuadra en todos y cada uno de los elementos que integran el tipo legal, por lo que puede afirmarse que de tal modo se constituye la violación del derecho tutelado por la ley, por ende

merece la represión penal, salvo que aquí concurra una excluyente de responsabilidad.

Finalmente el agotamiento del delito no es de trascendencia, con respecto de la punibilidad del hecho, puesto que por tratarse de la consecuencia de la violación a la norma, siendo suficiente que la conducta del sujeto activo encuadre en algún tipo, para que se lo sancione. y el hecho de que tal sujeto logre el propósito final que perseguía, es decir, alcanzar el agotamiento del delito, no implica la imposición de otra pena distinta.

CAPITULO III

NATURALEZA JURIDICO-PENAL DE LA TENTATIVA

SUMARIO:

31. LA ESENCIA DE LA TENTATIVA: CONCEPTOS DE VARIOS PENALISTAS.- 32. OPINION DEL AUTOR DE LA TESIS ACERCA DE LA ESENCIA DE LA TENTATIVA: LA TENTATIVA ES UN DELITO IMPERFECTO.- ES UN GRADO DEL DELITO.- SE INTEGRA MEDIANTE ACTOS UNIVOCOS.- SU PRIMER REQUISITO SUBJETIVO CONSISTE EN LA INTENCION DE COMETER UN DELITO.- EL FIN DE COMETER UN DELITO ES UN CONCEPTO MAS DETERMINADO QUE LA INTENCION.- PARA QUE SE CONFIGURE LA TENTATIVA SE REQUIERE LA NO CONSUMACION POR CAUSAS IMPUTABLES O NO AL AGENTE.- LA TENTATIVA ES PUNIBLE CUANDO CON ELLA SE PONE EN PELIGRO UN BIEN JURIDICO.- EL RESULTADO DE LA TENTATIVA ES FORMAL.- PARA QUE SE DE EL PELIGRO CORRIDO SE REQUIERE UNA ACCION IDONEA.- LA TENTATIVA NO ES UN DELITO AUTONOMO.- DEBE REPRIMIRSE CON PENA INFERIOR QUE LA CORRESPONDIENTE AL DELITO CONSUMADO.- 33. LOS ELEMENTOS DE LA TENTATIVA: 34. I.- LA VOLUNTAD O INTENCION DE DELINQUIR.- 35. II.- EL PRINCIPIO DE EJECUCION DEL DELITO.- 36. III.- LA NO CONSUMACION DEL DELITO.- 37. LOS ELEMENTOS DE LA TENTATIVA PUNIBLE.- 38. I.- LA VOLUNTAD O INTENCION DE EFECTUAR UNA CONDUCTA DETERMINADA.- 39. II.- EL PRINCIPIO DE EJECUCION.- 40. III.- LA UNIVOCIDAD DE LA VOLUNTAD Y DE LOS HECHOS.- 41. IV.- LA IDONEIDAD DE LA ACCION Y DE LOS MEDIOS EMPLEADOS.- 42. V.- EL ELEMENTO FINALISTA.- 43. VI.- EL REQUISITO DEL PELIGRO CORRIDO.- 44. VII.- LA NO CONSUMACION DEL DELITO POR CAUSAS AJENAS A LA VOLUNTAD DEL AGENTE.- 45. LA TENTATIVA EN LA CLASIFICACION DEL DELITO: LA TENTATIVA ESTA COMPRENDIDA ENTRE LOS DELITOS DOLOSOS, FORMALES Y DE PELIGRO.

31. LA ESENCIA DE LA TENTATIVA

En el presente capítulo formularé un estudio dogmático acerca de la naturaleza jurídico-penal de la tentativa, con el propósito de establecer su esencia, así como los elementos de la tentativa punible, toda vez que ni la doctrina, ni la jurisprudencia los han señalado; lo cual es relevante debido a que no todas las clases de tentativa son punibles.

Cabe señalar que la generalidad de los tratadistas que han escrito sobre el tema, no dedican ningún capítulo especial a la naturaleza jurídica de la tentativa, como es el caso del Tratado de Derecho Penal de LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA y quienes sí pretenden incluir un capítulo al respecto, para nada estudian la naturaleza jurídica de la tentativa, sino que se concretan a reproducir algunos de sus aspectos históricos, como lo hace RAMÓN PALACIOS VARGAS en su monografía intitulada *La Tentativa* ⁽⁹⁸⁾; en tanto que otros penalistas prefieren reproducir el parecer de distintos autores, según se observa en la obra *Breve Ensayo Sobre la Tentativa de*

⁽⁹⁸⁾ Obra citada, págs. 21 y 22.

FRANCISCO PAVÓN VASCONCELOS ⁽⁹⁹⁾. Todo ello sin descontar al penalista argentino EUSEBIO GÓMEZ, que reduce la naturaleza de la tentativa a un párrafo de su Tratado de Derecho Penal, donde simplemente concluye que la tentativa es un delito incompleto ⁽¹⁰⁰⁾.

Por el contrario, en el presente capítulo, me apartaré de los antecedentes históricos de la tentativa y de las teorías objetiva y subjetiva de la tentativa, incluyendo las ideologías de política criminal, para determinar la naturaleza jurídico-penal de la tentativa en pureza; considerando que las teorías existentes en torno a la tentativa, en mi opinión, no han alcanzado pleno desarrollo, de ahí que ninguna ha logrado que sus principios prevalezcan. Todo ello será el punto de partida, según el cual estableceré los elementos de la tentativa punible.

No obstante que como lo señalé, solamente se han establecido los principios fundamentales de la tentativa, resultan interesantes los conceptos de varios penalistas, referentes a la esencia y características que cada uno atribuye a la tentativa, conceptos que en seguida transcribo:

⁽⁹⁹⁾ Obra citada, págs. 29 y 30.

⁽¹⁰⁰⁾ Obra citada, pág. 474

Según la doctrina, ROMAGNOSI, fue quien propiamente formuló las bases doctrinarias fundamentales sobre la tentativa de delito, estableciendo los principios generales de la institución penal de la tentativa.

"Intentar un delito -señaló ROMAGNOSI-, no es solamente pensarlo o deliberarlo, o bien decir que se ha pensado o deliberado, sino antes bien es poner por obra todo aquello con que se puede obtener su ejecución. Mientras la ejecución no se haya cumplido del todo, el delito es todavía simple tentativa, pero cuando haya sido llevado a sus últimos extremos, ya no es tentativa, sino consumación del delito".⁽¹⁰¹⁾

Es claro que ROMAGNOSI se concretó fundamentalmente a la tentativa acabada, puesto que según sus conceptos, para que haya tentativa, hay que realizar todo aquello con que se pueda obtener su ejecución.

⁽¹⁰¹⁾ ROMAGNOSI GIAN DOMENICO, *Génesis del Derecho Penal*, primera edición, Bogotá, 1956, Editorial Temis, págs. 269 y 270.

Para SCARANO, la tentativa en cuanto a su esencia, "es la ejecución incompleta de un delito... hasta que el malvado no llegue al último momento del que depende el éxito y la consumación de dicho delito... no lo habrá consumado y sólo podrá tenerse un delito tentado.

"La tentativa y la ejecución incompleta del delito, no son cosas entre sí diversas... sino más bien la mismísima ejecución que, o no ha quedado completa en el actual delito, o se dejó imperfecta. (102)

A este respecto PESSINA dice que la noción del conato fue expuesta por ALBERTO GANDINO, "...declarando que en el conato hay delito, porque existe un propósito criminoso y una acción perversa encaminada a realizarlo, pero un delito imperfecto, porque mientras subsiste la violación criminoso, la ejecución no alcanza el contenido de la misma".(103)

"ZIMMERL entiende por tentativa, no solamente la acción típica que realiza una parte del hecho descrito en el precepto

(102) Obra citada, pág. 31.

(103) Citado por PESSINA, obra citada, pág. 500.

penal, sino también todo acto previo, lógicamente necesario a la realización inicial del hecho.

"En los comentarios de THORMANN-OVERBECK al Código Suizo, aun cuando se afirma el criterio de distinción deducido de la tipicidad de la acción, al final, con un criterio diverso se incriminan también los actos precedentes a los de ejecución, reconociendo como tentativa de hurto también el hecho de quien comete fractura con el propósito evidente de robar. ⁽¹⁰⁴⁾

"A tal conclusión llega M. E. MAYER. A su entender, la tentativa es la acción que realiza una parte, así sea mínima, del hecho descrito en la norma penal. Pero también el sagaz jurista alemán ha sido obligado a confesar que especialmente en los delitos materiales este criterio de distinción es insuficiente, y que los actos de tentativas punibles deben ser definidos, a veces, no a través de la referencia a la acción típica prevista por la ley, sino a través de la referencia a un momento precedente a la agresión directa e inmediata del bien. PANNAIN admite que no basta la indicación de una conducta típica sino que es necesario que los actos de tentativa sean

⁽¹⁰⁴⁾ Citado por SCARANO LUIGI, obra citada, pág. 31.

reconocidos como actos que concretan la violación del bien atacado, como actos que agreden a la integridad del mismo. De otro modo la dificultad práctica sería insuperable, según se ha visto obligado a confesarlo HAFTER, otro sostenedor de la tesis.

"En una palabra; para que el acto sea objetivo -agrega CHAMCOMUNAL-, es necesario que la acción cometida presente una relación directa e inmediata con la infracción que el agente tiene en mira, y que esta relación resulta del acto mismo".⁽¹⁰⁵⁾

"Afirma IMPALOMENI que se ha hecho una cosa necesaria para conseguir el efecto criminoso deseado refiriéndose a que el agente no realizó una última acción o varias acciones que tenía proyectadas para perpetrar el delito, y así estamos en el iter criminis y por consiguiente, en la tentativa."⁽¹⁰⁶⁾

⁽¹⁰⁵⁾ Citados por SCARANO LUIGI, obra citada, pág. 33.

⁽¹⁰⁶⁾ Idem.

"Hay tentativa -escribe JIMÉNEZ DE ASÚA-, 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.

"Distínguense bien, dos elementos: el objetivo, que se refiere a la antijuridicidad tipificada y que se expresa como el comienzo de ejecución por hechos exteriores, y el subjetivo, que los códigos expresan diciendo: directamente, o con el fin o el objeto de cometer un delito.

"El principio de ejecución, sólo contiene el mínimo de lo exigible: el resultado de una tentativa puede, en el caso concreto, existir si se da un solo acto de comienzo".⁽¹⁰⁷⁾

El principio de ejecución, es el concepto fundamental de la tentativa, para determinarlo y distinguirlo de los actos preparatorios han sido formuladas diversas teorías.

JIMÉNEZ DE ASÚA, refiriéndose a la univocidad expresa: "El acto ejecutivo es unívoco, porque unívocamente se

⁽¹⁰⁷⁾ JIMÉNEZ DE ASÚA, obra citada, págs. 510 y 511.

demuestra la existencia real del peligro corrido. Todo lo demás es equívoco, o séase, mera preparación.

"Los intérpretes franceses y gran parte de los autores alemanes estiman que la tentativa comienza cuando los actos penetran en la esfera propia del bien jurídico y, en todo caso, cuando están en situación de peligro eficaz los bienes jurídicos protegidos por el derecho". ⁽¹⁰⁸⁾

"Afirma KOSTLIN que sólo cuando el intento criminoso se convierte en actividad inequívoca, puede hablarse de tentativa". ⁽¹⁰⁹⁾

"...si en la tentativa se castiga la manifestación exterior de la voluntad dirigida de modo inequívoco al delito, es suficiente y necesario que los actos sean una prueba de la existencia de la intención de cometer el delito... Como se ve, es cuestión de prueba, de identificación, que debe dejarse al prudente criterio del juez". ⁽¹¹⁰⁾

⁽¹⁰⁸⁾ JIMÉNEZ DE ASÚA, obra citada, págs. 512 y 513.

⁽¹⁰⁹⁾ Citado por SCARANO, obra citada, pág. 111.

⁽¹¹⁰⁾ SCARANO, obra citada, pág. 112.

El mismo SCARANO expone el criterio sustentado en varias sentencias a saber:

"Sobre el mismo tema de la tentativa, una sentencia aclara que es acto ejecutivo el que conduce inequívocamente al delito proyectado... (111)

"Son actos que constituyen tentativa -ha observado la Corte de Casación en otra sentencia- aquellos que llevan el sello de la univocidad. El mismo Supremo Colegio ha dicho: hay tentativa punible siempre que el comienzo de ejecución del delito esté constituido por actos que salgan de lo equívoco. Y se ha afirmado repetidamente que el acto sale de lo equívoco cuando no puede explicarse sino por la finalidad del delito proyectado por el agente, y cuando contiene la posibilidad de lesionar el derecho que se quiere agredir ". (112)

Dentro de la naturaleza jurídico-penal de la tentativa se encuentra asimismo el principio de la finalidad.

(111) SCARANO, obra citada, pág. 75.

(112) SCARANO, obra citada, págs. 75 y 76.

Por lo que hace al principio de la finalidad, SCARANO expresa: "los elementos de la tentativa son los siguientes: por una parte, el fin de cometer un delito, y por otra, una acción que no se completa, o un resultado que no se verifica.

"Las manifestaciones legislativas pueden usar con mayor o menor propiedad de lenguaje, en vez de la palabra fin (Dinamarca), los términos intención (Código Josefino), decisión (Basilea), o voluntad (Italia), o, como nuestro Código, actos dirigidos de modo inequívoco; pero la realidad es una e innegable. La tentativa tiene, ante todo, un indefectible elemento finalista que aunque se lleva a cumplimiento, y precisamente porque no se lleva a efecto, confiere al acto un relieve evidente.

"De ahí la necesidad de referirse no sólo a la intención sino a algo más profundo y, al mismo tiempo, más determinado: el fin... ⁽¹¹³⁾

"Para construir la vida de la acción es necesario referirse al fin que el agente ha tenido en la mira al cometer el hecho. Fin

⁽¹¹³⁾ SCARANO, obra citada, pág. 53.

y acto son los elementos indispensables para reconstruir la acción, después de nacer, ha perdido su existencia... Una herida puede ser una lesión, pero también puede ser un homicidio tentado... Todo depende del fin del agente...

"En la interpretación del acto, es preciso referirse al fin. Un disparo de arma de fuego no dice, por sí solo, nada sobre la ejecución del acto, si preliminarmente no se ha establecido que el agente tenía la intención de jugar o la de matar, o la de amenazar o la de herir...

"En síntesis la determinación del fin es el punto según el cual puede ser reconstruida y reanimada la acción en su elemento subjetivo". ⁽¹¹⁴⁾

"La tentativa es punible porque con ella se viola una norma exponiendo a peligro un bien jurídico..." ⁽¹¹⁵⁾

⁽¹¹⁴⁾ SCARANO, obra citada, págs. 53 y 54.

⁽¹¹⁵⁾ SCARANO, obra citada, pág. 54.

"Para que la tentativa sea punible, se toman en cuenta solamente las formas de actuación que significan, en el caso concreto, una puesta en peligro externa del bien jurídico atacado.

"Para el hecho consumado hay que requerir la existencia del tipo total, pero la esencia del hecho tentado consiste precisamente, en que una parte del tipo no se realiza. Por lo tanto el criterio de la puesta en peligro es decisivo para todas las limitaciones objetivas del castigo de la tentativa; en los casos en que no se toma en cuenta una tal puesta en peligro falta el interés de castigar como en el caso del empleo de medios supersticiosos en el cual no se afecta al mundo exterior ni a la seguridad jurídica".⁽¹¹⁶⁾

Para JESUS ANGELES CONTRERAS, la tentativa se explica por su distinción con los actos preparatorios. "En la tentativa -dice-, existe ya un principio de ejecución, diferenciándose de los actos preparatorios en que en éstos no hay todavía hechos materiales que penetren en el núcleo del tipo delictivo".⁽¹¹⁷⁾.

⁽¹¹⁶⁾ Obra citada, pág. 288.

⁽¹¹⁷⁾ CONTRERAS ANGELES, JESÚS, *Compendio de Derecho Penal*, primera edición, México, editado por Textos Universitarios, S.A., 1969, pág. 72

JOSÉ ARTURO GONZÁLEZ QUINTANILLA, atinadamente señala que "... en los diversos códigos del país, en lo referente a la tentativa, se da un criterio de la punibilidad, pero no se le define..."⁽¹¹⁸⁾

Según CARLOS CREUS, "hoy podemos decir que la tentativa es una particular especie de delito de peligro..."⁽¹¹⁹⁾

ESTEBAN RIGHI Y ALBERTO FERNÁNDEZ se concretan a decir que el autor de tentativa "... merece una pena pues aunque no se lesionó el bien jurídico, al comenzar la ejecución, el agente puso de manifiesto su voluntad criminal."⁽¹²⁰⁾

Para explicar la esencia de la tentativa, MAURACH parte de los grados del delito: "Así -dice-, la tentativa se ubica entre la preparación y la consumación. En contraposición a la primera, se caracteriza porque su inicio representa un ingreso inmediato a la imagen guía del delito. A diferencia de la

⁽¹¹⁸⁾ GONZÁLEZ QUINTANILLA, JOSÉ ARTURO, *Derecho Penal Mexicano (Parte General)*, primera edición, México, Editorial Porrúa, S.A., 1991; pág. 431

⁽¹¹⁹⁾ CREUS, CARLOS, *Esquema de Derecho Penal (Parte General)*, primera edición, Buenos Aires, editorial Astrea, 1993, pág. 47.

⁽¹²⁰⁾ RIGHI, ESTEBAN Y FERNÁNDEZ, ALBERTO, *Derecho Penal*, primera edición, Argentina, Editorial Hammurabi, S.R.L., 1996, págs. 322 y 323

consumación, la tentativa no puede completar la parte objetiva del tipo ...” (121)

A través de las opiniones expuestas, puede advertirse la diversidad de concepciones existentes en torno a la esencia de la tentativa, con la cual se demuestra que hasta el momento ha faltado en la doctrina un estudio que la explique con amplitud.

Por ello en seguida procedo a exponer su esencia.

32. OPINION DEL AUTOR DE LA TESIS ACERCA DE LA ESENCIA DE LA TENTATIVA

La tentativa es uno de los grados del delito, puesto que se encuentra entre los actos preparatorios y la consumación.

Uno de los problemas fundamentales que se ha estudiado en torno a la tentativa, es su distinción con los actos preparatorios, el cual se soluciona mediante la univocidad, que es característica de la tentativa, y que consiste en que los actos

(121) MAURACH, REINHART, *Derecho Penal, (Parte General)*, traducción de la séptima edición alemana por JORGE BONFILL GENZSCH, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1995, págs. 17 y 18.

dejan de ser equívocos, revelando la intención delictuosa del agente.

A través de la univocidad pueden distinguirse los actos de tentativa de los actos preparatorios, por lo que puede afirmarse que la univocidad es la prueba de la intención delictiva del agente, toda vez que los actos unívocos son aquellos que revelan hacia donde se dirige la voluntad, y asimismo determinan el principio de ejecución del delito.

Es decir, para que se configure la tentativa es necesario que los actos de ejecución que la integran se dirijan inequívocamente a la realización de un delito, que no haya duda de que la acción se dirige precisamente a la perpetración de un delito; a esta circunstancia es a lo que se denomina la univocidad de la acción.

Por tal motivo considero que uno de los aspectos que constituye la esencia de la tentativa es la univocidad del acto para determinar con toda certeza la intención del agente, así como para diferenciar con nitidez la tentativa, de los actos preparatorios.

Si bien para que se configure la tentativa, se requiere primeramente de la voluntad o intención de delinquir, considero de importancia además otro elemento subjetivo: el fin que es más más determinado puesto que en la tentativa no se sanciona el daño causado porque no existe, sino el daño que se tenía como fin causar, por ejemplo, cuando el agente dispara intencionalmente a otra persona produciéndole una lesión, solamente se puede saber si es tentativa de homicidio si el fin del agente era matar a la víctima.

Para que un hecho pueda constituir tentativa, requiere que no se produzca la consumación del delito, sea por causas ajenas a la voluntad del agente, sea por su propia voluntad.

Como en el delito tentado no se produce el resultado dañoso, la conducta constitutiva de tentativa es punible porque con ella se pone en peligro el bien jurídico tutelado por la norma penal, es decir, que en la tentativa no se produce un resultado material, sino un resultado formal, consistente precisamente en el peligro corrido.

La tentativa no es un delito autónomo, porque debe estar siempre unida al delito tipo que se intentó realizar y que no

llegó a consumarse. Por ello es que la tentativa debe conceptuarse como un delito imperfecto.

Para que los actos de tentativa pongan en peligro el bien jurídico tutelado por el tipo penal, se requiere una acción idónea de tentativa.

La tentativa por ser un delito imperfecto, debe reprimirse pero con pena inferior a la que corresponde al delito consumado.

Finalmente cabe señalar que todos los conceptos referentes a la esencia de la tentativa, resultan fundamentales para establecer los elementos que según mi criterio integran la tentativa punible, lo cual no se ha mencionado en la doctrina; mismos elementos que a continuación expongo:

33. LOS ELEMENTOS DE LA TENTATIVA.

Antes de exponer los elementos de la tentativa punible, considero necesario hacer referencia a los elementos que configuran la tentativa en general, es decir, los que son aplicables tanto a tentativas punibles, como a tentativas no punibles.

La doctrina ha señalado que son tres los elementos indispensables para que se configure la tentativa a saber:

- I.- La voluntad o intención de delinquir.
- II.- El comienzo de ejecución del delito.
- III.- La no consumación del delito.

A continuación estudiaré los aspectos fundamentales de cada uno de estos elementos.

34. I.- LA VOLUNTAD O INTENCION DE DELINQUIR

Cualquier tentativa, debe tener como primer requisito la voluntad del agente, es decir, el dolo o la intención de perpetrar un determinado delito, el cual debe estar tipificado como tal en la ley penal.

Es necesaria la intención para que exista la tentativa de delito, o sea, que se requiere el dolo, por cuya razón no se concibe la tentativa en actos culposos, que tienen como característica esencial la ausencia de la voluntad intencional.

Para ROMAGNOSI, "la idea de la ejecución del delito no sólo entra esencialmente en la noción de la tentativa, sino que debe ser su único carácter fundamental". ⁽¹²²⁾

A continuación transcribo una reseña de los conceptos que sobre el primer elemento de la tentativa expone CARRARA.

"La intención, esto es, el propósito del agente de conseguir por medio de sus actos un fin más criminal, que el acto mismo realizado, nos conduce a prescindir de lo acontecido para fijarnos tan sólo en lo que debió suceder, según los cálculos del agente...

"El elemento moral del conato requiere una prueba específica, sin que valga decir este acto podía causar tal efecto, luego su ejecutor tenía la intención de producirlo. Derívase, además de todo lo dicho, que en el conato la intención debe ofrecer caracteres particulares, no exigidos en el delito ordinario. De aquí se desprenden dos afirmaciones importantes: la intención en la tentativa debe ser directa y perfecta.

⁽¹²²⁾ Citado por SCARANO LUIGI, Obra citada, pág. 2.

"No basta para constituir la tentativa la intención indirecta... resultando siempre los caracteres del dolo... En la tentativa se funda la razón de castigar sobre la intención de violar la Ley, intención defraudada por la fortuna o el acaso, pero causa no obstante, de un peligro real. Luego cuando faltan el efecto dañoso y el ánimo de infringir la ley, la sociedad no puede considerarse ofendida, ni por el hecho ni por la intención, y carece de derecho alguno para exigir un castigo.

"En la tentativa no se imputa el mal causado, porque no existe, sino el que se ha querido causar...(123)

"En los actos fríamente premeditados, -dice CARRARA-, en los deliberados, en los de resolución momentánea no excitada por ciega pasión, cesa todo motivo de excluir la tentativa; porque la voluntad del agente, el tiempo para reflexionar, el sosiego del espíritu para calcular, permiten la ordenación de una serie de operaciones con tendencia a un fin determinado y explícitamente previsto, diverso del que realizó. Pero cuando faltan en el agente el intervalo de tiempo para

(123) CARRARA, FRANCISCO, *Teoría de la Tentativa y de la Complicidad o del Grado en la Fuerza Física del Delito*, traducción de VICENTE ROMERO GIRON; segunda edición, Madrid, editado por Centro Editorial de Góngora; 1926; págs. 74 y 75.

deliberar, el sosiego para calcular las consecuencias de los actos en que se compromete, se niega comúnmente por los criminalistas que pueda explicarse la noción de la tentativa. La razón es más bien psicológica que jurídica.⁽¹²⁴⁾

"En los actos ejecutados -prosigue CARRARA-, por impulso instantáneo de cólera, hay deficiencia absoluta para todo criterio derivado de los precedentes. La causa de ofender nace súbitamente y por lo común no guardan proporción con la muerte de un hombre. No se dan la ordenación del cálculo ni la preparación de los medios: la cólera hace su explosión y la herida se causa; he aquí todo. El elemento intencional se hace derivar, por lo tanto, del hecho; se construye únicamente sobre el criterio material de la acción, cuyo fin es la incógnita que se trata de despejar. Se confunde en una palabra, el elemento intencional con el material, aunque éste no conduce al primero por una necesidad ontológica. Así viene a determinarse la tentativa con uno solo de los dos elementos, cuando ambos deben concurrir simultáneamente a formarla."⁽¹²⁵⁾

⁽¹²⁴⁾ Obra citada, págs. 80 y 81.

⁽¹²⁵⁾ Obra citada, págs. 79 y 80.

"Para estos delitos, la realización del resultado, al funcionar como condición objetiva, nos permite suponer esa tentativa que en los delitos culposos le parecía a CARRARA una monstruosidad ilógica.

"MEZGER nos lleva a la conclusión justa, al declarar que la tentativa en el delito culposo no es abstractamente inconcebible, pero que se le opone el derecho positivo por faltar en ella la resolución de cometer el delito, exigida por la ley."⁽¹²⁶⁾

"Pero este raciocinio prescinde -al parecer de ALTAVILLA-, de un elemento característico de la tentativa, o sea que la conducta debe ir animada por la voluntad que se dirige a producir el resultado, lo mismo que en el delito consumado".⁽¹²⁷⁾

FRANCISCO PAVÓN VASCONCELOS, en su obra denominada Breve Ensayo Sobre la Tentativa, al referirse a la punibilidad de la tentativa imposible, formula una bien lograda

⁽¹²⁶⁾ Citados por ALTAVILLA ENRICO, *La Culpa*; primera edición, Bogotá, Editorial Temis, 1956, pág. 218.

⁽¹²⁷⁾ Obra citada, pág. 218.

síntesis de las tres corrientes doctrinarias fundamentales que han prevalecido a este respecto, que son: la doctrina subjetiva, la doctrina objetiva y la corriente positivista. A continuación transcribo en lo conducente sus conceptos relativos.

“La corriente subjetiva -dice PAVÓN VASCONCELOS-, considerando la intención exteriorizada como la base de la punibilidad de la tentativa, hace abstracción total de la naturaleza de la acción para dar primacía al elemento subjetivo. Así considerado el problema la subjetividad, consiste en la voluntad de comisión del hecho delictuoso, exteriorizada en actos idóneos o inidóneos, es suficiente para considerar perfecta la tentativa y sancionarla. Para este criterio, por tanto resulta indiferente la calidad de los medios y la existencia o inexistencia del objeto, pues siendo subjetivamente perfecto el delito, la tentativa caracterízase por su imperfección en el aspecto objetivo, de tal manera que exteriorizada en actos de intención delictuosa se está en presencia del delito tentado, siendo por ello procedente su punibilidad.

“Contrariamente -prosigue PAVÓN VASCONCELOS-, la doctrina objetiva vine sosteniendo que la intención delictuosa debe exteriorizarse en actos de ejecución del delito, referidos consecuentemente a la acción típica principal, lo cual supone la

inexistencia de la tentativa cuando el acto carezca de naturaleza ejecutiva, originando su impunidad, aún cuando sea concluyente la prueba sobre la intención del sujeto. Fundado en la noción del peligro objetivo, creado por la acción ejecutiva, este punto de vista rechaza la tentativa con medios absolutamente inidóneos y la imposibilidad por inexistencia del objeto, al no darse en tales casos el peligro; el acto mismo carece de ejecutividad, pues considerado materialmente no es "comienzo de ejecución", ni entra en la esfera de incriminación de la acción típica principal y por ello tampoco en la de la tentativa.

"Como se aprecia -continúa expresando-, la teoría subjetiva olvida la inexistencia de la norma principal, reduciendo el concepto de la tentativa a la pura intención delictuosa, mientras la doctrina objetiva, tomando en consideración tanto la intención como su exteriorización, de carácter fundamental a la naturaleza del acto creado de una situación de peligro real, objetivo, para los bienes tutelados por el Derecho. De esta manera, como lo había destacado, para la doctrina objetiva, el concepto de la tentativa se encuentra íntimamente ligado al de idoneidad, pues si la acción, por alguna deficiencia propia era incapaz, no apta para lesionar el

bien, no puede de la misma derivar ningún peligro y, en consecuencia el hecho no puede constituir tentativa punible.

“Los positivistas -concluye PAVÓN VASCONCELOS-, apoyándose en el criterio subjetivo de la tentativa, pero dándole proyección diversa, estiman procedente la sanción del delito imposible en virtud de la peligrosidad del sujeto y no de la peligrosidad objetiva derivada del hecho mismo, haciendo omisión de la idoneidad o inidoneidad de los medios o del objeto”.⁽¹²⁸⁾ “Dentro de esta postura, ENRIQUE FERI argumenta que el acto ejecutivo, expresado en la locución “con el fin de cometer un delito”, usado por el texto de la ley por él comentada, es expresión clara y terminante de una personalidad delincuente, sin que en esa virtud sea procedente la impunidad del sujeto, aún cuando el acto resulte o sea inidóneo...”⁽¹²⁹⁾

⁽¹²⁸⁾ Obra citada, págs. 135 y 136.

⁽¹²⁹⁾ Obra citada, pág. 137

35. II.- EL PRINCIPIO DE EJECUCION DEL DELITO

El segundo elemento característico de la tentativa es el principio de ejecución y en relación a él, explica EUGENIO CUELLO CALÓN que "el principio de ejecución de los actos característicos del delito es el elemento típico de la tentativa. Es preciso que hayan empezado a ejecutarse actos dirigidos directamente a la perpetración del delito".⁽¹³⁰⁾

Para establecer cuándo comienza la tentativa es necesario determinar antes los criterios para distinguir los actos preparatorios de los actos de tentativa.

Para ROMAGNOSI, "la idea de la ejecución del delito no sólo entra esencialmente en la noción de la tentativa, sino que debe ser su único carácter fundamental."⁽¹³¹⁾

"Para MITTERMAIER en el conato de un determinado delito se deben presentar todos aquellos caracteres que la ley requiere para la esencia del hecho del delito tomado como mira..."⁽¹³²⁾

⁽¹³⁰⁾ Obra citada, pág. 528.

⁽¹³¹⁾ Citado por SCARANO, obra citada, pág. 12.

⁽¹³²⁾ Citado por SCARANO, obra citada, pág. 13.

"Para ORTOLAN, desde el momento en que el agente ha llegado a los actos de ejecución ese agente ha entrado en el delito mismo definido por la ley; se puede decir que este delito ha comenzado. ⁽¹³³⁾

"Es necesario -establece SCARANO-, para determinar el comienzo de la acción delictuosa, observar el hecho típico, tal como es descrito por la ley. Y este es el momento de la distinción entre actos de preparación y actos de ejecución. La actividad ejecutiva surge cuando comienza la violación de la norma penal.

"Por consiguiente, sólo los actos de ejecución son incriminables. Aunque se hubiese demostrado que los actos de preparación estén dirigidos a cometer un determinado delito, no serían punibles, ya que no violan ni en todo ni en parte el correlativo mandato penal. La razón jurídica de la impunidad, a título de tentativa, de los actos preparatorios, están en la ausencia de un comienzo de

⁽¹³³⁾ Citado por SCARANO, obra citada, pág. 13.

violación de la norma penal que contempla el derecho violado".

(¹³⁴)

Ha quedado establecido que el elemento esencial de la tentativa es el comienzo de ejecución, pero cuándo inicia éste.

"Para que haya acto ejecutivo -expresa JIMÉNEZ DE ASÚA-, precisase que se realice lo que llamaríamos el núcleo del tipo, o mejor dicho, se necesita que el agente desarrolle su conducta en la actividad expresada por el verbo principal de la definición, es decir, cuando se habla de homicidio, hay que empezar a matar; cuando se habla de robo, hay que empezar a robar. 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."⁽¹³⁵⁾

Por su parte JIMÉNEZ HUERTA atribuye al principio de ejecución el carácter de límite mínimo. En seguida transcribo sus ideas:

(¹³⁴) Obra citada, pág. 18.

(¹³⁵) Obra citada, La Ley y el Delito, págs. 512 y 513.

"El límite mínimo del dispositivo de la tentativa fíncase en el principio de ejecución de la figura típica a la que se conecta en el caso concreto. Este pensamiento es tradicional en nuestra ciencia y se convierte en la idea rectora que precisa y delimita uno de los contornos de la tentativa.

"Los actos que yacen delante de dicho principio de ejecución quedan fuera del ámbito objetivo de la tentativa; pues de análogo modo que su límite máximo (ejecución de todos los actos que debieran producir el delito) colinda con la figura del delito perfecto o consumado, su límite mínimo (inicio de ejecución) linda con otros actos que, no obstante relacionarse con el delito por ir dirigidos a su preparación quedan fuera de su ámbito. Estos son los actos preparatorios, o séase, aquella parte del obrar humano que, si bien incide en la fase externa del delito por implicar un comportamiento material que trasciende de la simple resolución interna o manifestada, tiende a la búsqueda y provisión de los medios e instrumentos, al asecho y vigilancia del sujeto pasivo para hallar la ocasión propicia, o lograr la intervención de otras personas que auxilien a su ejecución, a asegurar la huida de los delincuentes y, en general, a la realización de los preámbulos del delito. Los actos preparatorios son de naturaleza impune; quedan fuera

del límite mínimo del dispositivo de la tentativa, que como ya se ha dicho, consiste en el principio de ejecución de la conducta que integra la base típica de cada delito. Fácil es afirmar que los actos que implican un principio de ejecución de un delito caen dentro del dispositivo de la tentativa, en tanto que quedan fuera de su ámbito aquellos que solamente preparan su ejecución..." (136)

36. III.- LA NO CONSUMACION DEL DELITO

Para que se configure la tentativa, es requisito indispensable que además de los elementos ya estudiados, concurra el de la no consumación del delito que frecuentemente se confunde en la doctrina con el elemento de la no consumación, por causas ajenas a la voluntad del agente. Por mi parte prefiero diferenciarlos y considerar el primero como un elemento de la tentativa en general, es decir, que se encuentra en tentativas punibles y no punibles; en tanto que el segundo, lo estudiaré como el último de los elementos de la tentativa punible.

(136) Obra citada, págs. 365 y 366.

Este elemento de la tentativa, consiste en que la ejecución del delito debe quedar interrumpida, es decir, que la consumación del delito no llega a producirse, aun cuando el agente realice todos los actos propios del delito, sin que el resultado que se propuso, llegue a consumarse.

Considero acertado el criterio consistente en que para que una tentativa sea punible, el delito debe quedar interrumpido por causas ajenas a la voluntad del agente, es decir, que si el daño no se produce por causas imputables al agente después del principio de ejecución, de todos modos se configura la tentativa, pero no es punible, pues estaríamos en presencia del desistimiento o del arrepentimiento.

Cuando el resultado no se verifica, es decir, si el agente no alcanza la consumación del delito, entonces se configura el elemento de la tentativa denominado la no consumación del delito. Este elemento es lo que hace a la tentativa un delito imperfecto, tal como la denominó CARRARA.

El último requisito necesario para que se dé la tentativa, es un impedimento para la consumación objetiva, puede darse como resultado de cualquier contingencia, por cuyo motivo es un delito perfecto subjetivamente, pero imperfecto

objetivamente es por ello que puede decirse que la tentativa sólo contiene el mínimo de lo exigible.

La no consumación del delito puede presentarse cuando el autor todavía no ha hecho todo lo que era necesario de acuerdo con su proyecto -tentativa inacabada-, o bien cuando el agente ha hecho todo lo que tenía que hacer de acuerdo con su intención -tentativa acabada-.

Por otra parte las causas de la no consumación pueden ser voluntarias, es decir, atribuibles a la voluntad del agente (desistimiento y arrepentimiento activo); asimismo la no consumación puede darse por causas casuales, es decir, ajenas a la voluntad del agente.

"CARRARA subrayó que en nuestro tiempo es reservado el predicado de imperfecto al delito que no presenta completa su fuerza física y se detiene y se estanca en un simple intento".
(¹³⁷)

"La pregunta -que se formula JIMÉNEZ HUERTA-, relativa a cuándo se entiende consumado un delito, sólo puede

(¹³⁷) Citado por JIMÉNEZ HUERTA, obra citada, págs. 364 y 365.

contestarse, teniendo en cuenta el tipo legal que en cada caso viene en consideración". ⁽¹³⁸⁾

Empero, pueden existir diversos motivos por lo cuales, no obstante haber un principio de ejecución, no se consuma el delito; algunos de estos casos pueden ser atribuidos a la voluntad del mismo sujeto activo; o bien, dichas causas pueden ser ajenas a su voluntad.

Así, según sea el origen de las causas de la no consumación del delito o el momento en que este elemento se configura; la tentativa recibe diversos nombres o denominaciones, de tal manera que hay varias clases de tentativa, las cuales mencionaré más adelante.

Con base en lo anteriormente expuesto me es posible concluir que siendo el elemento característico de la tentativa el comienzo de ejecución, el elemento que le da el nombre es precisamente el de la no consumación del delito.

⁽¹³⁸⁾ Obra citada, pág. 381.

37. LOS ELEMENTOS DE LA TENTATIVA PUNIBLE

Me dedicaré a continuación a efectuar el análisis de los elementos que, en mi concepto, integran la tentativa punible.

- I. En primer término encontramos un elemento de carácter subjetivo, como lo es la voluntad o intención de efectuar una conducta determinada.
- II. En segundo lugar encontramos un elemento objetivo consistente en una acción o hecho, que en la tentativa se concretiza en un principio de ejecución.
- III. La univocidad, que es una de las características del hecho que configura la tentativa punible.
- IV. La idoneidad, que es uno de los requisitos del hecho y de los medios empleados para la ejecución.
- V. El elemento finalista de la voluntad y de la acción del agente.
- VI. El peligro corrido por el bien jurídicamente protegido.

VII. La no consumación del delito por causas ajenas a la voluntad del agente.

Procedo en seguida a estudiar cada uno de los elementos expresados de la tentativa punible.

38. I.- LA VOLUNTAD O INTENCION DE EFECTUAR UNA CONDUCTA DETERMINADA

La tentativa punible debe tener como primer requisito la voluntad del agente, es decir, el dolo o la intención de perpetrar una determinada conducta.

El carácter subjetivo de este elemento implica que la conducta de tentativa nace en la conciencia del sujeto, quien delibera la manera de llevar a cabo su conducta, incluso puede proponer su realización a terceras personas.

Es requisito necesario para que se dé la tentativa, que el agente recorra previamente todas y cada una de las fases del delito con sus respectivos grados.

Por ello resulta evidente que la voluntad o intención que constituye la tentativa debe ser determinada, es decir requiere

que el agente tenga pleno conocimiento sobre el contenido y alcance de su conducta.

Al respecto CARRARA sostiene que la intención de la tentativa debe ser perfecta y "no basta para constituir la tentativa la intención indirecta..."⁽¹³⁹⁾ de donde ha inferido que la tentativa requiere dolo directo.

MEZGER refiere los elementos que integran el dolo, siendo el primero de ellos la voluntad del hecho y el segundo consistente en el conocimiento del mismo hecho.

A) Para estudiar la voluntad del hecho, según MEZGER, es necesario contestar la siguiente pregunta: ¿qué es lo querido por el autor de un hecho? y proporcionar tres contestaciones:

"1. Querido es lo que el autor se ha propuesto con su acción. Este criterio circunscribe el delito inmediato o dolo directus - dolo directo - de primer grado.

"2. Querido es lo que el autor se ha representado en su intención como consecuencia necesaria o efecto accesorio

⁽¹³⁹⁾ Obra citada, "Teoría de la Tentativa", pág. 75

ineludible del hecho. Se habla en este caso de dolo indirecto, de segundo grado.

“3. Querido es lo que el autor toma a su cargo con su intención. Este es el dolo condicionado o *dolus eventualis* - dolo eventual - del autor.”⁽¹⁴⁰⁾

En estos términos, la acción de tentativa, se configura subjetivamente con aquello que el autor se ha propuesto, “no hay- dice MEZGER-, una voluntad consciente sin una intención determinada, sin una finalidad a la que el autor aspire, sin un propósito que éste se represente. Esta intención se encuentra en la esencia del propio querer... es lo que el autor se ha propuesto directamente... La intención es querida directamente aun en el caso en que constituya solamente el camino que abre paso a otras finalidades”.⁽¹⁴¹⁾

A modo de ejemplo, el agente suministra intencionalmente a otra persona un veneno, porque se ha propuesto matarlo.

⁽¹⁴⁰⁾ Obra citada, pág. 228 y 229.

⁽¹⁴¹⁾ Obra citada, pág. 229

En este caso existe una voluntad consciente como primer elemento, es precisamente el elemento de la tentativa, referente a la voluntad o intención de efectuar la conducta.

En el mismo ejemplo aparece claramente un segundo elemento, la finalidad que el autor se ha propuesto, se trata de un elemento finalista, de carácter subjetivo, que también integra la tentativa, del cual me ocuparé más adelante.

Precisamente porque el dolo indirecto y el dolo eventual presentan accesoriamente otras representaciones, ligadas a lo que el agente se ha propuesto aun cuando en estos casos se presenta la voluntad consciente del autor, falta el elemento finalista, puesto que sólo se ha representado ulteriores efectos, sean éstos necesarios o eventuales, inclusive hay que considerar que generalmente tales efectos accesorios no los desea el agente, no tiene interés en producir ulteriores daños; y por tanto en tales casos falta el fin.

Por ejemplo, si transporta una máquina que hará estallar un buque para que éste se hunda y así podrá cobrar la prima del seguro, indudablemente se ha representado -dolo indirecto- como consecuencia necesaria la muerte de varias personas. Si por alguna razón no se produce el resultado, el agente será responsable de haber intentado el hundimiento del buque, con

el propósito de cobrar la prima del seguro, pero no será responsable de tentativa de homicidio por las personas que pudieron perecer, debido a que no deseaba ese efecto accesorio.

En el ámbito del dolo eventual tampoco es subsumible la tentativa, en cuyo caso el agente no desea el resultado, sólo se plantea la duda de que podría ocurrir, por ejemplo, el médico que opera conociendo los riesgos de que el paciente muera; si no se produce el fatal resultado, el médico no será responsable de tentativa de homicidio, puesto que no tenía el propósito de matar al paciente.

La falta de profundidad en el estudio del aspecto subjetivo de la tentativa, ha generado que algunos tratadistas concluyan equivocadamente la posibilidad de que la tentativa se configure inclusive en hechos culposos.

El principio de ejecución, no se concretiza, como dice CARRARA, con cualquier acto externo, es necesario distinguir entre actos preparatorios y actos ejecutivos, éstos determinan el inicio de la tentativa, por lo cual se les llama principio de ejecución.

Este elemento es típico de la tentativa, algunos tratadistas, como ROMAGNOSI, consideran que es su único carácter fundamental ⁽¹⁴²⁾, con el principio de ejecución, comienza la violación de la norma penal, explica SCARANO, y agrega que por ello "... los actos anteriores, meramente preparatorios, no son punibles ... ya que no violan ni en todo ni en parte, el correlativo mandato penal..."⁽¹⁴³⁾

Por otra parte JIMÉNEZ DE ASÚA afirma que para calificar un acto, como ejecutivo, debe realizarse "... el núcleo del tipo... se necesita que el agente desarrolle... la actividad expresada por el verbo principal de la definición, es decir cuando se habla de homicidio, hay que empezar a matar..."⁽¹⁴⁴⁾

El principio de ejecución es el límite mínimo de la tentativa, dice JIMÉNEZ HUERTA que "... precisa y delimita uno de los contornos de la tentativa...- los actos anteriores prosigue -,... por ir dirigidos a su preparación, quedan fuera de su ámbito... y son de naturaleza impune..."⁽¹⁴⁵⁾

⁽¹⁴²⁾ Citado por SCARANO, obra citada, pág. 72.

⁽¹⁴³⁾ Obra citada, pág.

⁽¹⁴⁴⁾ Obra citada, La Ley y el Delito, pág. 513.

⁽¹⁴⁵⁾ Obra citada, págs. 365 y 366.

Las ideas expuestas reflejan que los actos preparatorios no revelan de modo claro y preciso la intención de cometer un delito, por cuyo motivo no puede atribuírseles un principio de violación de la norma penal, su lejanía respecto de la consumación, propicia la equivocación de cualquier observador, por ejemplo adquirir un arma, vigilar o aproximarse a la víctima, cuyas conductas no revelan por sí mismas la intención delictuosa del agente, por tanto en los actos preparatorios no hay un comienzo de ejecución del delito, por lo cual son impunes. Ello no impide, sin embargo, que en ocasiones, la ley las tipifique como delito.

En cambio los actos de tentativa alcanzan tal desarrollo, que la doctrina los contempla como un principio de ejecución del delito, siendo la ejecución su último momento, es decir, la tentativa es el inicio y asimismo el camino de la consumación del delito.

Al respecto, ORESTES ARAUJO ha dicho que "... la noción de la tentativa es básicamente un problema de límites. Mucho antes había escrito CARMIGNANI que el espíritu puede figurarse dos puntos señalando un espacio e imaginar la tentativa como moviéndose para recorrerlos... Si la tentativa es camino y no meta, como ALCIATO dijo, lo que importa es saber

cuándo empieza y cuándo ya no es tentativa, por haber llegado al fin propuesto, esto es, la consumación...”⁽¹⁴⁶⁾

Explica acertadamente JIMÉNEZ DE ASÚA que es muchos más grave y delicado fijar el primer límite de la tentativa es decir, el principio de ejecución, cuyo límite separa los meros actos preparatorios de la tentativa, puesto que con esa frontera se atraviesa el umbral de lo punible.

“... Las leyes de muchos países, a partir de la fórmula francesa, determinan hasta qué punto ha de aproximarse la manifestación de voluntad a la consumación, diciendo que ha de ser un principio de ejecución del delito. Ahora bien, las leyes salvo excepciones, nada dicen sobre qué actos son ejecutivos.

“En efecto -prosigue JIMÉNEZ DE ASÚA-, este problema esencial y decisorio para determinar la tentativa está expresado por el principio de ejecución...”⁽¹⁴⁷⁾

Los conceptos expuestos, llevaron a JIMÉNEZ DE ASÚA, a la conclusión de que “... entre el comienzo de la realización de la voluntad criminal y la consumación, no es posible hallar

⁽¹⁴⁶⁾ Citado por JIMÉNEZ DE ASÚA, obra citada, págs. 512 y 513.

⁽¹⁴⁷⁾ Obra citada, pág. 513.

otro límite que satisfaga las exigencias de la seguridad jurídica, que no sea el representado por el principio de ejecución del delito". (148)

El criterio clásico es complicado y poco satisfactorio para distinguir el principio de ejecución de los actos preparatorios, para LAUDEN "... la tentativa se inicia con el comienzo de aquella acción mediante la cual el delito podía y debía llegar a ser consumado, sin nuevos preparativos y sin posteriores interrupciones..."(149)

CARRARA vinculó el principio de ejecución "... con la univocidad de las acciones emprendidas... -con lo cual, afirma JIMÉNEZ DE ASÚA-, no se define el principio de ejecución, puesto que tal naturaleza unívoca se puede aplicar también a los actos preparatorios..."(150)

Siguiendo la concepción clásica, ALTAVILLA manifiesta: "Es necesario que el acto unívoco tenga un valor sintomático de la voluntad criminal, es decir, que por sí revele de un modo no equívoco la intención enderezada a cometer un delito particular" (151)

(148) Obra citada, pág. 522

(149) Citado por JIMÉNEZ DE ASÚA, obra citada, pág. 522.

(150) Obra citada, págs. 523 y 524.

(151) Citado por JIMÉNEZ DE ASÚA, obra citada, pág. 524.

Ninguna explicación de las expuestas resulta satisfactoria para explicar el principio de ejecución, ni la idoneidad de que habla LAUDEN, ni la univocidad expresa por CARRARA definen la fórmula de referencia.

Con independencia al criterio clásico, se aplicó la regla de la proximidad en el Derecho Inglés, ya que en Inglaterra se desconoce la fórmula del principio de ejecución. Se dice que "... el acto de tentativa - según JIMÉNEZ DE ASÚA, debe estar suficientemente próximo al crimen intentado..." ⁽¹⁵²⁾

Teniendo en cuenta la tentativa de delito imposible, WILLIAMS critica esta regla aduciendo que "la tentativa de un crimen imposible nunca podrá estar en peligrosa proximidad del resultado".⁽¹⁵³⁾

El criterio subjetivo -explica JIMÉNEZ DE ASÚA-, afirma que ha de considerarse como principio de ejecución, lo que el agente "... se ha representado como directa amenaza al bien jurídico... El punto de vista objetivo, ...-prosigue JIMÉNEZ DE ASÚA-, decide el criterio del observador imparcial que declara,

⁽¹⁵²⁾ Obra citada, pág. 526.

⁽¹⁵³⁾ Citado por JIMÉNEZ DE ASÚA, obra citada, pag. 524.

según la experiencia de la vida, cuándo pelagra la integridad del bien jurídico protegido”.⁽¹⁵⁴⁾

En Alemania predominan dos teorías, la llamada formal y otra que ha recibido el nombre de material.

A)La Teoría Formal exige el examen del “núcleo del tipo”, que se expresa en el verbo activo empleado en la ley, por ejemplo matar, por lo que concluye: “Hay principio de ejecución, cuando se comienza a matar... La fórmula por demás seductora -expresa JIMÉNEZ DE ASÚA-, no basta ya que inmediatamente surge una pregunta inexorablemente consecencial: ¿y cuándo se comienza a matar?... MAURACH dice que averiguar cuándo un acto se ha consumado, intentado o simplemente preparado, jamás puede resolverse en general, sino tan solo en consideración al tipo particular...”⁽¹⁵⁵⁾

B)La Teoría Material considera como principio de ejecución “... las acciones propias e idóneas para ocasionar un peligro concreto... cuando los actos alcanzan o caen dentro de la esfera de protección del bien jurídico... -y el criterio causal- ve el comienzo de ejecución como la

⁽¹⁵⁴⁾ Obra citada, pág.527.

⁽¹⁵⁵⁾ Obra citada, pág. 530.

transición de un peligro, hasta aquí general e indeterminado al estadio de una peligrosidad concreta de un determinado bien protegido.”⁽¹⁵⁶⁾

Los criterios expuestos, evidentemente confunden dos elementos de la tentativa que son diferentes, el principio de ejecución y el riesgo o peligro corrido por el bien jurídicamente tutelado.

Esta postura, según MEZGER, puede hacer extensiva la pena a los actos meramente preparatorios y cita los siguientes ejemplos: “... la acción de alejar al perro de la casa, en la de sobornar al portero, en la de probar la llave. Estas conductas pueden entrañar ciertamente un peligro para el bien jurídico protegido, pero no entran, ni con mucho, en el núcleo del tipo constitutivo del robo”.⁽¹⁵⁷⁾

Es notorio que las distintas posturas que han tratado de aclarar el concepto de peligro corrido, han omitido considerar otros elementos de la tentativa, separadamente, lo cual se aprecia también en la postura mixta o ecléctica, por ejemplo JIMÉNEZ DE ASÚA afirma que “... el comienzo de ejecución

⁽¹⁵⁶⁾ Obra citada, págs. 535 y 536.

⁽¹⁵⁷⁾ Citado por JIMÉNEZ DE ASÚA, obra citada, pág. 537.

supone la entrada en el núcleo del tipo y se complementa con el criterio del riesgo para el bien protegido...”

En mi opinión, el principio de ejecución marca el inicio de la tentativa y al mismo tiempo es el camino de la conducta hacia la consumación del delito y consiste en la entrada material en el núcleo del tipo referido al delito que el agente pretendía efectuar.

39. II.- EL PRINCIPIO DE EJECUCIÓN.

El segundo elemento de la tentativa punible lo constituye un hecho o un acto, el cual se concretiza en un principio de ejecución. A este respecto FRANCESCO CARRARA hace referencia a cualquier acto externo y afirma además que la tentativa “...debe ser un principio de ejecución...”⁽¹⁵⁸⁾

El principio de ejecución no puede analizarse con sencillez, para determinarlo, es necesario recurrir a juicios valorativos sobre el hecho, es decir, el principio de ejecución es un elemento normativo.

⁽¹⁵⁸⁾ CARRARA, FRANCESCO, *Programa de Derecho Criminal, Parte General*, reimpresión basada en las siguientes ediciones, 5ª De Lucca, 63 de FIRENZE Y 7ª de Lucca, Bogotá, Colombia, Editorial Temis, S.A., 1988, volumen I, pág. 247.

Para determinar tal elemento de la tentativa, el juez, debe desarrollar un juicio valorativo con criterio objetivo.

Al respecto GRISPIGNI afirma que "... el juez debe desenvolver, además de una actividad cognoscitiva, una actividad valorativa, la cual, empero, no debe ser realizada desde el punto de vista subjetivo del juzgador, sino con criterio objetivo, esto es, según la conciencia de la comunidad".⁽¹⁵⁹⁾

Una simple descripción objetiva de la conducta, no será suficiente para determinar si entraña un principio de ejecución para lo cual es necesario una especial valoración normativa.

El juez debe formular su juicio basado en sus conocimientos y experiencias, así como en el criterio del agente puesto que se trata de un elemento complejo que amerita especialización jurídica para su análisis, es decir, valoración jurídica para establecer si la conducta se circunscribe en el ámbito de los actos ejecutivos y por tanto si constituye el principio de ejecución de algún delito.

⁽¹⁵⁹⁾ Citado por JIMÉNEZ HUERTA, obra citada, pág. 83.

Por ninguna razón el juicio valorativo acerca del principio de ejecución debe vincularse con el juicio sobre el peligro corrido por el bien jurídicamente tutelado, puesto que se trata de elementos diferentes, por ello aquél puede darse aún en aquellos casos de imposibilidad para la consumación.

40. III.- LA UNIVOCIDAD DE LA VOLUNTAD Y DE LOS HECHOS

Es también elemento constitutivo de la tentativa punible que la voluntad y el principio de ejecución que la integran se dirijan inequívocamente a la realización de un delito, es decir, se requiere que no haya duda de que la acción se dirige precisamente a la perpetración de un delito: a esta circunstancia se le denomina la univocidad de la acción.

LUIGI SCARANO, al referirse al criterio de la univocidad en la tentativa, expresa las ideas que en seguida transcribo:

“Si el acto -escribe SCARANO- es conciencia y voluntad que se transforma en acción, la valuación de cada acto no puede separarse de la determinación de esa voluntad. De aquí

la necesidad de referirse a la univocidad del acto para determinar exactamente la intención, el fin del agente.

“... sólo cuando el intento criminoso -prosigue SCARANO-, se convierte en actividad inequívoca, puede hablarse de tentativa y agrega que el acto es inequívoco sólo cuando la acción, ya irrevocable, adquiere existencia independiente de la voluntad del autor. La voluntad debe ser objetiva para que del análisis del acto pueda deducirse la voluntad dirigida al delito”.⁽¹⁶⁰⁾

Más adelante afirma SCARANO que hay delitos en los que no existe la posibilidad de “...determinar a priori el acto que revele, por sí solo, el fin del agente, y hay hipótesis criminosas, como los delitos de omisión, en los cuales, como no hay manifestación exterior de la voluntad ... no es posible, valiéndose de tal criterio, determinar el fin que el agente se proponía conseguir. De ahí la necesidad de referirse a ulteriores coeficientes ambientales que ven la exacta medida de la voluntad dirigida al delito”.⁽¹⁶¹⁾

⁽¹⁶⁰⁾ Obra citada, pág. 99.

⁽¹⁶¹⁾ Idem.

SCARANO se refiere a la univocidad como problema de prueba y expresa: "... si en la tentativa se castiga la manifestación exterior de la voluntad dirigida de modo inequívoco al delito, es suficiente y necesario que los actos sean una prueba de la existencia de la intención de cometer el delito... Como se ve, esta cuestión es de prueba, de identificación que debe dejarse al prudente criterio del juez."⁽¹⁶²⁾

"La solución del problema -añade SCARANO- ha sido perfectamente señalada por CARRARA, para quien la univocidad no será suministrar por la esencia de los actos, por su actitud para revelar la precisa intención de quien los ejecuta y por todas las circunstancias, tanto anteriores como posteriores, objetivas como subjetivas, que acompañan al acto... Para el gran jurista, si los actos revelan "la falta de univocidad, y no hay certeza de que tienden a un delito", no son punibles ... Todo se reduce a un problema de prueba. Para la determinación del fin, concluye DELAQUIS, es preciso recurrir a todos los elementos de convicción, que se puedan adquirir fuera del hecho criminoso, y cuando sea necesario, a la confesión del agente".⁽¹⁶³⁾

⁽¹⁶²⁾ Obra citada, pág. 108

⁽¹⁶³⁾ Citados por SCARANO, obra citada, págs. 110 y 111.

Finalmente, SCARANO hace referencia al artículo 56 del Código Penal italiano, llamado Código de Rocco, diciendo que dispone que "...quien ejecuta actos idóneos, dirigidos de modo no equívoco a cometer un delito, responde de delito tentado, si la acción no se realiza o el resultado no se verifica... -y comenta- La disposición mencionada se refiere, evidentemente al criterio de la univocidad, como lo admiten, en forma concordante, tanto la doctrina italiana como la extranjera, y como lo afirma, de modo uniforme, la jurisprudencia" ⁽¹⁶⁴⁾

41. IV.- LA IDONEIDAD DE LA ACCIÓN Y DE LOS MEDIOS EMPLEADOS.

Otro requisito para la configuración de la tentativa punible es el consistente en que tanto la acción, como los medios empleados para la ejecución del delito que se pretende, deben ser idóneos, es decir, adecuados o aptos para realizar el propósito criminoso.

La idoneidad significa en la ciencia penal que los actos de ejecución de la tentativa deben ser adecuados y aptos para

⁽¹⁶⁴⁾ Obra citada, pág. 129.

conseguir el fin delictuoso que el agente se propone. Igualmente, la idoneidad de los medios consistente en la adecuación o aptitud de los medios empleados por el agente para la perpetración del fin delictuoso que pretende.

Acerca de este elemento de la tentativa punible, CARRARA indica que "la idoneidad o aptitud de conducir al fin malvado, es una característica indispensable del acto externo en que se pretende encontrar el elemento físico de la tentativa. -y explica-: La inexistencia del sujeto pasivo contra el cual se dirige la acción punible puede, en los casos congruentes, equivaler a la inidoneidad -y ejemplifica diciendo- que no puede haber tentativa de hurto sobre cosa propia... ni de injuria contra sí mismo." (165)

BETTIOL afirma que para que haya tentativa no basta la voluntad dirigida hacia un resultado ilícito sino que se exige (por la Ley Penal Italiana) que dicha voluntad se exteriorice "...en actos idóneos dirigidos de modo inequívoco a cometer un delito".(166)

(165) Obra citada Programa de Derecho Criminal, pág. 252

(166) BETTIOL, GIUSEPPE, *Derecho Penal*, versión castellana del DR. JOSÉ LEÓN PAGANO, cuarta edición, Bogotá, Editorial Temis, 1965 pág. 482.

Por su parte, MAGGIORE, en relación con el elemento de la idoneidad en la tentativa, escribe los siguientes conceptos: "El acto debe ser idóneo... la idoneidad del acto debe ser considerada en concreto, esto es, como eficiencia causal, como potencialidad del acto para producir el resultado que se ha propuesto el agente, sin conseguirlo.

"Un acto -prosigue MAGGIORE- del todo inidóneo normalmente, puede adquirir plena idoneidad en casos particulares, y viceversa, una picadura de alfiler, normalmente inofensiva, puede causar la muerte a un individuo atacado de hemofilia... La idoneidad o la inidoneidad, pues, deben ser apreciadas en cada caso concreto.

"... se suele distinguir -continúa MAGGIORE- entre inidoneidad absoluta y relativa de los actos. Algunos autores hablan además de insuficiencia de los actos, que se refiere a la ineficiencia del medio por razones de calidad, cantidad y modo (por ejemplo, la mala calidad de la pólvora, la escasa dosis de veneno), y reservan el nombre de idoneidad relativa para cuando los actos, aunque sean ordinariamente eficaces para producir el resultado, no lo causan, por circunstancias contingentes (como disparar con balines contra un hombre a considerable distancia). Pero, evidentemente, dicha

insuficiencia también entra en el campo de la inidoneidad relativa.

“Se tiene -agrega MAGGIORE- inidoneidad absoluta - según el artículo 49 (del Código Penal Italiano)- cuando el resultado dañoso o peligroso es imposible por la inidoneidad de la acción y por no existir el objeto de ésta. Entonces se habla de tentativa imposible... Si la tentativa imposible no es susceptible de pena, admite, sin embargo, en virtud de la peligrosidad demostrada por el agente, la aplicación de medidas de seguridad”.⁽¹⁶⁷⁾

“Idoneidad -concluye MAGGIORE- es la aptitud de la acción para producir un efecto criminoso. La idoneidad es, pues, un concepto relativo, en cuanto expresa una conveniencia, variable según los casos, entre los medios y los fines, entre causa y efecto, entre sujeto y objeto de la acción”.⁽¹⁶⁸⁾

EUGENIO FLORIAN, al tratar el elemento de la idoneidad en la tentativa de delito, manifiesta que en el conato el acto

⁽¹⁶⁷⁾ MAGGIORE, GIUSEPPE, *Derecho Penal*, Traducción por JOSÉ J. ORTEGA TORRES, primera edición, Bogotá, editorial Temis, 1954, volumen II págs. 80 y 81.

⁽¹⁶⁸⁾ Obra citada, pág. 547.

ejecutivo debe ser idóneo; presenta después tres casos de inidoneidad, en los términos que en seguida me permito transcribir.

“1°.- Inidoneidad de los medios: se suministra agua creyéndola veneno... se suministra una dosis de veneno insuficiente ...

“2°.- Inidoneidad en el sujeto pasivo del hecho punible: fue herido un cadáver creyendo herir a un hombre dormido, se emplean medios abortivos faltando el embarazo...

“ 3°.- Inexistencia del sujeto pasivo como si se dispara contra un lecho (creyendo que en él está la persona que se desea herir y en realidad no se encuentra allí)”.(¹⁶⁹)

Procede luego FLORIAN a exponer diversas teorías relativas al elemento consistente en la idoneidad, y dice lo siguiente:

(¹⁶⁹) FLORIAN, EUGENIO, *Parte General de Derecho Penal*, Traducida de la Tercera Edición Italiana, España, editorial Biblograf, S.A., 1929, págs. 610 y 611

“Las distintas teorías sobre la idoneidad en la tentativa se pueden reducir a tres fundamentales.

“a) La primera, la más antigua y la más difundida, es la teoría objetiva la cual parte de la consideración, de que no hay tentativa si no hay peligro de que se realice.

“En substancia la escuela objetiva hace consistir la razón de la incriminación de la tentativa en el peligro corrido; en los casos ... de imposibilidad, desaparece esta razón, ya que no existe peligro de ninguna especie.

“Derívase de esto que cuando los medios o el objeto son absolutamente inidóneos no puede existir tentativa punible. Ya que la tentativa es un comienzo de ejecución, no podría haber tentativa cuando uno se propone realizar una cosa imposible, o cuando se propone realizar lo que es posible, pero valiéndose de medios absolutamente desproporcionados al fin... ya que la idea de comienzo supone la posibilidad de alcanzar el fin por la aplicación más o menos prolongada del medio.

“b) La escuela subjetiva -que puede llamarse escuela alemana- enseña que la tentativa es punible aún cuando haya

inidoneidad absoluta en los medios o en el objeto o no exista en absoluto el sujeto pasivo. Estas escuelas consideran como preponderante la manifestación de la voluntad delictuosa, la cual se tradujo en actos exteriores, que el agente creía eficaces aún cuando resultaron intrínsecamente inidóneos.

“c) El criterio del peligro: Se debe tener en cuenta no la idoneidad o inidoneidad del medio, sino la peligrosidad que entrañe la tentativa. La tentativa consiste en el carácter peligroso de la manifestación de voluntad: ésta debe ser de tal naturaleza que lleve consigo la posibilidad de producir el hecho correspondiente al acto punible. Por tanto la tentativa no peligrosa no es tentativa y no es punible... De manera que la tentativa inidónea es punible en cuanto sea una tentativa peligrosa...”⁽¹⁷⁰⁾.

En virtud de lo expuesto, he considerado de fundamental importancia incluir entre los elementos de la tentativa punible, la idoneidad de la acción y de los medios,

⁽¹⁷⁰⁾ Obra citada, págs. 615 y 616.

42. V.- EL ELEMENTO FINALISTA.

LUIGI SCARANO, en su obra *La Tentativa*, estudia el requisito del fin en la tentativa de delito, afirmando que es indispensable el elemento finalista en la noción de la tentativa.

“La investigación en torno al fin -dice SCARANO- es lo que importa en el análisis de la acción, y también cuando se hace referencia a la ya citada distinción entre actos de ejecución y actos de preparación, el punto que se debe esclarecer es siempre de modo inevitable, la determinación del fin del agente, ya que para afirmar que un acto representa la ejecución de un delito, es necesario ante todo determinar el delito que se quería cometer, el fin que se pretendía conseguir. Un acto, para ser ejecutivo, debe, ante todo, mostrarse inequívocamente dirigido a un fin”⁽¹⁷¹⁾.

El autor citado indica que los elementos de la tentativa son: El fin de cometer un delito y una acción que no se completa o un resultado que no se verifica.

⁽¹⁷¹⁾ Obra citada, Prefacio, pág. XI.

“Las manifestaciones legislativas -continúa expresando SCARANO- puede usar con mayor o menor propiedad de lenguaje, en vez de la palabra fin (Dinamarca)... como nuestro Código, “actos dirigidos de modo inequívoco”; pero la realidad es una e innegable. La tentativa tiene, ante todo, un indefectible elemento finalista que aunque no se lleve a cumplimiento, y precisamente porque no se lleva a efecto, confiere al acto un relieve evidente.

“... con el sólo dato de la voluntad no se sabría si el agente se ha propuesto verdaderamente la perpetración de un delito...

“De ahí -concluye SCARANO-, la necesidad de referirse no sólo a la intención, sino a algo más profundo y, al mismo tiempo, más determinado: el fin.” (172)

“Con gran perspicacia -prosigue SCARANO- opina CARRARA que en la tentativa “es necesario abandonar la consideración de lo que sucede, para seguir la consideración de lo que, en el preconcepto del agente, debía suceder. En la intención de golpear a un adversario, es necesario en cada

(172) Obra citada, págs. 75 y 76.

caso reconstruir el fin que el agente se proponía, y si aquél era el de matar, el de herir o el de amenazar.” (173)

“Tan cierto es esto que el comienzo de los delitos culposos no puede convertirse en tentativa de delito, porque precisamente falta en ellos el fin, que es uno de los requisitos esenciales”. (174).

Cuando en su definición de la tentativa CARRARA se refiere a cualquier acto externo que el agente dirige a un resultado criminoso, alude indudablemente al requisito de la finalidad de la acción, acerca de la cual expresa las siguientes ideas: “La potencia podría bastar para que se tuviera como responsable de tentativa al autor de tales actos, si éste no conocía dicha potencia y si no los ejecutó con intención dirigida precisamente a ese fin”.(175)

El principio de ejecución tampoco es suficiente para fundar la base de la punibilidad de la tentativa, sino que debe considerarse como un indicio de que voluntariamente se ha realizado una conducta que por ser unívoca, podría estar

(173) Obra citada, pág. 77

(174) Obra citada, pág. 78.

(175) Obra citada, Programa de Derecho Criminal, pág. 254.

dirigida a la comisión de un delito del cual no tendremos certeza si prescindimos del elemento finalista.

Por ejemplo si el agente ha logrado forzar la chapa de un automóvil que no le pertenece y se encuentra dentro del mismo, puede afirmarse que se trata de actos unívocos que demuestran un principio de ejecución de algún delito, no obstante por faltar el elemento finalista, existe la duda respecto del delito que se pretendía cometer, puesto que no sabemos si tal conducta tenía el fin de robar el automóvil, algunos de sus accesorios interiores, o simplemente un cobertor que serviría a la gente para cubrirse del frío, inclusive el fin podría consistir en instalar una bomba que estallaría al ser encendido el motor.

De modo que el elemento finalista es una condición, una característica de la conducta de la tentativa, integrada por un acto de voluntad dirigido a un fin y a una meta.

Este elemento concierne tanto a la voluntad, como a la acción.

A) En cuanto al aspecto finalista de la voluntad, consiste en un querer del agente, en virtud del cual éste se coloca a sí mismo, como causa de la realización de un delito que se ha representado mentalmente.

Refiriéndose a la teoría de la acción finalista, MEZGER señala en cuanto al fin de voluntad, que "...la finalidad o actividad finalista de la acción tiene su fundamento en el hecho de que el hombre puede prever, hasta cierto punto, en virtud de su conocimiento causal, las consecuencias posibles de su actuar futuro, y fijarse por tanto distintas metas, dirigiendo su actuar futuro, de un modo sistemático hasta su consecución... el fundamento de la acción es un querer del agente. Pero el querer señala el acto particular de la voluntad, o sea un acto interno psíquico, en virtud del cual el agente se coloca a sí mismo como causa de la realización de un resultado que se ha representado..."⁽¹⁷⁶⁾

Esto significa que la voluntad del agente no sólo gobierna el acto externo, sino que precisamente por ser finalista, constituye la representación interna del camino del delito hasta la meta que es la consumación, colocando al agente no sólo como previsor de un resultado delictuoso, sino como causa de la realización del delito.

Tal finalidad es esencial en toda tentativa, puesto que da claridad al elemento volitivo que la constituye, es decir, a la

⁽¹⁷⁶⁾ Obra citada, pág. 91.

voluntad de realizar una conducta, y así podrá establecerse el fin de dicha voluntad.

B) Por lo que se refiere a la finalidad de la acción, consiste en la dirección y la meta hacia donde se encamina materialmente la conducta del agente.

Concretamente en cuanto al fin de la acción, MEZGER afirma que "...es un concepto final. En efecto, es una condición del mismo, la de ser un acto de voluntad dirigido a un fin y a una meta y esta dirección hacia una meta es, como tal con arreglo a su esencia, de naturaleza finalista..."⁽¹⁷⁷⁾

La dirección finalista de la acción permite determinar si la misma se ha aproximado a la consumación del delito y por consiguiente si estamos en presencia de una tentativa punible.

Según el agente deben coincidir el fin de su voluntad y el fin de su acción para alcanzar la meta, el delito que se ha propuesto realizar, sin embargo habrá casos, como en la tentativa de delito imposible donde aún cuando la voluntad sea finalista, la acción no lo es, toda vez que no se encuentra

⁽¹⁷⁷⁾ Obra citada, pág. 90.

encaminada a la consumación de un delito, por alguna causa de imposibilidad.

Lo anterior significa que si la acción no es finalista aún cuando la voluntad si lo sea, no se configura el elemento de la tentativa en estudio y por tanto será una tentativa no punible.

Asimismo habrá casos donde la acción es finalista y sin embargo falta la finalidad de la voluntad, me refiero a los hechos culposos, donde la conducta está dirigida hacia un fin antijurídico no vinculado con una voluntad que hubiera ubicado al agente como causa de un delito consumado.

En virtud de la finalidad de la acción, podrá determinarse con certeza el delito que el agente quería realizar, lo que sería imposible tan sólo con el principio de ejecución y la univocidad.

Cabe señalar que la posibilidad de que se configure la tentativa culposa, se ha considerado con criterios antagónicos, puesto que al igual que SCARANO, un gran número de tratadistas sostienen que es inconcebible esta forma de tentativa.

Sin embargo existe una postura que admite la configuración de la tentativa, en hechos culposos.

“...es amplio también el sector doctrinal -expresa ELENA FARRÉ TREPAT-, que admite la posibilidad de las formas de imperfecta ejecución en la imprudencia⁽¹⁷⁸⁾. En este sentido se manifestaron ya BINDING, quien veía la tentativa como la causa parcial del delito, y por lo tanto consideró posible la tentativa de un delito imprudente si el resultado se había previsto y FRANK, quien advirtió por su parte que ciertamente tan sólo es posible intentar conseguir aquello que se ha propuesto conseguir, pero si la consecución de lo propuesto solo es punible como delito imprudente no se alcanza a comprender por qué motivo tendría que ser impune la tentativa... también la admitieron MEZGER y SABER...”⁽¹⁷⁹⁾

Algunos penalistas han considerado la configuración de la tentativa culposa, solamente si se trata de los casos de culpa consciente.

“... JESCHECK la admite sólo en los supuestos de culpa consciente, en cambio JAKOBS no ve imposibilidad alguna en compatibilizar, ambas figuras en todo caso, puesto que lo que

⁽¹⁷⁸⁾ FARRÉ TREPAT, ELENA, *La Tentativa del Delito*, primera edición, Barcelona, editado por Librería Boch, 1986, pág. 12.

⁽¹⁷⁹⁾ Citados por FARRÉ, idem.

puede ser realizado, también puede comenzarse y lo que puede realizarse con éxito puede también realizarse sin éxito. También en este sentido WOLKER y RUDOLPHI, quienes la admiten por ejemplo cuando alguien adelanta con su vehículo de forma antirreglamentaria a otro conductor, que asustado por el adelantamiento imprevisto y debido a su dolencia del corazón, sufre un infarto y muere..."⁽¹⁸⁰⁾

Otra postura pretende diferenciar entre tentativa culposa y tentativa de un delito culposo, que para el caso es lo mismo.

Al respecto ELENA FARRÉ señala que en España se ha admitido la posibilidad de tentativa y frustración de los delitos imprudentes. "CORDOBA RODA -explica esta autora-, recogiendo la distinción de FRANK entre tentativa imprudente y tentativa de un delito imprudente indica que la tentativa presupone la resolución, o voluntad de ejecución (realización) del delito. Si no puede darse tentativa sin resolución volitiva, es evidente que una tentativa culposa, esto es, una tentativa por imprudencia resulta inconcebible. Ahora bien los actos de ejecución presuponen tan sólo una voluntad de ejecución, no una voluntad dirigida a una meta delictiva; presuponen una voluntad como tal final, pero no el dolo; por consiguiente no

⁽¹⁸⁰⁾Citados por FARRÉ, *idem*.

cabe hablar de tentativa culposa, pero si de tentativa de un delito culposo. Como sucede en el caso de que un conductor consciente de su ineptitud, que se pone al volante de un automóvil. Está dando principio a la ejecución (basada en la voluntad de ejecución) de un hecho imprudente" ⁽¹⁸¹⁾

De lo expuesto puede advertirse que los partidarios de incluir hechos culposos, como forma especial de tentativa, solamente han concebido estos casos como un comienzo de ejecución y por supuesto han encontrado que tales conductas se realizan de manera consciente lo cual no es suficiente para que se integre la tentativa.

Es notorio quienes han adoptado la postura de referencia, no contemplaron el elemento finalista de la tentativa, puesto que como quedó señalado, el aspecto subjetivo de ésta se integra no solamente mediante la intención o voluntad, es decir con el dolo de la conducta realizada, sino también con el elemento finalista concerniente a la voluntad que ubica al agente como causa del resultado a lo cual hay que agregar el fin de la acción para conseguir la consumación del delito que internamente se había representado.

⁽¹⁸¹⁾ Citado por FARRÉ, obra citada, pág. 226.

De lo anterior se desprende que como es requisito indispensable para que se dé la tentativa, una voluntad, cuyo fin es precisamente la realización de un delito determinado, al no encontrarse en hechos culposos tal fin, no puede admitirse la configuración de tentativas culposas.

Por ello se confirma que los tres elementos hasta ahora contemplados por la doctrina: la voluntad o intención de realizar un delito, un principio de ejecución y la no consumación del delito por causas ajenas a la voluntad de un agente, no son suficientes para delimitar la tentativa, de ahí la importancia de tener en cuenta los elementos propuestos complementariamente en esta investigación, consistentes en la univocidad la idoneidad, el elemento finalista de la voluntad y de la acción y el peligro corrido por parte del bien jurídicamente tutelado.

Por otra parte debe tenerse en cuenta que el elemento objetivo de la tentativa, consistente en el principio de ejecución, debe llevar implícito un fin, es decir debe estar conscientemente dirigido a la consumación del delito, cuyo elemento no aparece en hechos culposos, puesto que los mismos no están encaminados de modo sistemático hacia un fin delictuoso sino hacia un fin lícito, aún cuando internamente

el agente se hubiera representado la posibilidad de causar algún daño que de cualquier modo sería indeterminado.

Tampoco es admisible la configuración de tentativa culposa por la puesta en peligro del bien jurídicamente tutelado, como lo señala ELENA FARRÉ, quien denota inseguridad al exponer su criterio, mismo que me permito citar en seguida:

“... El motivo que posiblemente conduce a estos autores a plantear la tentativa en los delitos imprudentes, en todo caso se debe a la frecuencia de las acciones no dolosas que ponen en el más grave peligro a bienes jurídicos, y un Derecho Penal que tenga como función la protección de bienes jurídicos, no debería de dejar de plantearse también la punibilidad de tales hechos...”⁽¹⁸²⁾

Como puede notarse incorrectamente ELENA FARRÉ señala el peligro corrido, como probable fundamento de la tentativa culposa cuyo elemento no es esencial para la configuración de toda clase de tentativa, sino que es característico solamente de las tentativas punibles.

⁽¹⁸²⁾ Obra citada, págs. 125 y 126.

Se advierte inseguridad en los conceptos de ELENA FARRÉ, debido a que trata de explicar el fundamento de la punibilidad de la tentativa culposa, empero omite justificar el motivo por el cual considera que es posible sostener tal criterio.

Nótese que la opinión que admite la tentativa en delitos culposos, toman como punto de referencia la causación parcial del delito (BINDING), es decir en el comienzo de ejecución del mismo (JAKOBS) y siendo éste el elemento fundamental de la tentativa, algunos tratadistas han decidido hacerla compatible con los delitos culposos, olvidándose que esta figura se integra además con otros elementos mismos que señalé anteriormente.

43. VI.- EL REQUISITO DEL PELIGRO CORRIDO

En la tentativa, por no llegar a la consumación del delito, por su propia naturaleza no es posible hablar de daño causado; pero sí puede decirse que es requisito para que la tentativa sea punible, que la acción tenga como consecuencia el peligro corrido, es decir, que el evento ejecutado ponga en peligro un bien jurídicamente protegido por la ley penal; es un riesgo o contingencia inminente de que suceda un mal o un daño a un bien jurídicamente protegido por el tipo.

Respecto a este elemento de la tentativa punible, consistente en el peligro corrido, CARRARA considera que "...aún cuando los delitos imperfectos, es decir, los delitos tentados, no pueden presentar el elemento del daño inmediato que les faltan, las desempeña el peligro corrido por la sociedad o por el ciudadano atacado".⁽¹⁸³⁾

Por su parte, FLORIAN, según ya lo cité precedentemente cuando traté lo relativo a la idoneidad, hace referencia al criterio de peligro, diciendo: "Se debe tener en cuenta no la idoneidad o la inidoneidad del medio, sino la peligrosidad que entrañe la tentativa. La tentativa consiste en el carácter peligroso de la manifestación de voluntad: ésta debe ser de tal naturaleza que lleve consigo la posibilidad de producir el hecho correspondiente al acto punible. Por tanto una tentativa no peligrosa no es tentativa y no es punible ... De manera que la tentativa inidónea es punible en cuanto sea una tentativa peligrosa..."⁽¹⁸⁴⁾.

⁽¹⁸³⁾ Obra citada, pág. 240.

⁽¹⁸⁴⁾ Obra citada, págs. 615 y 616.

El tratadista MARIANO JIMÉNEZ HUERTA, en su obra denominada Derecho Penal Mexicano, efectúa una amplia y fundada exposición acerca del riesgo o peligro para determinados bienes que implica la tentativa de delito, mencionando en esencia los conceptos de distintos penalistas, exposición que me permito transcribir a continuación, porque ofrece una idea cabal del peligro como un elemento fundamental de la tentativa punible.

“En todo grupo social -expresa JIMÉNEZ HUERTA- es una necesidad sentida la de extender la protección otorgada por las figuras típicas a determinados bienes jurídicos, a aquellas conductas que en forma idónea e inequívoca representan un riesgo o peligro para los indicados bienes. La idea de riesgo o peligro para un determinado bien jurídico típicamente protegido, es la que norma el dispositivo de la tentativa. Ya en Alemania, desde los tiempos de FEUERBACH, sólo debía castigarse como tentativa aquel acto que objetivamente fuere peligroso, esto es, aquel que en sus manifestaciones externas estuvieren en relación de causalidad con el delito perseguido”.⁽¹⁸⁵⁾

⁽¹⁸⁵⁾ Obra citada, pág. 357.

Más adelante JIMÉNEZ HUERTA, expone las ideas de varios tratadistas con respecto al elemento del peligro corrido, mismas que a continuación transcribo: "FRANK VON LISZT finca el concepto de la tentativa en el carácter objetivamente peligroso de la manifestación de voluntad. MAX ERNEST MAYER considera que sólo la tentativa que encierra un peligro debe castigarse, ya que la idea que integra su esencia es la de "un acontecimiento por el que un bien jurídico se expone a un ataque que no logra su fin". HIPPEL juzga que la tentativa representa el peligro objetivo de que se realice el contenido concreto del delito. MEZGER afirma que la punibilidad de la tentativa significa, con arreglo a sus fundamentos legislativos, una extensión de la pena de la realización típica total, al simple peligro de una tal realización, esto es, de la lesión del bien jurídico a su puesta en peligro. Y SAUBER observa que el ordenamiento jurídico protege los bienes jurídicos no sólo contra las lesiones sino también contra los peligros graves.

"En Italia -prosigue exponiendo JIMÉNEZ HUERTA- el luminoso genio de CARRARA ha proyectado también su potente luz sobre el fundamento de la tentativa. Según el gran maestro clásico, cuando el hecho no ha producido la violación del Derecho, sino solamente lo ha agredido y lo ha puesto en peligro, hay también delito, pero se denomina imperfecto...

CARNELUTTI afirma que la tentativa es escuetamente un delito de peligro. RANIERI piensa que la tentativa es punible desde el punto de vista objetivo porque pone en peligro un bien penalmente protegido. BETTIOL subraya que la tentativa tiene una objetividad propia, que radica en la lesión potencial de un bien jurídico. Y PETROCELLI cogita que el peligro es un elemento ínsito en la naturaleza misma de la tentativa...

“Destacados penalistas españoles e hispanoamericano -continúa expresando JIMÉNEZ HUERTA- fundamentan también la punibilidad de la tentativa en el peligro objetivo para un bien jurídico ínsito en la conducta que por medios idóneos le ataca sin llegar a dañarle. JIMÉNEZ DE ASÚA sostiene que la punibilidad de la tentativa se funda en el peligro en que ha estado en un momento concreto el bien jurídico que se atacaba. CUELLO CALÓN señala que el fundamento de la tentativa está en la violación de la norma penal, la cual pone en peligro bienes e intereses jurídicos. LÓPEZ REY estima que la tentativa constituye ya una verdadera lesión de un bien penalmente protegido, aunque esa lesión se reduzca a un peligro corrido. SOLER indica que la tentativa encierra un peligro inminente para un bien jurídico cuya protección busca el legislador penal. ARAUJO razona que la tentativa se incrimina por ser un hecho antisocial, en cuanto genera el peligro de

lesionar bienes que son tutelados por el Derecho Penal para asegurar la convivencia social. SODI considera que en la tentativa, las funciones del daño se representan por el peligro que corrió al derecho de ser violado. Y, finalmente, RAMÓN PALACIOS se afilia a la corriente que pone la tentativa por el peligro real, efectivo, material, objetivo en que es colocado un bien protegido por la norma principal".⁽¹⁸⁶⁾

"Se comprueba -concluye JIMÉNEZ HUERTA- por las opiniones de los juspenalistas que se acaban de citar, que el dispositivo de la tentativa se fundamenta en su creación y se justifica en su existencia, por la incontrovertible antijuricidad objetiva que matiza la conducta encaminada en forma inequívoca a la realización del comportamiento descrito en un tipo penal. Esta antijuricidad se plasma y manifiesta en la puesta en peligro de bienes jurídicos que el Derecho protege. Trátase, pues, de una antijuricidad objetivada en un peligro para un bien jurídico, creado por una concreta conducta... El dispositivo de la tentativa tiene la misma significación teológica -tutelada de bienes jurídicos determinados- que las figuras típicas y en cuanto representa una extensión del tipo, similar fundamento que el que corresponde a ésta: protege

⁽¹⁸⁶⁾ Citados por JIMÉNEZ HUERTA, obra citada, págs. 358 y 359

enérgicamente los bienes jurídicos frente a determinadas conductas peligrosas.

“La antijuricidad -abunda JIMÉNEZ HUERTA- que entra en la esfera del derecho penal tiene tal extensión e intensidad que permite considerar decisivos no sólo el daño, sino también el peligro, esto es, la amenaza del bien, interés o valor tutelado”
(¹⁸⁷)

Finalmente, BETTIOL manifiesta: “si la razón fundamental de incriminar la tentativa está en el peligro corrido por el bien protegido a consecuencia de la actividad ilícita del culpable, la situación objetiva de peligro es tan más grande cuando más se aproxima el agente con su actividad al resultado “(¹⁸⁸).

El elemento en análisis por tanto, caracteriza la tentativa punible como un delito de peligro, si bien es imposible exigir un resultado material en esta figura, resulta claro que se concretiza un resultado formal, es decir el peligro corrido por parte del bien jurídicamente tutelado por la norma penal, de ah

(¹⁸⁷) Obra citada, págs. 359 y 360.

(¹⁸⁸) Obra citada, pág. 480.

la necesidad de considerar al peligro corrido como el principal elemento de la tentativa punible.

44. VII.- LA NO CONSUMACION DEL DELITO POR CAUSAS AJENAS A LA VOLUNTAD DEL AGENTE

Es requisito indispensable para la configuración de la tentativa punible que no llegue a consumarse el delito por motivos independientes de la voluntad y de la acción del agente.

Considero de importancia señalar que si la tentativa en general requiere la no consumación para configurarse, incluyendo tanto las causas ajenas, como las imputables al agente, la tentativa punible requiere como último elemento, la no consumación del delito por causas ajenas a la voluntad del agente, donde se excluyen los casos de desistimiento de la tentativa y arrepentimiento activo.

Sobre este elemento de la tentativa, BETTIOL afirma: "No basta para que haya tentativa una voluntad delictiva y un acto idóneo; se requiere además que la acción no se cumpla o que el evento no se verifique... La falta de consumación del delito no debe depender de la voluntad del reo, sino que debe ser

consecuencia de una fuerza física o de una fuerza moral extrañas a él...” (189) Y acto seguido, procede a definir la tentativa punible diciendo que podemos definir el delito tentado como aquel en el cual el sujeto activo “...ha ejecutado intencionalmente un acto idóneo para la consumación, pero ésta no se ha verificado por falta de cumplimiento de la acción o por falta de realización del evento, a consecuencia de razones independientes de su voluntad”.(190)

CARRARA, a propósito de este elemento esencial de la tentativa punible, en su gran obra Programa de Derecho Criminal, enfatiza: “De otra manera, el delito quedaría perfeccionado por el evento, y la tentativa desaparecería por el exceso...”(191)

“El mismo criminalista divide en dos las causas que impiden la consumación del delito, a saber: voluntarias y casuales. Son voluntarias -dice- las que tienen su origen en un cambio totalmente espontáneo de voluntad en el agente. Es el caso del verdadero arrepentimiento; es el desistimiento del fin...” (192)

(189) Obra citada, pág. 487.

(190) Idem.

(191) Obra citada, págs. 488 y 489.

(192) Obra citada, pág. 490

Explica además CARRARA que "las causas casuales son las que provienen de circunstancias que suspenden la ejecución del delito contra la voluntad del agente, dichas causas pueden ser físicas o morales.

"Las causas casuales físicas impiden la consumación: alguien detiene el brazo del heridor; si la llave falsa se rompe en la cerradura que debía abrir, o sea, en fin, que proceden del sujeto pasivo de la tentativa o de la consumación, al presentar éste un obstáculo material al que oponga resistencia a la acción del culpable.

"Las causas casuales morales son las que obran sobre la voluntad del culpable y lo obligan, mal de su grado, a desistir. Naturalmente, estas causas deben consistir en un hecho material, pero que ejercita un influjo coactivo sobre la acción, influjo, no material, sino puramente moral. En esta forma, si una persona que acudió en socorro pide auxilio contra el heridor y éste desiste, tal innovación de auxilio es un hecho material, pero su influencia es puramente moral, porque a pesar de las voces de socorro, muy bien podía el agresor continuar atacando; y si desistió, y en esta forma no ocurrió el homicidio,

fue porque la llamada de auxilio excitó en el ánimo del heridor un temor que lo impulsó a suspender los ataques ...”(193)

Las causas que he anotado, que impiden la consumación del delito y que dan lugar precisamente a la no consumación del delito, por causas ajenas a la voluntad del agente, son las que concurren a la configuración de la tentativa punible.

MAGGIORE, al tratar sobre la no consumación del delito, como uno de los requisitos de la tentativa, dice que este elemento se refiere a lo incompleto del acto criminal y que esto puede suceder de dos modos, que son: "...porque la acción no se realiza, o porque el resultado no se verifica". (194)

Indica después el mismo tratadista que la interrupción o la suspensión de la ejecución o de la no verificación del resultado puede ocurrir por dos órdenes de causas, a saber: "... a) causas dependientes de la voluntad del agente; b) causas ajenas a su voluntad (fortuitas, predispuestas u opuestas por otros)". (195)

(193) Obra citada, págs. 264 y 265.

(194) Obra citada, pág. 83

(195) Obra citada, pág. 84.

MAGGIORE se dedica luego a analizar las causas de la no consumación del delito dependientes de la voluntad del agente, consistentes en el arrepentimiento voluntario y el arrepentimiento activo en cuyas hipótesis afirma que puede darse:

“1) Que la voluntad del agente obre antes que se haya cumplido la acción, y entonces tenemos el desistimiento voluntario propiamente dicho, 2) que la voluntad, ya cumplida la acción, logre sólo impedir el resultado, y entonces se tiene el llamado arrepentimiento activo o arrepentimiento eficaz.”⁽¹⁹⁶⁾

El tratadista MARIANO JIMÉNEZ HUERTA, en su obra Derecho Penal Mexicano, se refiere al elemento de la tentativa punible, consistente en la no consumación del delito, en los términos que a continuación transcribo:

“Es requisito esencial de la tentativa -expresa- la no consumación del delito por causas ajenas a la voluntad del agente...”

⁽¹⁹⁶⁾ Obra citada, pág. 85.

Puede, empero, acontecer que la no consumación del delito sea debido, bien a que su autor desista voluntariamente de proseguir su ejecución, bien a que una vez que hubiere realizado todos los actos que fueren necesarios para la consumación del delito, se arrepienta activamente impida la producción del resultado típico. En ambas hipótesis la conducta del agente es insumible en la ampliación típica que describe el artículo 12, pues este precepto exige que la no consumación del delito sea debido a causas ajenas a su voluntad.

“El desistimiento en la tentativa incompleta -añade JIMÉNEZ HUERTA- y el arrepentimiento activo y eficaz en la tentativa acabada, han de ser voluntarios. El desistimiento es voluntario cuando una nueva y libre decisión del agente es causa determinante de la inconsumación del delito... La fórmula de FRANK es clara y elocuente; el desistimiento es voluntario cuando el sujeto no quiso llegar hasta el fin, aunque pudo hacerlo; no es voluntario cuando no pudo llegar hasta lo último, aunque quiso llegar, arrepentimiento es voluntario cuando el agente después de haber realizado todos los actos que debieron producir la consumación del delito, impide por actos posteriores propios o ajenos, impulsados por él, la producción del resultado típico.

“Nada importa -concluye JIMÉNEZ HUERTA- la índole del móvil que determina el desistimiento o el arrepentimiento, puede el sujeto ser impulsado por inquietud o pesar de conciencia, repugnancia ante su propia obra, miedo a ser descubierto, temor a la pena e insatisfacción de lo que obtendría consumando el delito. Lo que importa es que el agente decida por su propia voluntad paralizar la ejecución o impedir la causación del resultado que debía producirse a consecuencia de su conducta.”⁽¹⁹⁷⁾

Teniendo en cuenta lo expuesto referente a los elementos de la tentativa punible, me es posible concluir que los elementos de la tentativa en general no son solamente tres, sino que la misma se configura, con los siguientes elementos:

- 1.- La voluntad o intención efectuar una conducta determinada.
- 2.- Un principio de ejecución.
- 3.- La univocidad.
- 4.- El elemento finalista.

⁽¹⁹⁷⁾ Obra citada, págs. 391 y 392.

5.- La no consumación del delito.

45. LA TENTATIVA EN LA CLASIFICACION DEL DELITO

He considerado que en el presente estudio tiene particular importancia establecer el lugar que tiene la tentativa en la clasificación del delito, misma que CUELLO CALÓN plantea en los siguientes términos:

"I.- División de la infracción desde el punto de vista de su gravedad: Las legislaciones penales siguen dos sistemas, unas clasifican las infracciones en crímenes, delitos y contravenciones, otras en delitos y contravenciones. La primera división denomínase tripartita y la segunda bipartita.

"II.- Delitos dolosos y culposos". (más adelante abundaré sobre estos delitos).

"III.- Delitos de lesión y de peligro: Son delitos de lesión los que consumados causan un daño directo o efectivo en intereses o bienes jurídicamente protegidos por la norma violada. Son la mayoría de los sancionados en el Código Penal.

"Delitos de peligro son aquellos cuyo hecho constitutivo no causa un daño efectivo y directo en intereses jurídicamente protegidos, pero crean para éstos una situación de peligro. Por peligro debe entenderse la posibilidad de la producción, más o menos próxima, de un resultado perjudicial.

"IV.- Delitos instantáneos y permanentes: Son delitos instantáneos aquellos en los que la violación se extingue con ésta -como el homicidio, el robo, etcétera-. Son delitos permanentes aquellos en los que después de la consumación continúa ininterrumpida la violación jurídica perfeccionada en aquélla v. gr, el rapto, las detenciones ilegales, la sustracción de menores...

"V.- Delitos formales y materiales: Delito formal es el que jurídicamente se consume por el sólo hecho de la acción o de la omisión del culpable sin que sea precisa la producción de un resultado externo v. gr., el falso testimonio. El delito material no puede consumarse si no se produce el resultado antijurídico que el delincuente se propuso obtener la muerte en el homicidio, la aprehensión de la cosa en el robo, etcétera.

“VI.- Delitos simples y complejos: Se denominan delitos simples los que violan un sólo bien jurídico o un sólo interés jurídicamente protegido v. gr., el homicidio que viola el bien jurídico de la vida, las lesiones que violan el bien jurídico de la integridad corporal. Son delitos complejos los constituidos por la infracción de diversos bienes, jurídicos, mediante hechos diversos, cada uno de los cuales constituye por sí un delito v. gr., el homicidio con motivo u ocasión de robo.

“VII.- Delitos de acción u omisión: Los delitos de acción consisten en un acto material y positivo, dañoso o peligroso que viola una prohibición de ley penal; los delitos de omisión consisten en la inacción, en la abstención del agente, cuando la ley impone la ejecución de un hecho determinado.

“VIII.- Delitos perseguibles de oficio y a instancia de parte: Casi la totalidad de los delitos previstos y penados en el Código Penal son delitos que dan lugar a procedimientos de oficio. Por el contrario, un escaso número de ellos no pueden ser perseguidos sino a instancia de la persona ofendida o de determinadas personas a quienes la ley reserva este derecho...

“IX.- Delitos comunes y políticos: Se reputan delitos comunes aquellos que lesionan bienes jurídicos individuales v.

gr., los delitos contra la vida, contra la honestidad, contra la propiedad, etcétera.

"La noción del delito político no parece tan clara. Desde luego revisten este carácter los que atentan contra el orden político del Estado, contra su orden externo independencia de la nación, integridad del territorio, etcétera." ⁽¹⁹⁸⁾

Indudablemente que de esta clasificación del delito, la división de mayor importancia en relación con la teoría de la tentativa es la que clasifica a los delitos según su resultado, misma que agrupa por un lado a los delitos de daño, y por otra parte a los delitos de peligro, quedando comprendida la tentativa entre estos últimos, por cuyo motivo no puede darse la tentativa en los delitos de peligro.

Al respecto JIMÉNEZ DE ASÚA atribuye a esta última división frente a las demás, mucha mayor trascendencia en el Derecho Penal, al señalar:

⁽¹⁹⁸⁾ Obra citada, págs. 266, 267 y 268.

"Ahora parece que asume mucha mayor trascendencia la división en delitos de peligro y de lesión. Estos últimos son los que aparecen con más frecuencia en las legislaciones penales, y en ellos pertenece a la tipicidad la lesión de un determinado bien jurídico, como, por ejemplo, la muerte en el homicidio, y las heridas en las lesiones.

"El otro grupo de delitos -los denominados de peligro- sólo exigen que se haya puesto en riesgo el bien jurídico protegido por el Derecho. Puede ser relevante en el Derecho Penal no sólo la realidad del curso causal de hecho -delitos de lesión-, sino la producción de un curso causal esperado -delitos de peligro-. En resumen: el concepto de peligro significa la posibilidad inmediata, la posibilidad cognoscitiva de la producción de un acontecimiento dañoso determinado..." ⁽¹⁹⁹⁾

Reviste también notoria importancia para la tentativa la clasificación de los delitos, por el elemento subjetivo, es decir la culpabilidad, según la cual, se clasifican en dolosos, culposos y preterintencionales.

⁽¹⁹⁹⁾ Obra citada, La Ley y el Delito, pág. 233.

Según el artículo 8º del Código Penal Federal, "las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente".

"... el delito es doloso -según FERNANDO CASTELLANOS-cuando se dirige la voluntad consciente a la realización del hecho típico y antijurídico, como el robo, en donde el sujeto decide apoderarse y se apodera, sin derecho, del bien mueble ajeno. En la culpa no se requiere el resultado penalmente tipificado, mas surge por el obrar sin las cautelas y precauciones exigidas por el Estado, para asegurar la vida en común, como en el caso de un conductor de un vehículo que, como manifiesta falta de precaución o de cuidado, corre a excesiva velocidad y mata o lesiona a un transeunte". ⁽²⁰⁰⁾

Como el elemento subjetivo para que se configure la tentativa es la voluntad o intención de cometer un delito, resulta evidente que sólo pueden haber tentativas dolosas, por tanto la culpa queda excluida de la tentativa.

⁽²⁰⁰⁾ CASTELLANOS TENA, FERNANDO, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, trigésima edición, México, Editorial Porrúa, S.A., 1991, pág. 141.

También tiene interés dentro del estudio de la tentativa, la clasificación de los delitos según el resultado, la cual divide a los delitos en formales y materiales.

Los delitos formales, también se conocen como delitos de simple actividad o de acción.

“Los delitos formales -explica FERNANDO CASTELLANOS-, son aquellos en los que se agota el tipo penal en el movimiento corporal o en la omisión del agente, no siendo necesario para su integración que se produzca un resultado externo. Son delitos de mera conducta; se sanciona la acción u omisión en sí misma. Los autores ejemplifican el delito formal con el falso testimonio, la portación de arma prohibida y la posesión ilícita de enervantes.

“Los delitos materiales -prosigue FERNANDO CASTELLANOS-, son aquellos en los cuales para su integración se requiere la producción de un resultado objetivo o material, por ejemplo homicidio, robo y otros”⁽²⁰¹⁾

⁽²⁰¹⁾ CASTELLANOS, FERNANDO, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, trigésima edición, México, 1991, Editorial Porrúa, S.A., pág. 137.

Debido a que la tentativa se concretiza mediante la conducta que constituye un principio de ejecución, sin que se produzca resultado alguno, es un delito formal.

En síntesis, la naturaleza jurídico-penal de la tentativa radica en los siguientes aspectos:

La tentativa es un delito imperfecto, toda vez que los actos u omisiones que la constituyen no llegan al momento culminante de la consumación. En tal virtud, debe sancionarse con pena inferior, con respecto al delito consumado.

La base de toda tentativa es la intención de efectuar una conducta, con el fin de lesionar un bien jurídicamente tutelado, por lo cual se requiere que el agente tenga como imagen representativa querida la consumación de un delito determinado, por ello en la tentativa quedan excluidos el dolo indirecto, la preterintencionalidad y la culpa.

La tentativa constituye uno de los grados de la fase externa del delito, se encuentra entre la preparación y la consumación.

A diferencia de la preparación, la tentativa está integrada por actos unívocos, los cuales revelan la intención delictuosa del agente.

Debido a que la tentativa es un delito de peligro, para que sea punible, requiere que el bien jurídicamente tutelado, se ponga en peligro concreto, el cual concretiza un resultado material, sin embargo el peligro no es condición para que se integre la tentativa.

Para que tal resultado pueda concretarse, la acción debe ser idónea, lo mismo que los medios empleados; además la conducta debe estar encaminada hacia un objeto real y existente en el lugar donde se efectúa el hecho.

La tentativa se concretiza mediante un principio de ejecución, por cuyo motivo es un delito formal.

La tentativa no es un delito autónomo, sino que debe estar unida a otro tipo.

Finalmente la no consumación del delito, da lugar a la tentativa, independientemente de las causas que la hubieran

originado, tales como el desistimiento del agente, el arrepentimiento activo y los casos de imposibilidad.

La doctrina considera diversas formas o clases de tentativa, a continuación señalo las mismas:

1.- Tentativa inacabada o conato: Se produce cuando el delito no se consuma aun cuando el agente no realiza todos los actos que había proyectado.

FERNANDO CASTELLANOS, señala que "...En la tentativa inacabada, 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..."⁽²⁰²⁾

2.- Tentativa acabada o delito frustrado: Se configura cuando el agente logró ejecutar todos los actos, según su intención para perpetrar el delito.

"Se habla de tentativa acabada o delito frustrado, --dice CASTELLANOS-, cuando el agente emplea todos los medios y

⁽²⁰²⁾ Obra citada, pág. 289.

ejecuta los actos encaminados directamente a ese fin, pero el resultado no se produce por causas ajenas a su voluntad..."⁽²⁰³⁾

3.- El desistimiento: Se presenta cuando el autor de la tentativa cesa voluntariamente los actos ejecutivos.

4.- El arrepentimiento: Se presenta cuando una vez que el agente realizó todos los actos necesarios para consumir el delito, el mismo ejecuta actos evitando que el delito se produzca.

"Si en la especie -explica CASTELLANOS-, tentativa inacabada o delito intentado cabe el desistimiento, en la acabada o delito frustrado no es posible y tan sólo podrá hablarse de arrepentimiento activo o eficaz; no es dable desistir de lo ya ejecutado".⁽²⁰⁴⁾

5.- Tentativa de delito imposible: Se configura cuando los actos están dirigidos a la producción de un delito de imposible realización, sea por inidoneidad de los medios o de la acción, o por inexistencia del objeto del delito.

⁽²⁰³⁾ Obra citada, pág. 290.

⁽²⁰⁴⁾ Obra citada, pág. 289.

Señala FERNANDO CASTELLANOS que "no debe confundirse la tentativa acabada o delito frustrado con la tentativa de delito imposible. En ésta tampoco se produce el resultado y no surge no por causas ajenas a la voluntad del agente, sino por ser imposible, no se realiza la acción de la norma por imposibilidad material, por inidoneidad de los medios empleados o por inexistencia del objeto del delito. Tal sucede cuando se administra un abortivo a mujer no embarazada o se pretende matar a un muerto".⁽²⁰⁵⁾

En el siguiente capítulo se ampliará la explicación acerca de cada una de las distintas clases de tentativa mencionadas.

⁽²⁰⁵⁾ Obra citada, pág. 291.

CAPITULO IV

CLASES DE TENTATIVA

SUMARIO:

46. LA TENTATIVA INACABADA O CONATO: SE CONFIGURA CUANDO EL AGENTE NO REALIZA TODOS LOS ACTOS NECESARIOS PARA LA CONSUMACION DEL DELITO.-
47 LA TENTATIVA ACABADA O DELITO FRUSTRADO: SE PRESENTA SIEMPRE QUE EL AGENTE HAYA EJECUTADO TODOS LOS ACTOS SEGUN SU INTENCION PARA PERPETRAR EL DELITO.- 48. EL DESISTIMIENTO DE LA TENTATIVA: SE CONFIGURA CUANDO EL AUTOR CESA VOLUNTARIAMENTE LOS ACTOS DE EJECUCION.- 49. EL ARREPENTIMIENTO ACTIVO: SE PRESENTA CUANDO DESPUES DE REALIZAR TODOS LOS ACTOS QUE CONSUMARIAN EL DELITO EL AGENTE EJECUTA ACTOS POSTERIORES EVITANDO SU PERPETRACION.- 50. LA TENTATIVA DE DELITO IMPOSIBLE: EXISTE TENTATIVA DE DELITO IMPOSIBLE CUANDO LOS ACTOS DE EJECUCION ESTAN ENCAMINADOS A LA PRODUCCION DE UN DELITO CUYA REALIZACION ES IMPOSIBLE POR DIVERSAS CAUSAS.- LA TENTATIVA DE DELITO IMPOSIBLE ADMITE UNA SUBCLASIFICACION NO PREVISTA POR LA DOCTRINA: 51. I.- TENTATIVA INACABADA DE DELITO IMPOSIBLE.- 52. II.- TENTATIVA ACABADA DE DELITO IMPOSIBLE.- 53. III.- DESISTIMIENTO DE LA TENTATIVA DE DELITO IMPOSIBLE.- 54. IV.- ARREPENTIMIENTO ACTIVO DE LA TENTATIVA DE DELITO IMPOSIBLE.- 55. TENTATIVA CULPOSA: CUANDO CULPOSAMENTE SE PONE EN PELIGRO ALGUN BIEN JURIDICO.

46. LA TENTATIVA INACABADA O CONATO

También se conoce la tentativa inacabada o conato como simple tentativa.

Corresponde a ROMAGNOSI la distinción entre tentativa acabada y el conato de delito o tentativa inacabada, sin olvidar que corresponde a ALBERTO GANDINO la noción del conato.

Existe tentativa inacabada o conato, cuando el agente no logra realizar, independientemente de su voluntad, algún o algunos actos que había proyectado para lograr la consumación del delito. Al respecto, CARRANCÁ Y TRUJILLO expresa lo siguiente:

"Cualquiera que haya sido la causa que detuvo la mano del culpable a la mitad de la ejecución del delito, o en los límites del último acto, es siempre cierto que le faltó realizar los otros varios actos físicos o uno último, que sin embargo eran necesarios"⁽²⁰⁶⁾

⁽²⁰⁶⁾ CARRANCÁ Y TRUJILLO, RAUL, obra citada, pág. 281.

MEZGER expresa que hay tentativa inacabada "cuando el autor todavía no ha hecho todo lo que era necesario de acuerdo con su proyecto, si ha cargado el fusil, pero todavía no lo ha disparado si en una tentativa de aborto la autora ha considerado que era necesario tomar varios tragos de una infusión de te o introducir reiteradamente una sonda (que se había quitado en virtud de coacción externa) y ello aún en el caso en que la autora ya haya tomado un trago de esa infusión, o no haya vuelto a introducir la sonda.

"Tienen importancia las representaciones que han guiado al autor y especialmente cuáles acciones ha considerado apropiadas y suficientes para realizar el tipo consumado..."⁽²⁰⁷⁾

47. LA TENTATIVA ACABADA O DELITO FRUSTRADO

La tentativa acabada o delito frustrado; Tiene lugar cuando el agente ha ejecutado todos los actos que había resuelto para lograr la perpetración del delito y éste no se ha consumado por causas ajenas a su voluntad.

⁽²⁰⁷⁾ Obra citada, pág. 291.

Para MEZGER, "hay tentativa acabada cuando el autor ha realizado todo lo que tenía que hacer de acuerdo con su proyecto, pero el resultado no se produjo, o no se ha producido todavía por una circunstancia externa, por ejemplo, si el agente suministró un veneno a la víctima, pero todavía no ha surtido efecto. Cuando resulta excluida la producción del resultado se habla de tentativa frustrada, por ejemplo en el caso que el tiro no ha dado en el blanco o si el veneno ha sido vomitado antes de producir su efecto" ⁽²⁰⁸⁾

En el último de los casos mencionados, el autor consideró suficiente para la consumación del delito, suministrar sólo un trago de veneno, la tentativa ya estaba acabada desde que la víctima ingirió un trago. Es decir, que para establecer cuándo hay tentativa acabada, debemos considerar cuáles acciones ha considerado apropiadas el agente, y suficientes para realizar el delito.

La distinción exacta entre la tentativa acabada o delito frustrado y la tentativa inacabada, escribe CARRANCÁ Y TRUJILLO, "corresponde a ROMAGNOSI, creador de la figura del delito frustrado: en el delito frustrado el hombre no sólo emplea todos los medios que la experiencia constante

⁽²⁰⁸⁾ Idem.

ha demostrado que son adecuados para obtener el efecto dañino, sino que, además, tiene la certeza y previsión físicas de que el efecto ha de verificarse: quiere éste y realiza todos aquellos actos que de acuerdo con las leyes constantes y conocidas de la naturaleza pueden conducir a la consumación del delito; por lo tanto aunque cualquier impedimento imprevisto e inevitable sobrevenido él no obtenga el efecto pernicioso, sin embargo es reo de haber perfeccionado el acto en cuanto de él dependía en el delito frustrado, el agente realiza todos los actos que de él dependían y que podían darle esperanza de alcanzar el resultado; se puede decir que en el delito frustrado, el hecho se ha consumado subjetivamente, es decir, que se ha consumado en relación con el hombre que lo realiza, pero no objetivamente".⁽²⁰⁹⁾

Por su parte MANUEL OSSORIO [sic] define el delito frustrado diciendo que "hay frustración 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 se llama también tentativa acabada o perfecta".⁽²¹⁰⁾

⁽²⁰⁹⁾ Obra citada, págs. 280 y 281.

⁽²¹⁰⁾ OSSORIO MANUEL, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, Argentina, Editorial Heliasta, S.R.L., 1974, págs. 216 y 217.

48. EL DESISTIMIENTO DE LA TENTATIVA

Hay desistimiento de la tentativa, cuando el agente cesa los actos de ejecución voluntariamente, sin importar los motivos del desistimiento, es decir que el desistimiento se presenta en tentativas inacabadas.

SOLER puntualiza que para determinar si el desistimiento es o no voluntario, hay una fórmula que dice:

"El desistimiento es voluntario cuando el sujeto ha dicho: no quiero, aun cuando puedo. Todo delito contiene un contexto de acción el cual, generalmente, supone también el empleo de determinados medios: cierto grado de violencia, determinadas operaciones. Ahora bien, cuando esos medios estaban a disposición del sujeto, de manera que, sin impedimento, podía seguir usándolos hasta llegar al resultado, y no lo hizo, estaremos en presencia de un desistimiento. El sujeto se detiene antes de llevar las cosas hasta el grado de consumación. El sujeto tiene acorralada a la víctima y dispone de seis tiros de revólver; dispara uno o dos, ve que no lo ha herido, y a pesar de que nada le

interrumpe la acción no dispara los tiros restantes. Nada ni nadie ha impedido la prosecución del hecho..."⁽²¹¹⁾

En relación con los motivos del desistimiento, SOLER indica "Nada importa la calidad del móvil, puede el sujeto desistir por arrepentimiento, o temor a la pena, por temor a ser denunciado, por repugnancia física, por insatisfacción acerca de lo que lograría consumando el hecho, etc. Lo decisivo es que la resolución de interrumpir la acción vaya acompañada de la conciencia de poder o de no poder, conforme a la enseñanza de CARRARA".⁽²¹²⁾

Para MEZGER, el desistimiento es "una especial causa personal de supresión de la pena. Esta disposición le quiere ofrecer al autor un puente de oro para que abandone su tentativa.

"La aplicación de este precepto presupone una distinción a la que nos debemos de referir de nuevo aquí, esto es, la distinción entre tentativa inacabada y tentativa acabada.

⁽²¹¹⁾ SOLER SEBASTIAN, *Derecho Penal Argentino*, primera edición, tercera reimpresión, Tipográfica, Buenos Aires, Editora Argentina, 1956, tomo II, págs. 244 y 245.

⁽²¹²⁾ Obra citada, pág. 247.

"Esta distinción arranca del proyecto relacionado con el hecho, tal como está resuelto en la mente del autor. Interesan el cuadro representativo que se ha formado y lo que es necesario, según él, para determinar el hecho..."⁽²¹³⁾

"Los presupuestos del desistimiento de la tentativa que liberan la pena -continúa diciendo MEZGER-, son distintos según se trate de una tentativa inacabada o acabada. En ambos casos, el desistimiento debe ser espontáneo; la espontaneidad del desistimiento se determina en uno y otro caso de distintas maneras.

"Consiste en abandonar las acciones ulteriores necesarias para terminar el hecho y concluye: El desistimiento es espontáneo, cuando el autor ha abandonado la ejecución de la acción proyectada, sin que haya sido impedido, en esta ejecución, por circunstancias independientes de su voluntad..."⁽²¹⁴⁾

Lo anterior indica que cuando alguna circunstancia impida al agente la ejecución del delito, no puede invocar que existió desistimiento espontáneo de la tentativa y por tanto no le beneficia el criterio de la supresión de la pena.

⁽²¹³⁾ Obra citada, pág. 291.

⁽²¹⁴⁾ Obra citada, págs. 291 y 292.

49. EL ARREPENTIMIENTO ACTIVO

Hay arrepentimiento activo cuando la no consumación del delito se debe a que su autor, una vez que ejecutó todos los actos necesarios para ello, se arrepiente e impide la producción del resultado típico. El arrepentimiento es voluntario cuando el agente, después de haber realizado todos los actos que debieron producir la consumación del delito, impide por actos posteriores propios o ajenos impulsados por él, la producción del delito, de donde resulta que el arrepentimiento activo sólo puede darse en tentativas inacabadas.

"...lo que, en verdad, distingue el desistimiento voluntario y el arrepentimiento eficaz -señala JIMÉNEZ HUERTA-, no es la forma exterior del comportamiento en que se manifiesta la voluntad del agente de no consumir el delito, sino el momento en que dicha voluntad interviene: desistimiento voluntario, si interviene durante el iter criminis renunciando a completar y a dejar la acción ejecutiva logrando impedir el resultado de los delitos materiales, o sea, la consumación del delito". (215)

(215) Obra citada, pág. 392.

Al respecto MEZGER expresa que "la impunidad presupone, el principio, de la propia acción del autor. No es suficiente que el resultado no se produzca por otras causas. Si se vomita el veneno antes de que el autor intervenga, la tentativa es punible. En cambio, el autor puede servirse de la ayuda de terceros, por ejemplo, un médico, sin que con ello la acción de evitar deje de ser propia.

"Los efectos del desistimiento de la tentativa como tal, impune. Dado que antes era punible, se trata de una causa de supresión de la pena. Tiene eficacia personal sólo en favor del que renuncia y constituye, por ello una causa personal de supresión de la pena". ⁽²¹⁶⁾

50. LA TENTATIVA DE DELITO IMPOSIBLE

En el caso de la tentativa de delito imposible, el resultado no se produce en virtud de que en el caso concreto su producción es imposible.

Explica SOLER, que esta imposibilidad puede darse por la inidoneidad de la acción, en este caso, la acción aparece

⁽²¹⁶⁾ Obra citada, págs. 293 y 294.

inidónea para lograr el resultado jurídico lesivo, como cuando se intenta envenenar a alguien con azúcar o harina; por otra parte, también puede darse la tentativa de delito imposible cuando falta el objeto, por ejemplo, apuñalear un cadáver, o la tentativa de aborto en una mujer no grávida. ⁽²¹⁷⁾

"Se llama delito imposible -expresa EUSEBIO GÓMEZ-, aquel que, por inidoneidad de los medios empleados para cometerlo o por falta del objeto del mismo no es susceptible de llegar a consumarse. Por ejemplo: el intento de envenenar a una persona haciéndole ingerir una substancia inocua o el de provocar el aborto de una mujer que no está encinta. En el primer caso, la imposibilidad deriva de la inidoneidad del recurso usado para llevar a cabo el envenenamiento, en el segundo caso, la imposibilidad proviene de la falta del objeto sobre el cual recaiga la acción homicida.

"El criterio clásico, que es eminentemente objetivo, requiere, para la punición de la tentativa, en general, que el propósito de cometer un delito determinado se haya puesto en evidencia mediante actos que sean idóneos para la realización de ese propósito... Tal exigencia se aplica,

⁽²¹⁷⁾ Obra citada, págs. 227 y 228.

conforme a aquel criterio, desde que el medio inidóneo no determinará, jamás, el efecto previsto por la ley como atributo esencial del delito..."⁽²¹⁸⁾

"Pero, si la tentativa de un delito imposible -agrega EUSEBIO GÓMEZ-, es apreciada con criterio subjetivo, la solución tiene que ser distinta, necesariamente. Un acto externo, que traduce, sin lugar a dudas, la decisión de delinquir, es índice revelador de peligrosidad y no puede sostenerse (de modo absoluto) su impunidad, por el mero hecho de la imposibilidad del efecto buscado. Tampoco es admisible el artificio a que recurren las doctrinas de transición que no pudiendo reconocer la peligrosidad del autor de una tentativa semejante, la declaran impune pero la someten a una medida de seguridad." ⁽²¹⁹⁾

En base a lo anterior he concluido que hay tentativa de delito imposible cuando el agente emplea medios inidóneos para la consumación del delito; también cuando siendo idóneos los medios, la acción resulta inidónea para consumar el delito; y asimismo, cuando es inexistente el objeto al cual se dirigía la acción. Como ejemplos tenemos

⁽²¹⁸⁾ Obra citada, págs. 476 y 477.

⁽²¹⁹⁾ Obra citada, pág. 477.

respectivamente los siguientes: A) El empleo de medios supersticiosos para matar a alguien, en cuyo caso son inidóneos para alcanzar los fines deseados por el agente; B) en el caso de que un individuo trata de causarle la muerte a otro haciéndole ingerir una dosis mínima de veneno o si le dispara con un arma de fuego a una distancia considerablemente fuera del alcance de la misma; y C) cuando el autor trata de robar una cosa que es de su propiedad, o cuando intenta cobrar la prima de un seguro, cuando ese derecho le correspondía.

No hay un criterio definido entre los penalistas respecto de que la tentativa de delito imposible deba sancionarse o no, los partidarios de la teoría subjetiva opinan que la tentativa de delito imposible sí debe punirse; los partidarios de la teoría objetiva, por el contrario, estiman que la tentativa de delito imposible no debe ser sancionada porque con ello no se pone en peligro ningún bien jurídico tutelado por el Derecho Penal. En capítulos subsecuentes, abundaré sobre el tema.

Respecto de la tentativa de delito imposible he considerado hacer una subclasificación no contemplada en la doctrina, misma que en seguida señalo:

51. I.- TENTATIVA INACABADA DE DELITO IMPOSIBLE

Estamos en presencia de una tentativa inacabada de delito imposible cuando el agente ha realizado sólo una parte de los actos que son necesarios para la consumación del delito, cuyos actos ya ejecutados son inidóneos o bien, siendo idóneos los actos, se emplean medios inidóneos para la consumación del delito; lo mismo que cuando falta el objeto de la tentativa.

Un ejemplo de tentativa inacabada de delito imposible podría ser cuando una mujer intenta envenenar a su marido haciéndole ingerir una tasa de café a la cual agregó antes harina pensando que era arsénico, pero el marido sólo tomó un trago.

En el ejemplo citado la tentativa es inacabada porque la mujer no logró hacer que el marido tomara todo el café contenido en la tasa, y es de imposible realización el delito porque en lugar de arsénico, la mujer puso harina en el café.

52. II.- TENTATIVA ACABADA DE DELITO IMPOSIBLE

Cuando el autor de la tentativa ha ejecutado todos los actos para lograr la perpetración del delito de acuerdo con su proyecto, nos encontramos ante una tentativa acabada; empero, cuando en esta clase de tentativa, el resultado no se produce por inidoneidad de la acción o de los medios, o por falta del objeto del delito; entonces se configura la tentativa acabada de delito imposible.

Un ejemplo de esta última clase de tentativa es cuando el agente preparó el arma homicida, cargada con seis cartuchos, que eran de salva. Al día siguiente, estando frente a la víctima, el agente de la tentativa le dispara toda la carga, sin saber que los cartuchos son de salva, no produciéndose el resultado dañoso por imposibilidad, toda vez que el medio es inidóneo, aunque el agente hubiere ejecutado todos los actos que según su intención producirían la consumación del delito.

53. III.- DESISTIMIENTO DE LA TENTATIVA DE DELITO IMPOSIBLE

Se considera que el desistimiento es voluntario cuando el agente no quiere realizar todos los actos que según su intención eran necesarios para alcanzar la consumación del delito, aun cuando tiene posibilidad de realizarlos.

Cuando existe inidoneidad en los actos ya realizados, así como cuando los mismos son ejecutados a través de medios inidóneos y el agente cesa voluntaria y espontáneamente los actos ejecutivos, estamos ante el desistimiento espontáneo de una tentativa de delito imposible; del mismo modo se presenta esta clase de tentativa cuando el objeto es inexistente.

Un ejemplo de desistimiento espontáneo de tentativa de delito imposible puede ser cuando el agente trata de robar una cosa que es de su propiedad, y aun teniendo posibilidad de consumir el apoderamiento, se desiste de su propósito y deja la cosa en el lugar donde se encontraba.

54. IV.- ARREPENTIMIENTO ACTIVO DE LA TENTATIVA DE DELITO IMPOSIBLE

Cuando el agente realiza actividad propia antes de que sea descubiertas las acciones de tentativa, con el fin de evitar el resultado que había previsto, y además los actos ejecutivos son inidóneos o los llevó a cabo con medios no idóneos para lograr la consumación del delito, o bien, no existe el objeto del delito; entonces se configura el arrepentimiento activo de la tentativa de delito imposible.

Podría darse el caso por ejemplo de que una mujer, creyéndose embarazada se introdujera en repetidas ocasiones una sonda hasta el útero, con lo cual según su intención se produciría el aborto, luego se arrepiente y voluntariamente acude a un centro de salud para prevenir el aborto, resultando que no se encontraba embarazada, presentándose con ello el arrepentimiento activo de una tentativa de delito imposible.

55. LA TENTATIVA CULPOSA

No obstante que la tentativa tiene como requisito la voluntad o intención de cometer un delito, por parte del

agente; en la doctrina se ha considerado sobre todo en Alemania la posibilidad de la existencia de una tentativa culposa.

Al respecto MEZGER manifiesta que “la tentativa de un tal delito, es perfectamente concebible: el hecho por ejemplo, de que alguien ponga culposamente un veneno en la comida de otro, sin que se produzca, sin embargo, daño alguno, o la creencia culposa, de que existe una situación de legítima defensa. Pero el Derecho Penal no se interesa por una tal tentativa culposa y la considera, como tal impune...”⁽²²⁰⁾

Al respecto JIMÉNEZ DE AZÚA señala que “los grandes penalistas del pasado siglo y los del comienzo del presente, como ZACHARIAE, MITTERMAIER, BERNER, STOPPATO, etcétera, consideraron “contradictorios” los conceptos de tentativa y de culpa, aunque LELIÉVRE estimaba posible la tentativa del hecho culposo, como en el caso del que tira una piedra por la ventana, que califica de tentativa de homicidio por culpa, aunque el improvisado proyectil no haya hecho mal a nadie.”⁽²²¹⁾

⁽²²⁰⁾ MEZGER, obra citada, págs. 279 y 280.

⁽²²¹⁾ JIMÉNEZ DE AZÚA, LUIS, Tratado, obra citada, pág. 903.

En Alemania -prosigue JIMÉNEZ DE ASÚA-, mostraron ya inclinación a reconocer la posibilidad de la tentativa en los delitos culposos... sobre todo fue HEPP quien admitió más claramente la tentativa en los delitos culposos, postulando para ellos una pena atenuada..."⁽²²²⁾

El mismo tratadista hace notar que entre los países donde se concibe la tentativa en los delitos culposos, se encuentran España, Argentina, Uruguay, Colombia, Venezuela, Cuba y Brasil.⁽²²³⁾

Como quedó expuesto en el capítulo anterior, son tres los elementos de la tentativa en general, entre los cuales se encuentra en primer lugar la voluntad o intención de delinquir, por parte del agente, de donde resulta que no es concebible que pudiera configurarse una tentativa culposa, aun cuando en virtud de una conducta culposa se pusiera en peligro un bien jurídicamente tutelado por la ley penal.

El artículo 60 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia del fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal establece los casos donde se

⁽²²²⁾ Idem, pág. 903

⁽²²³⁾ Obra citada, págs. 904 y 905

impondrán penas por delitos culposos, sin que esté incluido el artículo 12, es decir la tentativa.

El citado precepto establece en el párrafo segundo lo siguiente:

“Las sanciones por delito culposo sólo se impondrán con relación a los delitos previstos en los siguientes artículos: 150, 167 fracción VI, 169, 199 bis, 289 parte segunda, 290, 291, 293, 302, 307, 323, 379 y 399 de este Código.

TENTATIVA CULPOSA

Considero que la tentativa no se configura en hechos culposos, puesto que aun cuando materialmente la conducta se encuentre dirigida hacia la consumación de un delito, faltarían los elementos consistentes en la voluntad de efectuar determinada conducta con el fin de lesionar un bien jurídicamente tutelado.

Sin importar que en el hecho culposo ponga el peligro el bien jurídico, cabe tener en cuenta que no se trataría de una conducta final debido a que el agente no se ha propuesto dañar el bien jurídico.

“Para el finalismo -explica RAÚL PLASCENCIA-, la acción es el ejercicio final de la actividad humana... negando la posibilidad de que existan acciones ciegas, o más bien, sin una finalidad determinada de obrar conscientemente.

“En tal virtud, la acción solo tendrá carácter final en función de los resultados que el sujeto se haya propuesto voluntariamente, por lo que en aquellos resultados no propuestos, estaremos ante un resultado causal y no final”⁽²²⁴⁾

De modo que quienes consideran la posibilidad de configuración de la tentativa culposa, confunden el peligro con la tentativa y se olvidan que la base de toda tentativa es que el sujeto activo tenga como imagen representativa querida el daño de un bien jurídicamente tutelado.

Además ni siquiera habrá conducta finalista en el peligro generado a través de una conducta culposa, puesto que el agente no se había propuesto voluntariamente tal efecto.

⁽²²⁴⁾ JAKOBS, GUNTER, *La Imputación Objetiva en Derecho Penal*, primera edición, Colombia, editado por Universidad Externado de Colombia, pág.110.

La teoría de la imputación objetiva tiene mayor relevancia según JAKOBS en el delito imprudente.

En cuanto a los hechos culposos que no alcanza a dañar el bien jurídicamente protegido, JAKOBS manifiesta lo siguiente:

“... aquellos comportamiento que no tienen el sentido de ser continuados de modo delictivo, no conducen a la responsabilidad...”⁽²²⁵⁾

Más adelante el mismo JAKOBS hace mención de los principios de la teoría del incremento del riesgo, la cual trata sobre aquellos comportamientos muy peligrosos para bienes jurídicamente tutelados, con la finalidad de sancionar casos de tentativa imprudente.

Con relación a esta teoría, JAKOBS señala que “... conduce a resultados tolerables en casos de comportamientos extremadamente peligrosos ... Por ejemplos ¿Porqué no ha de responder el conductor del camión si ha infringido claramente el marge de seguridad y sólo ghay pocos indicios de que la ebriedad del ciclista cumplierse algún papel en el accidente? Sin embargo se trata

⁽²²⁵⁾ PLASCENCIA VILLANUEVA, RAUL, *Teoría del Delito*, primera edición, México, editado por Universidad Nacional Autónoma de México, 1998, pág. 40.

de algún riesgo moderado y concurre una alta probabilidad de explicar lo sucedido a través de otro riesgo, la situación es diferente ¿Porqué habría de imputarse el resultado cuando habiéndose infringido moderadamente el margen de seguridad, casi todo apunta en dirección de que sólo fue ebriedad del ciclista la causa? Ambos supuestos -cpmñue JAKOBS pueden ser reconducidos a un denominados común: concurre en todo caso un comportamiento no permitido en forma de una tentativa acabada y puede que tratándose de una tentativa acabada extremadamente peligrosa... Dicho de otro modo se utiliza la teoría del incremento del riesgo para obtener un castigo en los casos de tentativa imprudente.... Cuando al menos se ha producido un resultado que extremadamente encaja, cumpliendo éste aquí, el papel de una condición objetiva de punibilidad".⁽²²⁶⁾

Por otra parte explica JAKOBS que para la teoría el incremento del riesgo la situación de prueba no debería desempeñar papel alguno".⁽²²⁷⁾

Dentro de los mismos partidarios de la teoría del incremento del riesgo se propone que "... cuando haya

⁽²²⁶⁾ Obra citada, pág. 103.

⁽²²⁷⁾ Obra citada, pág. 104.

dudas que no puedan ser resueltas se aplica el principio in dubio pro reo...”⁽²²⁸⁾

“... si la superación del riesgo permitido crease un riesgo simplemente prohibido en su conjunto, no existiría a su lado riesgo vital alguno: esta sería la idea del versavi in re illicita...”⁽²²⁹⁾

Concluyendo JAKOBS que “... la necesaria aplicación del principio in dubio pro reo ha de conducir a la absolución, incluso en los casos límites de extrema falta de cuidado y siendo poco probable la explicación de otro riesgo, pero porque no concurra un comportamiento no permitido, sino porque no está probado que el resultado pueda ser atribuido al comportamiento. Mientras todas las tentativas imprudentes; aun las extremadamente descuidadas, permanezcan impunes, no hay razón alguna de convertir este ámbito en algo especial...”⁽²³⁰⁾

⁽²²⁸⁾ Idem.

⁽²²⁹⁾ Obra citada, pág. 105.

⁽²³⁰⁾ Idem.

TEORIA DEL INCREMENTO DEL RIESGO

La teoría del incremento del riesgo trata aquellos comportamiento muy peligrosos para bienes jurídicamente tutelados, con la finalidad de sancionar casos de tentativa imprudente.

CAPITULO V

LA TENTATIVA DE DELITO IMPOSIBLE

SUMARIO

56. LA FALTA DE APLICACION DE LA HERMENEUTICA.- LA TERMINOLOGIA EMPLEADA EN EL ESTUDIO DE ESTE TEMA ES CONFUSA POR ELLO NINGUN CRITERIO HA PREVALECIDO.- 57. LA DIVERSIDAD DE PARADIGMAS: 58. I NO SE CONFIGURA LA TENTATIVA.- 59. II.- SE PRESENTA EL DELITO IMPOSIBLE.- 60. III.- SE DISTINGUE ENTRE DELITO IMPOSIBLE Y CASOS DE INIDONEIDAD.- 61. IV.- EXISTE FALTA DE TIPO.- 62. V.- EXISTEN SUBCLASIFICACIONES DEL DELITO IMPOSIBLE.- 63. VI.- EL DELITO IMPOSIBLE ES UNA FORMA DE TENTATIVA.- 64. DERECHO COMPARADO.- 65. I.- LEGISLACION ALEMANA.- 66. II.- LEGISLACION ESPAÑOLA.- 67. III.- LEGISLACION SUIZA.- 68. IV.- LEGISLACION PERUANA.- 69. V.- LEGISLACION AUSTRIACA.- 70. VI.- LEGISLACION ITALIANA.- 71. VII.- LEGISLACION COLOMBIANA.- 72.- VIII.- LEGISLACION SALVADOREÑA.- 73. IX.- LEGISLACION PARAGUAYA.- 74.- X.- LEGISLACION VENEZOLANA.- 75.- XI.- LEGISLACION ECUATORIANA.- 76. XII.- LEGISLACION BOLIVIANA.- 77. XIII.- LEGISLACION URUGUAYA.- 78. XIV.- LEGISLACION DE COSTA RICA.- 79. XV.- LEGISLACIONES QUE NO CONTEMPLAN LA TENTATIVA DE DELITO IMPOSIBLE.- 80.- TEORIA DE LOS PRESUPUESTOS DEL DELITO.- 81. I.- PRESUPUESTOS DEL HECHO.- 82. A) PRESUPUESTOS JURIDICOS DEL HECHO.- 83. B) PRESUPUESTOS MATERIALES DEL HECHO.- 84. II.- PRESUPUESTOS DEL DELITO.- 85. A) PRESUPUESTOS GENERALES DEL DELITO.- 86. B) PRESUPUESTOS ESPECIALES DEL DELITO.- 87. LA FALTA DE PRESUPUESTOS: LA FALTA DE ALGUNO DE LOS PRESUPUESTOS DA ORIGEN A LA TENTATIVA DE DELITO IMPOSIBLE.- 88. CRITERIOS ACERCA DE LA INIDONEIDAD.- 89. I.- INIDONEIDAD OBJETIVA E INIDONEIDAD SUBJETIVA.- 90. II.- INIDONEIDAD ABSOLUTA E INIDONEIDAD RELATIVA.- 91. III.- INIDONEIDAD E INSUFICIENCIA.- 92. IV.- INIDONEIDAD ABSTRACTA E INIDONEIDAD CONCRETA. 93. V.- INIDONEIDAD INTRINSECA E INIDONEIDAD EXTRINSECA.- 94. VI.- INIDONEIDAD EX POST E INIDONEIDAD EX ANTE.- 95. VII.- INIDONEIDAD INICIAL E INIDONEIDAD SUCESIVA.- 96. VIII.- INIDONEIDAD CONOCIDA POR EL AGENTE E INIDONEIDAD IGNORADA POR EL MISMO.- 97. LA IMPOSIBILIDAD PARA LA CONSUMACION: 98. A) IMPOSIBILIDAD POR INIDONEIDAD DE LOS MEDIOS.- 99. B) IMPOSIBILIDAD POR INIDONEIDAD DE LA ACCION.- 100. C) IMPOSIBILIDAD POR INEXISTENCIA DEL OBJETO.- 101.- CRITERIOS REFERENTES AL CONCEPTO DE PELIGRO.- 102. A) PELIGRO PRESENTE Y PELIGRO PASADO.- 103. B) PELIGRO EFECTIVO Y PELIGRO EVENTUAL.- 104. C) PELIGRO DIRECTO Y PELIGRO INDIRECTO.- 105. PELIGRO ABSTRACTO Y PELIGRO CONCRETO.- 106. DELIMITACION ENTRE RESULTADO Y PELIGRO: AQUEL ES UNA MODIFICACION DEL MUNDO EXTERIOR, ESTE IMPLICA UNA RELACION ENTRE DOS EFECTOS, UNO YA VERIFICADO Y OTRO QUE ES POSIBLE.- 107. DISTINCIÓN ENTRE TENTATIVA DE DELITO IMPOSIBLE Y DELITO PUTATIVO.

Desde el Derecho Penal Italiano de la Edad Media se tuvo en cuenta el problema de la tentativa de delito imposible bajo el nombre de tentativa inidónea.

Este problema trató de explicarse con mayor claridad durante el siglo XIX, por FEUERBACH. En esa época se estableció como fundamento de la pena, la peligrosidad objetiva no obstante ha faltado en sus estudios la capacidad de expresar y hacer comprensible aquello que determina la esencia del tema.

56. LA FALTA DE APLICACIÓN DE LA HERMENEUTICA

En principio considero de importancia señalar que en la doctrina no se ha procedido hermenéuticamente respecto de la tentativa de delito imposible, puesto que a esta figura se le han dado diversas denominaciones, lo cual ha dificultado su estudio.

Es decir que partiendo desde una terminología confusa que aveces se aparta del lenguaje ordinario, es frecuente que el tema en estudio sea difícil de comprender, lo que sin duda ha contribuido para que ninguno de los criterios planteados, hayan logrado prevalecer definitivamente, puesto que no han tenido la

capacidad de convencer de su punto de vista a los estudiosos del Derecho Penal.

Con la finalidad de dar sustento a lo anterior, a continuación expongo el pensamiento de JURGEN HABERMAS.

Según este autor, la hermenéutica debe entenderse como un arte, una capacidad o una técnica de entender el sentido de la comunicación, así como de expresar y hacer comprensible el objeto de estudio.

“La hermenéutica -dice HABERMAS-, se refiere a una capacidad que adquirimos en la medida en que aprendemos a dominar un lenguaje natural: el arte de entender el sentido lingüísticamente comunicable y de tornarlo comprensible en caso de comunicaciones perturbadas... Pero la reflexión acerca de ese entender y hacer comprensible convertidos en arte, por un lado y del convencer y persuadir convertidos asimismo en arte, por otro, no está al servicio de una fijación de sus respectivas reglas, sino de una meditación filosófica acerca de las estructuras de la comunicación en el lenguaje ordinario” ⁽²³¹⁾

⁽²³¹⁾ HABERMAS, JURGEN, “La Lógica de las Ciencias Sociales”, primera edición, editado por Editorial REI, México, 1993, pág. 277.

El abandono de la hermenéutica ha contribuido para que las discusiones en torno al tema de la tentativa de delito imposible, sean vanas y asimismo ha imposibilitado el desarrollo de su estudio, por lo que de ninguna manera podría afirmarse que sobre este tema se haya desarrollado conocimiento al cual pudiera atribuírsele carácter de ciencia.

En tal virtud, la presente investigación, cumple con el objetivo de hacer comprensible el tema de referencia, mediante el empleo de lenguaje apropiado y ordinario empleando términos apropiados para referir el tema objeto de estudio, lo que por supuesto facilitará las discusiones en torno al tema.

Confirmando lo anterior JIMÉNEZ DE ASÚA, hace notar en su Tratado de Derecho Penal la diversidad de términos empleados, en torno al tema en estudio, quien se inclina por la denominación de delito imposible,⁽²³²⁾ quien para tal efecto cita el criterio de varios penalistas, mismo que a continuación transcribo:

⁽²³²⁾ JIMÉNEZ DE ASÚA, obra citada, pág. 630.

“No es indiferente -afirma JIMÉNEZ DE ASÚA-, la denominación que debemos al que se titula en este capítulo delito imposible, predominantemente adoptado en Francia y en nuestra lengua, aunque SALDAÑA, siempre ansioso de aparentes novedades, trata de diferenciar la “Tentativa absurda (‘delito imposible’)”, la “tentativa” de “imposibilidad absoluta (de fin)”, o “relativa (de medios)” y la “tentativa inidónea (‘tentativa inhábil’). PELLEGRINO ROSSI habla de “tentativa vana”, aunque luego se refiere a “tentativas de una cosa imposible”. Y RAUTER de delito frustrado (aunque más que al delito imposible, parece referirse a la “carencia de tipo”) (233)

“En Alemania, -prosigue JIMÉNEZ DE ASÚA-, es general llamarle tentativa inidónea (untauglicher Versuch), mientras que en Italia, si bien se trató primero, en referencia a uno de sus aspectos, de medios inidóneos, parece imponerse el término más amplio de reato imposible. (La simple lectura de los títulos de las obras acabadas de citar en la presente bibliografía, basta para comprobar lo dicho).

“No han faltado, sin embargo, algunos autores italianos, como MARMO que traten de diferenciar el delito imposible de la tentativa imposible. El primero designaría la acción con la que

(233) Citados por JIMÉNEZ DE ASÚA, págs. 628 y 629.

jamás se lograría efecto alguno, por carecer de toda eficacia causal, que coincidiría con la que denominan los autores inidoneidad relativa o para aquellos casos en que el objeto material fuese inexistente y la acción plenamente idónea, mientras que BERNARDINO ALIMENA y MANZINI, prefieren llamar a la última, es decir, a la referente al objeto, tentativa de delito imposible.

“La observación que hace RICHARD SCHMIDT, es mucho más que un reparo terminológico. Basta leer lo escrito por tan penetrante jurista: Cuando la conducta del agente no aparece idónea para producir el resultado, “se habla brevemente -tout court hubiera dicho de ser francés- de ‘tentativa inidónea’, si bien es harto dudoso si, en general, merece entonces el nombre de tentativa y con ello la penalidad de ella”. Y en punto y aparte prosigue: “Esa exteriorización debe, por ende, ser considerada ya como un suceso aislado en la vida jurídico-penal, porque plasma un fenómeno (Escheinung), anormal, en su significación típicamente social y un fenómeno secundario histórico-legislativo”.⁽²³⁴⁾ Con el fin de demostrarlo se enfrasca en la exposición del desarrollo evolutivo de la tentativa inidónea a partir de la alta Edad Media. Quede aquí términos inarmónicos,

⁽²³⁴⁾ Citados por JIMÉNEZ DE ASÚA, págs. 629 y 630.

y -como señaló JIMÉNEZ HUERTA- más aún lo es la frase "delito imposible". Pero no es menos cierto, que en la Argentina, donde el delito imposible se considera como parte de la tentativa, más benignamente penada RICHARD SCHMIDT no hubiera podido escribir el sagaz párrafo transcrito".⁽²³⁵⁾

RICARDO JUAN CAVALLERO al abordar el tema de referencia, comienza por exponer las cuestiones terminológicas, que a continuación me permito citar:

"Como a la tentativa inidónea se le ha denominado asimismo delito imposible, cabe preguntarse -expresa CAVALLERO-, si es correcto continuar utilizando indistintamente ambas denominaciones.

"Entendemos que la expresión tentativa inidónea es la que designa con mayor precisión y claridad el instituto jurídico en tratamiento. El denominado delito imposible, es en realidad; un caso de tentativa...

⁽²³⁵⁾ Citados por JIMÉNEZ DE ASÚA, pág. 630.

“La fórmula delito imposible -prosigue CAVALLERO- es en verdad contradictoria; en razón de que una conducta dolosa que carece de aptitud ex ante para realizar el tipo objetivo no puede en modo alguno calificarse de delito, porque a lo sumo, será una tentativa. La fórmula delito imposible es, obviamente un contrasentido.

“... parécenos más ajustada la denominación tentativa inidónea... También puede usarse como equivalente... la locución tentativa de delito imposible...”⁽²³⁶⁾

Es de señalarse que en la legislación penal mexicana el Código MARTÍNEZ DE CASTRO presentó como novedad importante la tentativa de delito imposible bajo el rubro de delito intentado, considerando equivocadamente esta tentativa como un grado del delito.

Por lo que se refiere al Código de ALMARAZ, al conceptuar la tentativa, hizo mención del comienzo de ejecución por actos idóneos, excluyendo así la punibilidad de la tentativa de delito imposible.

⁽²³⁶⁾ Obra citada, págs. 81 y 82.

En el Código Penal de 1931 actualmente en vigor, no se hizo mención de la tentativa de referencia en su texto original y no obstante que ha tenido varias reformas al artículo 12, no ha sido regulada la tentativa de delito imposible en este precepto.

En síntesis existe diversidad de términos que se han empleado en la doctrina y en las legislaciones, para referir la misma figura: "la tentativa de delito imposible".

Como lo dejé expuesto, existen criterios que ponen en duda e incluso que niegan la existencia de la tentativa en aquellos casos de imposibilidad en la consumación del delito.

Asimismo quedó demostrado que hasta ahora no hay un criterio acerca de la tentativa de delito imposible, reconocido internacionalmente por una comunidad duradera de penalistas. Esta circunstancia según mi criterio, se debe en principio a la falta de aplicación de la hermenéutica, según lo he señalado, así como también a la falta de un estudio científico precedente acerca de la naturaleza jurídico-penal de la tentativa.

En virtud de lo anterior, debo puntualizar que en mi opinión, el término acertado es tentativa de delito imposible, toda vez que en la misma quedan comprendidos todos aquellos

casos en que la no consumación del delito se da por alguna causa de imposibilidad, sea cuando los medios o las acciones son inidóneos en el caso concreto, sea cuando el objeto no existe o no se encuentra en el lugar donde se realiza el hecho.

De este modo deja de ser necesaria la distinción entre unas y otras figuras contempladas durante largo tiempo en la doctrina en torno a la imposibilidad de la consumación del delito.

Por otra parte, como quedó señalado en capítulos precedentes, aun cuando la consumación sea de imposible realización, resulta claro que la tentativa sí se configura, puesto que concurren los elementos de la tentativa en general, a saber:

- I. La voluntad o intención de efectuar una conducta determinada.
- II. El principio de ejecución.
- III. La univocidad.
- IV. Un elemento finalista.
- V. La no consumación del delito.

Por otra parte cabe señalar que la tentativa es sinónimo de “ensayo, prueba, intento, conato, empeño, esfuerzo, afán.”⁽²³⁷⁾

Asimismo este vocablo proviene del latín “temptatus, que significa tentado -y gramaticalmente significa- acción con que se intenta, prueba, experimenta o tantea una cosa”.⁽²³⁸⁾

Aun cuando en la doctrina existen criterios variados para conceptuar la tentativa, se ha considerado como una conducta intencionalmente dirigida al lesionar un bien jurídicamente tutelado, por ejemplo el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, considera que “el delito será tentativo cuando el autor dolosamente haya dado comienzo a la ejecución, pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad...”⁽²³⁹⁾

En base a lo anterior, puede afirmarse que el término que me he permitido proponer -tentativa de delito imposible-, pone fin a la terminología confusa e inusual y en consecuencia a la exposición desordenada de conceptos, en torno al tema objeto del presente estudio.

⁽²³⁷⁾ Diccionario Océano de Sinónimos y Antónimos, primera edición, Barcelona, Océano Grupo Editorial, 1998, pág. 476.

⁽²³⁸⁾ PALOMAR DE MIGUEL, JUAN, Diccionario para Juristas, primera edición, México, Mayo Ediciones, S. DE R.L., 1981, pág. 1311.

⁽²³⁹⁾ Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, AA.VV., Diccionario Jurídico Mexicano, primera edición México, Editorial Porrúa, S.A. 1992, volumen III, pág. 3059.

57. LA DIVERSIDAD DE PARADIGMAS

Durante largo tiempo el tema de la tentativa de delito imposible ha sido objeto de paradigmas equívocos, en ocasiones incoherentes, que han despertado desacuerdo entre los penalistas, de ahí que en la actualidad este tema haya quedado casi en el olvido.

Al respecto explica THOMAS S. KUHN, que los paradigmas "... carecen suficientemente de precedentes como para... atraer a un grupo duradero de partidarios... Simultáneamente... incompletos para dejar muchos problemas para ser resueltos..."⁽²⁴⁰⁾

Por ello en la presente investigación pretendo establecer un "paradigma", es decir, un conjunto de conocimientos que sirvan como modelo de análisis reconocido por los estudiosos del Derecho Penal y que implique a su vez la transformación de todos los anteriores paradigmas, en un paradigma universalmente reconocido, es decir, en conocimiento científico.

⁽²⁴⁰⁾ KUHN, THOMAS S., "La Estructura de las Revoluciones Científicas," traducción de AGUSTÍN CONTÍN, primera edición, México, editado por Fondo de Cultura Económica, 1975, pág. 32.

Al respecto THOMAS S. KUHN señala que “las transformaciones de los paradigmas... son revoluciones científicas y la transición sucesiva de un paradigma a otro por medio de una revolución, es el patrón usual de desarrollo de una ciencia madura...”⁽²⁴¹⁾

A lo anterior, KUHN enfatiza la importancia de que los paradigmas sean compartidos por los investigadores; al efecto expresa lo siguiente:

“...Los hombres cuya investigación se basa en paradigmas compartidos, están sujetos a las mismas reglas y normas para la práctica científica. Este compromiso y el consentimiento aparente que provoca, son requisitos previos para la ciencia normal, es decir, para la génesis y la continuación de una tradición particular de la investigación científica”.⁽²⁴²⁾

Los principales paradigmas existentes en torno al tema en estudio, son los siguientes:

1. Ante la imposibilidad de consumación del delito, no se configura la tentativa.

⁽²⁴¹⁾ Obra citada, pág. 36.

⁽²⁴²⁾ Obra citada, pág. 34.

2. Se presenta la figura denominada delito imposible.
3. Otro paradigma prefiere diferenciar entre delito imposible por inexistencia del objeto y por inidoneidad de los medios o de la acción.
4. Si de antemano la consumación es imposible, se presenta la falta de tipo.
5. Asimismo existen subclasificaciones del delito imposible.
6. Por último tenemos también el paradigma según el cual el delito imposible es una forma de tentativa.

A continuación refiero las principales ideas de los citados paradigmas:

58. I.- NO SE CONFIGURA LA TENTATIVA

Uno de los paradigmas relacionados con la tentativa de delito imposible, niega posibilidad de configuración de tentativa, en tales casos.

“OBARRIO deduce del que denomina segundo elemento de la tentativa, esto es, el elemento físico o material el siguiente corolario: cuando hay imposibilidad de consumar el delito proyectado por el agente, no hay propiamente tentativa aun cuando haya tenido lugar un principio de ejecución aparente...”

(²⁴³)

En los mismos términos se pronuncia PIÑERO, quien empleando algunos ejemplos, reconoce como válido el citado paradigma, cuyos conceptos menciona CAVALLERO, mismos que transcribo a continuación.

“... no basta que haya principio de ejecución para que haya tentativa de delito, es necesario también que el delito sea posible, por razón de la situación especial de las cosas o de los instrumentos empleados, así por ejemplo no puede decirse que hay tentativa de asesinato cuando un individuo dispara sobre otro con un arma que no funciona o que está descargada o cuando un individuo mezcla en los alimentos destinados a ser ingeridos por otros individuos, sustancias inocuas con el propósito envenenar. No puede decirse que en estos casos

(²⁴³) Citado por CAVALLERO, obra citada, pág. 109.

haya tentativa de asesinato ni de envenenamiento, porque ni uno ni otro son posibles”(244)

En mi opinión es equivocado el planteamiento de este paradigma, ya que quienes lo sostienen, prefieren negar cualquier figura, llámese delito imposible, tentativa inidónea, etc.; no obstante sí refieren el principio de ejecución, empero, se olvidan de que éste es el elemento fundamental de la tentativa.

59. II.- SE PRESENTA EL DELITO IMPOSIBLE

Otro paradigma afirma que en todos aquellos casos de inidoneidad se presenta el delito imposible, sin que se llegue a configurar la tentativa.

RICARDO JUAN CAVALLERO, citando a MORENO manifiesta que este autor “...formula la tesis diferenciadora (que hasta nuestros días es dominante en nuestra doctrina) cuando, refiriéndose a un caso, en su concepto un supuesto de inidoneidad, dice que el caso no sería en realidad, de tentativa, sino de delito imposible...”(245)

(244) Citado por CAVALLERO, pág. 110.

(245) Citado por CAVALLERO, pág. 112.

Por mi parte considero que para que se concrete un delito imposible, se requiere de la realización por parte del agente de actos ejecutivos, en cuyo caso la no consumación del delito se debe a una causa de imposibilidad, por tanto no es acertado hablar de delito imposible, con el propósito de excluir a figura de la tentativa.

60. III.- SE DISTINGUE ENTRE DELITO IMPOSIBLE Y CASOS DE INIDONEIDAD

Asimismo existe el criterio según el cual la figura denominada delito imposible se presenta sólo cuando hay inexistencia del objeto, distinguiéndose de aquellos casos de inidoneidad de los medios o inidoneidad de la acción.

Este criterio lo confirma ALBERTO APARICIO señalando lo siguiente:

"Se trata de un delito imposible a priori, destinado de antemano al fracaso, a su atipicidad pues aun suponiendo el dolo de consumir de la parte subjetiva y la idoneidad de la acción que lo concreta, no basta todo ello para los efectos de la

represión penal cuando no exista el objeto material que el tipo reclama.”⁽²⁴⁶⁾

En cuanto a este paradigma debo señalar que carece de utilidad la subclasificación para distinguir entre unos y otros casos donde la no consumación del delito se debe a imposibilidad, lo que solamente ha contribuido para hacer confuso el tema.

61. IV.- EXISTE FALTA DE TIPO

En Alemania fue desarrollada la teoría de la falta de tipo, según la cual, se presenta esta figura cuando la consumación del delito es imposible, por alguna circunstancia y por tanto no se realiza la tentativa.

MEZGER critica esta teoría y al mismo tiempo explica su desarrollo, por lo que en seguida transcribo sus palabras:

“Ya se ha hecho notar -expresa MEZGER-, que no es sostenible la antigua teoría de FEUERBACH sobre la falta de tipo según la cual debe ser castigado con pena más leve el hecho al cual le falta, en la resolución, una característica

⁽²⁴⁶⁾ APARICIO MIER, ALBERTO, Tesis de Licenciatura, *La Tentativa*, México, 1954, pág. 51.

legal... surgió, más y más , entre los juristas alemanes, en lugar de esa concepción la teoría más reciente de la falta de tipo que ha sido desarrollada muy especialmente por FRANK Y GRAF ZU DOHNA. El concepto es el siguiente: existe una "falta de tipo" en este sentido especial si el autor actúa en circunstancias que tornan imposible, de antemano, la consumación del delito. Algunos casos de falta de tipo: el autor quiere hurtar una cosa ajena, pero comete el hecho, como consecuencia de un error, en cosa propia; quiere, simulando hechos falsos, cobrar la prima del seguro, en tanto que ese derecho le corresponde; una mujer que no está embarazada toma un medio para abortar. Estos casos de falta de tipo no deberían realizar, de conformidad con la teoría más reciente, el concepto de la tentativa, lo que, sin embargo, no se puede sostener; pero hay que considerar, en el sentido de la limitación objetiva, si en estos casos no desaparece, por lo menos, la punibilidad de la tentativa"⁽²⁴⁷⁾

El paradigma mencionado es inexacto desde su denominación, ya que si en un hecho existe falta de tipo, no debe considerarse como tentativa, sino como delito putativo; más adelante veremos sus diferencias.

⁽²⁴⁷⁾ Obra citada, pág. 287.

62. V.- EXISTEN SUBCLASIFICACIONES DEL DELITO IMPOSIBLE

A los anteriores paradigmas, hay que agregar el que propone una subclasificación del delito que JIMÉNEZ DE ASÚA denomina irrealizable, según el cual hay tres clases de delito imposible.

El citado tratadista admite este criterio, quien manifiesta en primer término que "... La imposibilidad puede estar en los medios: se pretende disparar un arma descargada o se dispara a una distancia a la cual no puede alcanzar el proyectil; se da una substancia inofensiva creyéndola veneno o un veneno en dosis insuficiente..."⁽²⁴⁸⁾

En segundo lugar el mismo JIMÉNEZ DE ASÚA, considera la imposibilidad que radica en "... el sujeto pasivo, que no es idóneo: se quiere hacer abortar a una mujer que no está embarazada, se apuñala a un cadáver, se yace con la legítima esposa pensando tener acceso carnal con la del amigo, se hurtan los bienes propios..."⁽²⁴⁹⁾

⁽²⁴⁸⁾ Obra citada, *La Ley y el Delito*, pág. 523.

⁽²⁴⁹⁾ Idem.

Como tercera hipótesis del delito imposible el mismo autor considera aquellos casos en "... que no exista el sujeto pasivo, como si se disparara contra un maniquí tomándolo por un hombre, o no existen valores en la caja registradora."⁽²⁵⁰⁾

Por su parte MANUEL OSSORIO admite también una subclasificación del delito imposible, quien contempla los siguientes casos:

El delito imposible " el que, pese a la intención delictiva del autor, no se puede producir; porque los medios empleados no sean idóneos, por falta de idoneidad del objeto material o del sujeto pasivo, o por la inadecuación de la acción a una figura legal..."⁽²⁵¹⁾

A continuación OSSORIO menciona algunos ejemplos de delito imposible:

"...El propósito de envenenar a una persona suministrándole azúcar, la tentativa de aborto en una mujer no embarazada, el apuñalamiento de un cadáver. Sin embargo la

⁽²⁵⁰⁾ Idem, pág. 523.

⁽²⁵¹⁾ Obra citada, pág. 216.

imposibilidad del delito no implica que no pueda ser castigado, aun cuando lo sea con una penalidad disminuida".⁽²⁵²⁾

Al igual que los casos anteriores, en este paradigma se observa que en lugar de partir del estudio de la naturaleza jurídica de la tentativa, así como de los elementos que la configuran, pretende poner fin a las discusiones suscitadas en torno al tema, proponiendo subclasificaciones, atendiendo a la causa que da origen a la imposibilidad que impide la consumación del delito.

63. VI.- EL DELITO IMPOSIBLE ES UNA FORMA DE TENTATIVA

Se ha difundido en Argentina el término tentativa de delito imposible, donde se emplean además indistintamente las voces delito imposible, y tentativa inidónea.

En este paradigma se advierte que la terminología es lo menos importante, puesto que tiene como propósito justificar el criterio de la punibilidad de la tentativa de delito imposible, tal como lo prevé el artículo 44 del Código Penal argentino.

⁽²⁵²⁾ Idem.

Sobre este particular, CAVALLERO expresa las siguientes consideraciones:

“No obstante -dice este autor-, que tanto el punto de vista técnico como lingüístico parecemos más ajustada la denominación tentativa inidónea, debe tenerse en cuenta que nuestro Código Penal emplea la denominación (delito imposible). Ello, unido a la circunstancia de que esta última expresión tiene una antigua tradición y ha adquirido, al difundirse en obras teóricas y legislativas, carta de naturaleza en la terminología jurídico-penal, determina que no experimentemos mayores escrúpulos al opinar que, como otras tantas locuciones consagradas por costumbres y no siempre tan afortunadas, puede seguir manejándose en los estudios penalísticos de delito imposible, como sinónimo de la tentativa inidónea. También puede usarse como equivalente, pese a los reparos terminológicos que puede suscitar, la locución tentativa de delito imposible, sobre todo porque el Código Penal Argentino el delito imposible forma parte de la tentativa”.⁽²⁵³⁾

Más adelante explica CAVALLERO que “la norma reguladora del delito imposible no se encontraba en el proyecto... apareciendo en el proceso de sanción del Código

⁽²⁵³⁾ Obra citada, pág. 82.

Penal a propuesta de la Segunda Comisión de Senadores. Pero no se dio la más mínima explicación de tal inclusión... ni tampoco pueden hallarse los fundamentos en la actividad de la Comisión Especial de la Cámara de Diputados, que aconsejó se aceptase la modificación propuesta por los senadores.”⁽²⁵⁴⁾

Asimismo el citado penalista explica que a falta de la exposición de motivos respectiva, se ha tratado de justificar la punibilidad de la tentativa de delito imposible según diversos criterios ⁽²⁵⁵⁾ que en seguida se resumen:

“... se ha revelado la existencia de un sujeto que puede ser peligroso.

“... que el delito imposible se encuentra legislado en el título que el Código Penal ha reservado a la tentativa.

“... es una solución netamente subjetiva, que consulta ampliamente las necesidades sociales defensivas...

⁽²⁵⁴⁾ Obra citada, pág. 112.

⁽²⁵⁵⁾ Idem, pág. 112.

“... la idea diferenciadora ... según la cual la tentativa inidónea tendría diferente naturaleza y distinto fundamento (peligrosidad del autor) para su punibilidad...”⁽²⁵⁶⁾

A lo anterior, agrega CAVALLERO que “...JIMÉNEZ DE ASÚA encuentra en el desvalor de la acción el auténtico fundamento para sancionar el delito imposible en el Derecho Penal argentino”.⁽²⁵⁷⁾

Considero evidente que este paradigma, en ningún momento contempla la naturaleza jurídico-penal de la tentativa, por lo que incorrectamente comienza su planteamiento desde el aspecto de la punibilidad de la tentativa de delito imposible, que debió dejar como conclusión del análisis que omitió.

En tal virtud, las opiniones existentes carecen de congruencia, por lo que denotan inseguridad.

En virtud de lo anteriormente expuesto, queda demostrado que los paradigmas existentes en torno a la tentativa de delito imposible no han alcanzado plenamente su desarrollo, sus

⁽²⁵⁶⁾ Obra citada, pág. 112 y 113.

⁽²⁵⁷⁾ Obra citada, pág. 116.

conceptos son equivocados y algunos de ellos no guardan relación entre sí.

Por otra parte es evidente que los citados paradigmas no han logrado incrementar de modo importante el número de sus partidarios, lo cual se refleja en la diversidad de criterios con que se ha legislado la tentativa en los códigos de distintos países, como más adelante veremos.

64. DERECHO COMPARADO

La diversidad de paradigmas existentes en torno a la tentativa de delito imposible, así como las contradicciones que pueden apreciarse entre unos y otros, es la causa de las diferencias existentes en las distintas legislaciones.

Es por ello que estimo conveniente mencionar algunos aspectos del derecho comparado, en relación a la tentativa de delito imposible.

65. I.- LEGISLACIÓN ALEMANA

El Código Penal alemán establece en el párrafo 23, que "habiendo desconocido el autor, por incomprensión grosera,

que conforme a la clase de objeto o de medios con que el hecho hubiese debido cometerse, la tentativa no podía haber conducido en general a la consumación, podrá el tribunal prescindir de pena o disminuirla conforme a criterio”.

66. II.- LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

CAVALLERO explica que el Código Penal español de 1944 se refiere en el artículo 52, parágrafo 2, genéricamente, sancionando “... los casos de imposibilidad de ejecución o de producción de delitos”.⁽²⁵⁸⁾

67. III.- EGISLACION SUIZA

El penalista argentino CAVALLERO señala que “el Código suizo confiere al juez en su artículo 23 la posibilidad de atenuar la pena a su arbitrio en el supuesto de tentativa inidónea cuando el medio empleado por el agente, el objeto contra el cual se dirige la acción, fuera de tal naturaleza que excluyeran en absoluto la posibilidad de consumación del delito...”⁽²⁵⁹⁾

⁽²⁵⁸⁾ Obra citada, pág. 101.

⁽²⁵⁹⁾ Idem.

68. IV.- LEGISLACION PERUANA

En el artículo 99 del Código Penal peruano establece que “el juez podrá atenuar la pena hasta límites inferiores a su mínimum legal, respecto de aquel que hubiera intentado cometer un delito por medio o contra un objeto de naturaleza a tal grado que la realización de este delito fuese absolutamente imposible”.

69. V.- LEGISLACIÓN AUSTRIACA

En cuanto al Código Penal austriaco, establece en su parágrafo 15, inciso 3): “La tentativa y participación en ella no son punibles si la consumación del hecho no era posible en ningún caso por falta de las cualidades o relaciones personales que la ley presupone en el sujeto, por la índole de la acción o del sujeto”.

70. VI.- LEGISLACIÓN ITALIANA

En cambio el Código Penal italiano exige en el artículo 56, fracción I, que la tentativa se encuentre integrada por “acciones que de manera inequívoca, se dirijan a la realización del hecho punible”.

71. VII.- LEGISLACIÓN COLOMBIANA

Asimismo el Código Penal colombiano de 1980 dispone en el artículo 22 lo siguiente:

“El que iniciare la ejecución del hecho punible mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación y éste no se produjere por circunstancias ajenas a su voluntad, incurrirá en pena menor de la mitad del mínimo, ni mayor de las tres cuartas partes del máximo de la señalada para el delito consumado”.

72. VIII.- LEGISLACIÓN SALVADOREÑA

El Código Penal de El Salvador, establece en su artículo 29, “no es punible el delito imperfecto o tentado cuando fuere absolutamente imposible la consumación del mismo por falta de idoneidad total del medio empleado o por inexistencia del objeto.”

73. IX.- LEGISLACIÓN PARAGUAYA

Haciendo alusión al principio de ejecución, el artículo 3° del Código Penal paraguayo, determina que “hay tentativa, cuando el agente, por medios idóneos, ha dado principio a la ejecución de un delito posible...”

74. X.- LEGISLACIÓN VENEZOLANA

Por otra parte, el artículo 80 del Código Penal venezolano, establece que para que haya tentativa, debe realizarse “...con medios apropiados”.

75. XI.- LEGISLACIÓN ECUATORIANA

El Código Penal de Ecuador, exige en el artículo 46, que para la aplicación de la pena en caso de tentativa, debe considerarse “... el peligro corrido por el sujeto pasivo de la infracción”.

76. XII.- LEGISLACIÓN BOLIVIANA

El artículo 8° del Código Penal boliviano, exige para la integración de la tentativa, "...que se realice por actos idóneos e inequívocos..."

Por otro lado, el artículo 9° del mismo código establece que: "si el resultado no se produjere por no ser idóneos los medios empleados o por impropiedad del objeto, el juez sólo podrá imponer medidas de seguridad".

77. XIII.- LEGISLACIÓN URUGUAYA

El Código Penal uruguayo establece en su artículo 5° lo siguiente:

"Es punible el que empieza la ejecución de un delito por actos externos y no realiza todos los que exige su voluntad... Se hallan exentos de pena los actos inadecuados para cometer el delito o porque el fin que se propone el agente es absolutamente imposible, o porque resultan absolutamente inidóneos los medios puestos en práctica por él. En tales casos el juez queda facultado para adoptar medidas de seguridad respecto del agente, si lo considera peligroso".

78. XIV.- LEGISLACIÓN DE COSTA RICA

Por su parte el Código de Costa Rica, establece en el artículo 24 lo siguiente:

“... no se aplicará la pena correspondiente a la tentativa cuando fuere absolutamente imposible la consumación del delito; en tal caso se impondrá una medida de seguridad”.

79. XV.- LEGISLACIONES QUE NO CONTEMPLAN LA TENTATIVA DE DELITO IMPOSIBLE

Cabe hacer mención de que un gran número de legislaciones no hacen mención de la tentativa de delito imposible, entre las cuales se encuentran las siguientes, incluyendo la legislación penal mexicana.

Los Código Penales del Chile (artículo 7°), de la República Dominicana (artículo 2°), de Haití (artículo 2°), de Honduras (artículo 4°), de Nicaragua (artículo 6°), de Panamá (artículos 61 y 62), el Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para Toda la República en Materia del Fuero Federal (artículo 12).

Mediante las disposiciones legales citadas se advierte que en ellas se encuentran reflejados los distintos paradigmas que dejé expuestos con anterioridad, sin que alguno de ellos haya prevalecido, con lo cual se demuestra que no tienen sustento.

80. TEORIA DE LOS PRESUPUESTOS DEL DELITO

La teoría de los presupuestos del delito comprende el estudio de aquellos aspectos existentes con anterioridad al hecho, tales como los medios o instrumentos del delito, así como los sujetos pasivo y activo, de ahí que resulta interesante su estudio en relación con la tentativa de delito imposible.

Señala PORTE PETIT que la teoría de los presupuestos fue creada por el tratadista italiano VINCENZO MANZINI⁽²⁶⁰⁾.

El mismo MANZINI confirma la aseveración de PORTE PETIT, manifestando que "... la investigación acerca de los presupuestos del delito y del hecho... fue, por primera vez en nuestra literatura penal realizada en las anteriores ediciones de este tratado".⁽²⁶¹⁾

⁽²⁶⁰⁾ PORTE PETIT, CANDAUDAP, CELESTINO, *Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal*, sexta edición, México, Editorial Porrúa, S.A.1982, pág. 256.

⁽²⁶¹⁾ MANZINI, VINCENZO, *Tratado de Derecho Penal*, primera parte, Teorías Generales, traducción de SANTIAGO SENTÍS MELENDO, primera edición, Buenos Aires, editado por EDIAR, Soc. Anón. Editores, 1984, tomo II pág. 36.

El mismo MANZINI afirma que “tanto el delito como el hecho que lo constituye, puede presuponer algunos elementos positivos o negativos, o algunas circunstancias, que constituyen el antecedente necesario de su noción.”⁽²⁶²⁾

MANZINI dividió los presupuestos en presupuestos del hecho y presupuestos del delito.

81. I.- PRESUPUESTOS DEL HECHO

En cuanto a los presupuestos del hecho, MANZINI distinguió entre presupuestos jurídicos y presupuestos materiales.

Cabe señalar que según el criterio de ANTOLISEI, esta denominación “... debería designarse con una expresión más exacta, y precisamente con la locución presupuestos de la conducta, porque aquellos elementos sí son independientes del comportamiento del sujeto activo, no son extraños al hecho previsto por la ley como delito”⁽²⁶³⁾

⁽²⁶²⁾ Obra citada, pág. 37.

⁽²⁶³⁾ Citado por PORTE PETIT, obra citada, pág. 260.

Por su parte PORTE PETIT considera más apropiada la expresión "... presupuestos de la conducta o del hecho, en razón de que el tipo puede describir una u otra, en sus respectivos casos".⁽²⁶⁴⁾

82. A) PRESUPUESTOS JURIDICOS DEL HECHO

"Presupuestos jurídicos del hecho -explica PORTE PETIT-, son las normas de derecho y otros actos jurídicos, de los que la norma incriminadora presupone la preexistencia para que el delito exista..."⁽²⁶⁵⁾

Pueden citarse como ejemplos las normas del Código Civil que regulan el matrimonio, de modo que no podría considerarse el delito de bigamia si no se hubieran llevado a cabo dos matrimonios por la misma persona; del mismo modo, si no se hubiera constituido un comercio, tampoco podría darse la quiebra.

⁽²⁶⁴⁾ Obra citada, pág. 260.

⁽²⁶⁵⁾ Obra citada, pág. 39.

83. B) PRESUPUESTOS MATERIALES DEL HECHO

“Presupuestos materiales del hecho -señala MANZINI-, son las condiciones reales preexistentes en las cuales debe iniciarse y cumplirse la ejecución del hecho. Estos presupuestos materiales pueden derivar de actos jurídicos, o bien ser concretados por meras situaciones de hecho, subjetivas u objetivas.”⁽²⁶⁶⁾

El aborto provocado, por ejemplo, tendrá como presupuesto la gestación en curso. Asimismo la falsificación de documentos mediante la alteración de su contenido, presupone la existencia de tal documento.

84. II.- PRESUPUESTOS DEL DELITO

Los presupuestos del delito según MANZINI son: “... aquellos elementos jurídicos anteriores a la ejecución del hecho... los antecedentes lógico-jurídicos exigidos para que el hecho sea imputable por el título delictivo que se considera”.⁽²⁶⁷⁾

⁽²⁶⁶⁾ Idem.

⁽²⁶⁷⁾ Obra citada, pág. 37.

Mediante lo expuesto puede advertirse que el citado tratadista no formuló subdivisión alguna con respecto a los presupuestos del delito, a los que se refiere PORTE PETIT, puntualizando que mediante estudios subsecuentes, la doctrina los ha dividido en presupuestos generales del delito y presupuestos especiales del delito.⁽²⁶⁸⁾

85. A) PRESUPUESTOS GENERALES DEL DELITO

En cuanto se refiere a los presupuestos generales del delito, PORTE PETIT puntualiza que son aquellos presupuestos comunes a los delitos en general.⁽²⁶⁹⁾

El mismo penalista formula una síntesis de los presupuestos de referencia, en la que quedan comprendidos los siguientes:

a) El precepto que describe la hipótesis delictiva, también denominado tipo.

b) El precepto que determina la sanción.

⁽²⁶⁸⁾ Obra citada, pág. 250.

⁽²⁶⁹⁾ Obra citada, pág. 258.

c) El sujeto activo.

Lógicamente que sólo las personas podemos cometer delitos.

d) El sujeto pasivo.

El sujeto pasivo es el titular del bien jurídico tutelado por las normas penales.

e) La imputabilidad.

Consiste en la capacidad de querer y entender, del sujeto activo.

f) El bien jurídico tutelado.

La conducta del sujeto activo, debe estar encaminada a dañar un bien jurídicamente tutelado por la norma penal, por ejemplo la vida, el patrimonio, la integridad física, la seguridad pública, etc.

g) El instrumento del delito.

En muchos casos, el sujeto activo se vale de distintos medios o instrumentos para lograr la consumación del delito, por ejemplo una pistola, unas ganzúas, una escalera, etc.⁽²⁷⁰⁾

Puede advertirse que cada presupuesto general del delito, corresponde a alguno de los elementos del delito.

Así tenemos que:

Sujeto activo es presupuesto de la conducta o hecho.

El tipo es presupuesto de la tipicidad y de la antijuridicidad.

La norma que establece la sanción, es presupuesto de la punibilidad.

La imputabilidad es presupuesto de la culpabilidad.

⁽²⁷⁰⁾ Obra citada, págs. 258 y 259.

86. B) PRESUPUESTOS ESPECIALES DEL DELITO.

Los presupuestos especiales del delito, son los que corresponden a los delitos en particular. Al respecto, PORTE PETIT, cita los siguientes ejemplos:

- a) En el parricidio e infanticidio la relación de parentesco exigida en los artículo 323 y 325 del Código Penal Federal.

- b) En el peculado, la calidad de servidor público que exige el artículo 320 del mismo Código Penal.

- c) En el estupro, la condición de que la mujer sea menor de 18 años casta y honesta, como lo determina el artículo 262 del Código Penal de referencia.⁽²⁷¹⁾

⁽²⁷¹⁾ Obra citada, pág. 259

87. LA FALTA DE PRESUPUESTOS

Pudiera pensarse que la falta de alguno de los presupuestos daría como resultado la inexistencia del delito, sin embargo MANZINI hace notar que no es así.

Al respecto PORTE PETIT puntualiza que "la falta de tales presupuestos no quita para la existencia del hecho como previsto en la norma incriminadora y tampoco la existencia del delito, sino que determina solamente la traslación del hecho bajo un diverso título delictivo".⁽²⁷²⁾

En cuanto a los presupuestos del hecho el citado tratadista puntualiza que "... si faltan, el hecho, como tal, no es punible por ningún título de delito".⁽²⁷³⁾

De manera separada, PORTE PETIT explica la falta de los presupuestos del delito generales y especiales.

⁽²⁷²⁾ Obra citada, pág. 37

⁽²⁷³⁾ Obra citada, pág. 38

“... la falta, la ausencia de un presupuesto del delito general, ¿qué consecuencias acarrea? Es indudable -dice este penalista-, que la ausencia de la norma penal, de la imputabilidad o de cualquier otro presupuesto general, originan según el caso, la ausencia de tipo o la inexistencia del delito, dándose como es lógico según los casos, diverso aspecto negativo del mismo. Así, cuando falte la norma penal, se dará una ausencia de tipo, cuando falte el sujeto activo o pasivo exigidos por el tipo o el bien tutelado [sic], habrá una atipicidad y cuando falte la imputabilidad, se originará una inimputabilidad.

“Generalmente -prosigue PORTE PETIT-, los autores hacen alusión a la falta de los presupuestos del delito especiales, observándose que la relevancia de la ausencia de un presupuesto del delito especial no es la inexistencia de éste sino la traslación del tipo delictivo. Por ejemplo, la calidad de funcionario público es un presupuesto del delito de peculado, y de faltar, el hecho realizado encuadrará en el abuso de confianza” (274)

Más adelante PORTE PETIT manifiesta que “la falta de un presupuesto de la conducta o del hecho, implica inevitablemente la imposibilidad de la realización de la conducta

(274) Obra citada, pág. 260.

o del hecho, descrito por el tipo, se origina una tentativa imposible.

“Como ejemplo de presupuesto jurídico, podemos señalar el artículo 279, que preceptúa que se impondrán hasta cinco años de prisión y multa hasta de \$ 500.00 al que, estando unido con una persona en matrimonio no disuelto ni declarado nulo, contraiga otro matrimonio con las formalidades legales. En consecuencia, si no existe el antecedente jurídico: un matrimonio precedente, no podrá realizarse el delito de bigamia, o sea, la conducta típica descrita en el artículo 279. Como caso de presupuesto material, el previsto en el artículo 329 del Código Penal, que establece que aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez. Si no hay embarazo, no hay posibilidad de la realización del hecho configurado como aborto”.⁽²⁷⁵⁾

De lo expuesto se advierte que en la teoría de los presupuestos, MANZINI contempla todos aquellos aspectos jurídicos o materiales que anteceden a la realización del delito.

Resulta interesante la consideración de que la falta de alguno de los presupuestos del delito, no siempre determina la

⁽²⁷⁵⁾ Obra citada, pág. 261 y 262.

inexistencia del mismo, sino que en algunos casos sí se configura un delito, como en los casos de traslación del hecho a un delito diverso.

Por tanto es importante considerar que la ausencia de algún presupuesto general del delito puede dar origen a la tentativa de delito imposible y por tanto el hecho no es punible.

Concretamente según la teoría de referencia, se configura esta clase de tentativa si faltan el sujeto pasivo, así como los instrumentos del delito.

En el estudio de la tentativa de delito imposible, tiene particular importancia el concepto de la inidoneidad el cual se ha asociado con la falta de medios e inclusive con la falta del objeto, por lo que resulta interesante estudiar sus distintas concepciones:

88. CRITERIOS ACERCA DE LA INIDONEIDAD

También en relación con el concepto de la inidoneidad se aprecia falta de aplicación de la hermenéutica, por lo que en seguida paso al estudio de los criterios existentes, considerando que dicho concepto se encuentra vinculado

estrechamente tanto con el concepto de peligro, como también con las causas de imposibilidad que con posterioridad analizaré:

La no consumación del delito es el elemento que hace que la tentativa sea un delito imperfecto y por lo que se refiere concretamente a las acciones o a los medios empleados en la tentativa de delito imposible, la no consumación tiene su origen en causas, que en la doctrina se caracterizan por su inidoneidad, mismas que siempre son casuales, de carácter físico, es decir, están fuera de la voluntad del agente y actúan materialmente imposibilitando el resultado.

CARRARA en su obra denominada Teoría de la Tentativa y de la Complicidad o del Grado en la Fuerza Física del Delito, expone su teoría de la inidoneidad, donde distingue las causas voluntarias de la casuales. En seguida me permito transcribir sus principales ideas:

"Estas causas, -sostiene el citado autor-, para las necesidades del fin presente, pueden referirse a dos clases: voluntarias y casuales...

"Voluntaria se dice, por antonomasia, la causa independiente de la ejecución, que tiene su razón en un

cambio enteramente espontáneo de la voluntad del agente. Para que la causa que obsta al delito pueda llamarse voluntaria, ha de proceder de un arrepentimiento del agente, cuyo arrepentimiento requiere la condición de recaer sobre el fin, no sobre los medios..."⁽²⁷⁶⁾

Las causas voluntarias, como lo dejé estudiado en capítulos anteriores, son las que dan origen a las figuras denominadas desistimiento de la tentativa y arrepentimiento activo.

"Casual -prosigue CARRARA-, será siempre la causa derivada de un accidente extraño al agente, no sólo cuando esa causa ejerció físicamente su influencia sobre el brazo de aquél, sino cuando obra moralmente en su ánimo, determinándole en aquel momento a desistir del delito. Si el ladrón, después de haber penetrado en el domicilio ajeno, donde podía robar con seguridad, modifica saludablemente su juicio y se retira porque la voluntad se niega a cometer el robo, puede decirse verdaderamente arrepentido, y la causa de la imperfección del delito resulta voluntaria. Pero si aquel ladrón

⁽²⁷⁶⁾ Obra citada, *Teoría de la Tentativa y de la Complicidad o del Grado en la Fuerza Física del Delito*, págs. 135 y 136.

se retiró porque el ladrido de un perro le hizo sospechar, no puede llamarse arrepentido: la causa es casual".⁽²⁷⁷⁾

Más adelante CARRARA puntualiza que las causas casuales se subdividen en morales y físicas y las explica en los siguientes términos.

"Son causas físicas, las que materialmente detienen el brazo del malhechor o inutilizan el instrumento empleado, o interpuestas entre el sujeto activo y el pasivo impiden el hecho criminoso.

"Son causas morales las que obran sobre la voluntad del agente y lo fuerzan contra su deseo a interrumpir el curso de sus operaciones..."⁽²⁷⁸⁾.

En la tentativa de delito imposible las acciones pueden ser completas subjetivamente pero incompletas objetivamente, puesto que el agente ha agotado todos los momentos físicos de la acción según su propósito, no obstante el derecho que se pretendía lesionar no ha sido violado por alguna imposibilidad.

⁽²⁷⁷⁾ Obra citada, págs. 136 y 137.

⁽²⁷⁸⁾ Obra citada, pág. 137.

Del mismo modo la acción o los medios pueden ser idóneos o inidóneos objetiva y subjetivamente.

Es frecuente que en la tentativa de delito imposible, las acciones, los medios a ambos, sean idóneos subjetivamente pero inidóneos objetivamente, de donde resulta la imposibilidad, que da lugar a la no consumación del delito por causas ajenas a la voluntad del agente.

En la teoría de la inidoneidad de CARRARA puede advertirse que este tratadista distingue entre la inidoneidad objetiva e inidoneidad subjetiva no obstante en la doctrina existe infinidad de propuestas de distinción, mismas que en seguida menciono:

- I. Inidoneidad objetiva y subjetiva.
- II. Inidoneidad absoluta y relativa.
- III. Inidoneidad e insuficiencia.
- IV. Inidoneidad abstracta y concreta.
- V. Inidoneidad intrínseca y extrínseca.
- VI. Inidoneidad ex post y ex ante.
- VII. Inidoneidad inicial y sucesiva.
- VIII. Inidoneidad conocida e ignorada por el agente.

A continuación paso a la explicación de cada una de estas distinciones:

89. I.- INIDONEIDAD OBJETIVA E INIDONEIDAD SUBJETIVA

En mi opinión, la inidoneidad de las acciones de tentativa o de los medios empleados por el agente debe ser apreciada objetivamente en el hecho concreto, puesto que según la doctrina, la inidoneidad puede ser subjetiva, también denominada absoluta o abstracta o bien, puede ser objetiva, llamada también relativa o concreta.

CARRARA parte del criterio según el cual no tienen el carácter de tentativa, los actos inidóneos subjetiva y objetivamente.

"No son conatos -afirma-, los actos que carecen de idoneidad, tanto subjetiva como objetiva. La falta de idoneidad, llamada por CARMIGNANI subjetiva, (unos le dicen absoluta, y otros abstracta) es la que acompaña al sujeto activo de la ejecución siquiera sea para constituir al sujeto pasivo [sic]. La falta de idoneidad designada por CARMIGNANI como objetiva, la nombran unos relativa, otros concreta. Esta no acompaña constantemente ciertos actos, sino que se verifica en la relación

de un fin especial y de otro no. Así por ejemplo, pueden los peritos decir, que la cantidad de veneno suministrada no era suficiente para matar a aquel a quien se dio, por considerarlo de constitución especialmente robusta pero que habría podido dar muerte a otro hombre de constitución ordinaria; esta es falta de idoneidad relativa, concreta, objetiva, derivada del fin especial a que tendía el agente, que era el de dar muerte a aquel atleta. Esta falta de idoneidad no basta para excluir la idea de la tentativa, porque apreciado en abstracto, en absoluto o subjetivamente el medio puesto en acción, era idóneo. Por el contrario, pueden declarar los peritos, que el veneno no podía matar a un hombre fuerte de constitución, pero bien podía matar al hombre a quien se quiso suministrar, porque era de tierna edad o de complexión débil. Véase cómo el medio ha perdido el carácter de falta de idoneidad, que, considerado abstractamente, podía presentar y se ha convertido en idónea por relación al fin a que en concreto se dirigía. En el primer caso el peligro existía en abstracto y faltó por el caso imprevisto de la constitución excepcional de la víctima. En el segundo, el peligro existe realmente.

"En ambos casos -según CARRARA-, hay tentativa, porque el acto externo presenta un grado de peligro suficiente a constituir la fuerza física. Cae en error gravísimo una moderna

Escuela alemana al pretender que aún no siendo medio idóneo, así en abstracto como en concreto, hay siempre tentativa punible políticamente hablando. Este sistema va directamente a castigar la mera intención y contradice el principio político del Derecho Penal...⁽²⁷⁹⁾

90. II.- INIDONEIDAD ABSOLUTA E INIDONEIDAD RELATIVA

Fundamentalmente para determinar si una tentativa es punible o no punible, tanto en la doctrina como en la aplicación de la ley penal, se ha establecido la diferencia entre inidoneidad absoluta e inidoneidad relativa.

“La inidoneidad es absoluta -escribe JIMÉNEZ DE ASÚA-, cuando los medios adoptados o el objeto sobre el cual aquellos medios actuaban, hacían imposible, por la ley natural, la realización del resultado propuesto; es decir, cuando resultan ineptos en general para consumir el delito a que tienden... Como ejemplos recordemos los tantas veces citados del envenenamiento con sustancias inofensivas (un terrón de azúcar, en un vaso de agua)...”⁽²⁸⁰⁾

⁽²⁷⁹⁾ Obra citada, págs. 105 y 106.

⁽²⁸⁰⁾ Obra citada, *Tratado de Derecho Penal*, tomo VII, obra citada, pág. 691.

Puede observarse que según este criterio la inidoneidad se refiere indistintamente a los medios empleados por el agente, como al objeto sobre el cual se realiza el hecho.

En cuanto a la inidoneidad relativa, explica JIMÉNEZ DE ASÚA que "... se da cuando los medios o el objeto tenía, en sí mismos, una idoneidad general para que el resultado se hubiese producido, pero no poseían, debido a circunstancias particulares la virtud suficiente para causarlo en el caso concreto. Así, por ejemplo, se administra una sustancia efectivamente venenosa, pero en cantidad insuficiente para producir su efecto o, administrada en cantidad debida, tampoco lo realiza por ser la víctima de naturaleza inmune a la ponzoña propinada.

"Igualmente usado es el ejemplo de apuñalar con un arma efectiva a quien lleva una fuerte cota de malla.

"Los autores han solido decir -agrega JIMÉNEZ DE ASÚA-, que la imposibilidad absoluta es la única que puede alegarse para obtener la impunidad del agente". ⁽²⁸¹⁾

⁽²⁸¹⁾ Obra citada, págs. 691 y 692.

Hay quienes critican la insistencia en distinguir entre una y otra clase de inidoneidad, "lo falaz de esta distinción, reconocida por la doctrina -expresa JIMÉNEZ DE ASÚA-, se acredita sin más que pensar que lo que aparece como imposibilidad absoluta, en general, puede tener idoneidad en casos excepcionales..."⁽²⁸²⁾

"... En Brasil TOBIAS BARRETO, rectificando una opinión vertida anteriormente, dice luego estar convencido de que la diferencia de medios absolutos y relativos, no tiene ninguna importancia, puesto que unos y otros producen el mismo efecto jurídico. Recordemos a SABATINI: en los hechos humanos todo es posible y por consiguiente todo es relativo..."⁽²⁸³⁾

91. III.- INIDONEIDAD E INSUFICIENCIA

Este criterio diferenciador establecido por MANZINI, se ocupa de aquellos casos en donde la no consumación sobreviene debido a un defecto, en razón de cualidad, cantidad o modo, es decir, de su insuficiencia, que no es lo mismo que la inidoneidad.

⁽²⁸²⁾ Obra citada, pág. 692.

⁽²⁸³⁾ Citados por JIMÉNEZ DE ASÚA, obra citada, pág. 692.

“... simple insuficiencia del medio -afirma MANZINI-, respecto del fin, no es inidoneidad, porque mientras ésta significa carencia completa de potencialidad causal, la primera denota solamente defecto de fuerza para conseguir el propósito.

“De ahí que la insuficiencia del medio, que puede ser determinada por razones de cualidad, de cantidad o de modo, no excluye la punibilidad de la tentativa, porque no hace absolutamente imposible el resultado que consuma el delito, ya que lo fortuito puede suplir la insuficiencia del medio”.⁽²⁸⁴⁾

Retomando las palabras de MANUZZI, CARRARA explica lo que debe entenderse por cualidad y cantidad. A continuación las transcribo:

“Dice MANUZZI que cualidad, es lo que hace que una cosa sea tal. La cualidad es un atributo de todo ente y constituye su modo de existir... Por consiguiente la cualidad del conato varía según que varíen las causas que impidieron la consumación del delito.”⁽²⁸⁵⁾

⁽²⁸⁴⁾ Obra citada, pág. 473.

⁽²⁸⁵⁾ Citado por CARRARA, FRANCESCO, *Derecho Penal*, primera edición, traducción y compilación de ENRIQUE FIGUEROA ALFONSO, México, Editorial Harla, 1993, pág. 149.

Más adelante CARRARA anota que "se entiende como cantidad de un ente lo que constituye sus proporciones de más o de menos, en comparación con otro del mismo género. El criterio de esta relación -agrega-, varía según la diversa naturaleza de los elementos materiales que se tomen en cuenta entre las cosas en las que se hace la confrontación. A veces la norma de la cantidad se deduce del número, del volumen o del peso, pero siempre subordinados a una idea de proporción..."⁽²⁸⁶⁾

El modo se distingue de la calidad y de la cantidad, consiste en la forma en que se emplearon los medios para delinquir, de modo que si se utiliza equivocadamente, será causa de impedimento para la consumación del delito.

En mi opinión, es correcto el criterio de MANZINI, según el cual la insuficiencia de los medios no implica su inidoneidad, no obstante también considero que su insuficiencia se traduce en la inidoneidad de la acción, como más adelante explicaré.

⁽²⁸⁶⁾ Obra citada, pág. 153.

92. IV.- INIDONEIDAD ABSTRACTA E INIDONEIDAD CONCRETA

Fue MAX ERNEST MAYER quien propuso la distinción entre inidoneidad abstracta e inidoneidad concreta. ⁽²⁸⁷⁾ Este criterio establece la diferencia que existe entre juzgar el hecho en concreto, o de manera abstracta.

La idoneidad abstracta corresponde a la inidoneidad subjetiva y por otra parte la inidoneidad concreta se equipara a la inidoneidad objetiva.

Los siguientes ejemplos que expone CARRARA explican la manera como un medio puede pasar de inidóneo a idóneo según se le contemple en abstracto o en concreto:

93. V.- INIDONEIDAD INTRINSECA E INIDONEIDAD EXTRINSECA

En cuanto a la inidoneidad intrínseca, se vincula directamente con la acción; la inidoneidad extrínseca, según MANZINI es la que se relaciona con causas preexistentes y ajenas a la conducta.

⁽²⁸⁷⁾ Obra citada, *Tratado de Derecho Penal*, tomo VII, obra citada, pág. 697.

JIMÉNEZ DE ASÚA sintetiza este criterio que distingue la inidoneidad intrínseca de la extrínseca: "La primera -dice-, depende de la acción misma: la inidoneidad es inherente a ella -por ejemplo si el arma no fue empleada en la forma correcta-, mientras que la extrínseca deriva de causas preexistentes y extrañas a la conducta del agente v. gr. si un tercero detuvo al agente, antes de que atacara a su enemigo-. Sólo la primera constituye la imposibilidad que hace impune la tentativa, conforme al criterio de MANZINI..."⁽²⁸⁸⁾

94. VI.- INIDONEIDAD EX POST E INIDONEIDAD EX ANTE

Según este criterio de distinción, sólo podrá contemplarse la inidoneidad o la idoneidad, atendiendo a las circunstancias que pudo haber conocido el agente previamente al hecho.

Si el agente dispara a la víctima con una pistola a una distancia de 200 metros, considerada en concreto el medio es inidóneo y considerada en abstracto, es decir sin tener en cuenta el hecho que se juzga, es un medio idóneo.

⁽²⁸⁸⁾ Obra citada, pág. 698.

JIMÉNEZ DE ASÚA, citando a ANTOLISEI, puntualiza que según éste, "... debe juzgarse de la inidoneidad o idoneidad, en abstracto, y ex-ante pero teniendo en cuenta las circunstancias que podrían haber sido conocidas. Debe pues considerarse idóneo el hecho de suministrar veneno, normalmente no letal, si el agente sabía que la víctima no toleraba esa sustancia..."⁽²⁸⁹⁾ En el fondo -comenta JIMÉNEZ DE ASÚA-, ésta no es una teoría más de los distinguos usuales para decidir cuándo el delito imposible es punible y cuándo no, sino más bien la formulación... de la prognosis posterior y del plan del autor".⁽²⁹⁰⁾

95. VII.- INIDONEIDAD INICIAL E INIDONEIDAD SUCESIVA

Esta diferencia se refiere al momento en que aparece la inidoneidad, sea el momento en que se realizan los actos ejecutivos, sea con posterioridad a la realización de éstos.

"... se ha afirmado -dice JIMÉNEZ DE ASÚA-, que la inidoneidad inicial da lugar al delito imposible, en cambio, la sucesiva origina una tentativa punible..."

⁽²⁸⁹⁾ Citado por JIMÉNEZ DE ASÚA, obra citada, pág. 699

⁽²⁹⁰⁾ Obra citada, pág. 699.

“Como siempre -prosigue-, fue CARRARA quien mejor expuso estos puntos de vista...”⁽²⁹¹⁾

““La falta de idoneidad de un acto -escrite JIMÉNEZ DE ASÚA, citando a CARRARA-, no destuye la idoneidad de los precedentes... el último acto no idóneo no hace desaparecer la tentativa realizada... Ha de tenerse muy en cuenta esto para aplicar el principio, a juicio mío indiscutible y fecundo en varias consecuencias, que la no idoneidad antecedente, informa todos los actos sucesivos, pero la no idoneidad subsiguiente no modifica los actos anteriores””.⁽²⁹²⁾

96. VIII.- INIDONEIDAD CONOCIDA POR EL AGENTE E INIDONEIDAD IGNORADA POR EL MISMO

Cuando el agente conocía la inidoneidad del medio o de su acción, antes de realizar la conducta, evidentemente no se configura tentativa, puesto que no se integra el elemento subjetivo consistente en la intención de perpetrar un delito.

En su teoría de la inidoneidad, CARRARA explica al respecto lo siguiente:

⁽²⁹¹⁾ Idem.

⁽²⁹²⁾ Citado por JIMÉNEZ DE ASÚA, obra citada, págs. 700 y 701.

"Algunos -dice CARRARA-, entienden esta teoría de la falta de idoneidad de tal modo, que sin darse cuenta de ello la destruyen. Hay quien piensa, y me duele mucho verlo sostener en serio, que la falta de idoneidad excluye la tentativa sólo cuando era conocida por el agente. Este es un error palpable, en el cual se cae por haber leído en las instituciones de CARMIGNANI, que la falta de idoneidad debía ser objetiva, sin comprender el sentido de la frase usada por tan distinguido maestro y traduciéndola ignoro con qué criterio, por el significado de falta de idoneidad conocida por el agente. Según éstos, el que suministró azúcar con el propósito de envenenar evade la imputación de la tentativa sólo cuando conocía que los polvos por él preparados eran sustancia incapaz de causar la muerte. Si pensaba erróneamente que el azúcar bastaba para matar o que los polvos eran arsénico, es reo, al decir de ellos de tentativa de homicidio, aunque aquella ausencia constantemente y en relación a cualquier individuo no fuese idónea para ocasionar la muerte. Pero el error resulta evidente advirtiéndolo, que si se supone el conocimiento de la inocencia del medio desaparece por necesidad, la intención de alcanzar el fin. Cuando el agente emplea un medio, conocidamente incapaz de causar la muerte, o debemos suponerlo en estado de locura, o será forzoso reconocer, que

no abrigaba aquella intención. El conocimiento de la falta de idoneidad del medio, destruyendo por necesidad lógica la voluntad de alcanzar el fin, hace desaparecer tal hipótesis de la tentativa por falta de intención y no por falta de idoneidad cesa por ausencia de fuerza moral, no por defecto de fuerza física. He aquí, porqué yo digo que la regla de la falta de idoneidad se destruye enteramente al entenderla de aquel modo.

"La regla de la falta de idoneidad es subsistente de por sí. La falta de idoneidad constituye la cesación del elemento-material del conato y por tanto del conato mismo por defecto de peligro. Supone el concurso pleno del elemento moral, la intención depravada positivamente, dirigida a conseguir el fin criminal, la cual no puede existir si quien emplea el medio no lo juzga capaz de realizar el hecho que resueltamente desea. Bajo este supuesto la regla de la falta de idoneidad obra su efecto jurídico destructor de la noción de la tentativa y la destruye, no por la carencia de la voluntad, sino por causa de faltar el peligro. De este principio expuesto como superior en la teoría, se deduce, que donde el peligro cesa queda sólo la intención depravada, porque el acto externo privado de idoneidad se considera como inexistente ante la ley social, y la

nuda voluntad no acompañada de daño o de peligro, no se puede castigar por la justicia humana".⁽²⁹³⁾

En consecuencia, la clase de inidoneidad que tiene interés para el presente estudio, es aquella que el agente desconocía al realizar la acción, en virtud de la cual sobreviene la imposibilidad para la consumación del delito.

De las consideraciones expuestas se desprende que cayendo en contradicción, según CARRARA, en virtud de la inidoneidad, cesa el elemento material del delito, lo cual significa que el camino del delito llega al principio de ejecución el cual se detiene, se interrumpe debido a la inidoneidad, por lo que no puede alcanzar la consumación.

Lo anterior significa que cuando nos encontramos en el principio de ejecución del delito, estamos en presencia de una tentativa, lo cual no puede negarse en virtud de que la no consumación se dé a causa de la inidoneidad.

⁽²⁹³⁾ Obra citada, *Teoría de la Tentativa y de la Complicidad del Grado en la Fuerza Física del Delito*, obra citada, págs. 107 y 109.

Sin haber considerado esto último, CARRARA concluye incorrectamente que debido a la inidoneidad, se destruye la noción de la tentativa por faltar el peligro corrido, olvidándose que la tentativa puede producir o no, como resultado el peligro, confirmándose con ello la necesidad de establecer los elementos de la tentativa punible, que dejé desarrollados en capítulos anteriores.

Por último debo agregar que si debido a la inidoneidad, cesa el elemento material del delito, imposibilitando la consumación, no existe razón alguna para admitir la desaparición de uno de los grados del delito, como lo es la tentativa.

97. IMPOSIBILIDAD PARA LA CONSUMACION

Como quedó asentado precedentemente, cuando la no consumación del delito se origina por alguna causa de imposibilidad, entonces se presenta la figura de la tentativa de delito imposible.

Asimismo es de hacerse notar que la imposibilidad que origina la no consumación, se ha vinculado con la inidoneidad; no obstante es común que en la doctrina se confundan unos y

otros casos, puesto que algunas veces se incluyen en la inidoneidad de los medios, tanto los instrumentos inidóneos como las acciones inidóneas y por otro lado se emplea el término inidoneidad de la acción, para referirse a las acciones inidóneas y también a los casos de inexistencia del objeto.

En razón de lo anterior y con el propósito de facilitar el estudio de las causas de imposibilidad, las estudiaré por separado, a saber:

- A) Primeramente la imposibilidad por inidoneidad de los medios, entendida en sentido restringido, la cual comprende los instrumentos del delito.
- B) En segundo término pasaré al análisis de la imposibilidad por inidoneidad de la acción, considerada independientemente de los medios inidóneos y de la inexistencia del objeto.
- C) Finalmente examinaré la imposibilidad por inidoneidad del objeto, es decir aquellos casos donde falta el bien jurídico tutelado por el tipo.

En seguida procedo al análisis de las mencionadas causas de imposibilidad.

98. A) IMPOSIBILIDAD POR INIDONEIDAD DE LOS MEDIOS

En la doctrina penal el vocablo medio tiene varios significados, hay quienes opinan que en los medios quedan comprendidos tanto las acciones encaminadas hacia la ejecución del delito, como los instrumentos empleados por el agente.

Frente a este criterio, se encuentra el que prefiere diferenciar entre la inidoneidad de acción y la inidoneidad de los medios que comprenden solamente los instrumentos del delito. Esta postura a mi parecer es la más correcta para abordar el estudio de la tentativa de delito imposible.

Al respecto CAVALLERO manifiesta que “cuando se habla de medios, no debe creerse que se alude simplemente al instrumento de que el autor se vale, sino a la conducta misma que realiza en cuanto tiene la puesta en marcha de la causalidad en el mundo físico, o sea, al comportamiento del autor”.⁽²⁹⁴⁾

⁽²⁹⁴⁾ Obra citada, pág. 132 y 133.

Existe también el criterio según el cual debe distinguirse entre medio en sentido amplio y medio en sentido estricto.

En el primer concepto se incluye toda actividad dirigida a la consumación de un delito, quedando incluidos por ejemplo la amenaza, la violencia y por supuesto los instrumentos de que se vale el agente para alcanzar el fin delictuoso.

En cambio el concepto de medio en sentido restringido, designa los objetos o los instrumentos independientes de la acción y del agente, por ejemplo, para la comisión de un delito éste puede valerse de un arma, o de animal adiestrado para atacar o para recoger objetos.

ANTOLISEI, citando a MASSARI, expone dicha distinción, la cual me permito citar en seguida:

"En sentido lato, el medio, como, lo ha hecho notar MASSARI, no es sino la operación criminal vista en su perfil funcional de realización del resultado..." ⁽²⁹⁵⁾

⁽²⁹⁵⁾ Citado por ANTOLISEI, FRANCESCO, *La Acción y el Resultado en el Delito*, traducción del italiano por JOSE LUIS PÉREZ, primera edición, México, Editorial Jurídica Mexicana, 1959, pág. 148.

"En este sentido, se considera medio -alude ANTOLISEI-, toda la actividad con la que el sujeto determina el efecto relevante para el Derecho y de allí que comprenda también la acción del hombre como movimiento corporal. Este es el significado más común de la palabra "medio", y en relación a tal concepto surgen controversias muy importantes para nuestra disciplina y sobre todo la grave cuestión de la idoneidad del medio. Entendido el medio en este sentido amplio, pueden considerarse y son considerados por el Derecho como "medios", la violencia, la amenaza, el fraude las cuales no son sino formas especiales de la actividad criminal.

"Pero además del significado indicado, la palabra medio tiene uno o más restringido por el cual indica, designa los objetos o las fuerzas, existentes fuera del hombre, las cuales son puestas en movimiento por el agente para la producción del efecto.

"El medio puede ser de varias clases: puede consistir en cosas inanimadas y en cosas animadas. Entre las primeras tienen especial importancia para el Derecho, los objetos que se designan con el nombre de "armas". En cuanto al animal como medio no hay dificultad." ⁽²⁹⁶⁾

⁽²⁹⁶⁾ Obra citada, págs. 148 y 149.

Considero que en el estudio de la tentativa de delito imposible, para facilitar su comprensión debe entenderse por medio, su concepto en sentido restringido, es decir los instrumentos, considerados por MANZINI, como presupuesto general del delito, como por ejemplo, una pistola.

Los medios utilizados por el sujeto activo del delito pueden ser inexistentes o pueden ser inidóneos para alcanzar la consumación del delito.

Debido a la falta de idoneidad en los medios empleados en la tentativa cesa el elemento material de la misma, de donde resulta la no consumación del delito.

Cuando los medios empleados por el agente son inidóneos, por ejemplo si el fusil no funciona por estar oxidado; si el veneno resulta ser azúcar; o las balas son de salva; es como si faltara dicho presupuesto y entonces se presenta la no consumación del delito por imposibilidad referida a la idoneidad de los medios, dando lugar a la tentativa de delito imposible.

Puede citarse como ejemplos: El que para cometer un homicidio utilizó una pistola descompuesta, o quien puso carbonato en lugar de veneno en los alimentos del sujeto pasivo. En estos casos el fin es materialmente imposible, por lo cual con esas acciones ni siquiera se pondría en peligro el bien jurídicamente tutelado por la norma penal.

Los puntos de vista relativos al concepto de medios, confirman la falta de aplicación de la hermenéutica en el tema en estudio.

99. B) IMPOSIBILIDAD POR INIDONEIDAD DE LA ACCION

Como lo dejé señalado, para la mejor comprensión del concepto de la inidoneidad, estimo apropiado estudiar en forma independiente la acción, puesto que debemos considerar que frecuentemente cuando los medios sean idóneos para que el agente pueda alcanzar la consumación del delito, las acciones de tentativa pueden ser inidóneas y por lo tanto incapaces de perpetrar el delito.

“Se estima impropio -señala PALACIOS- hablar de medio idóneo o inidóneo, pues entendiéndose por tal lo utilizado por el sujeto para alcanzar el propósito, la idoneidad de la acción

parecería relegada a la estimativa de tal instrumento, cuando ciertamente lo importante es la acción que se sirve del mismo. El medio carece de la substantividad, de valor, de eficiencia causal. Adquiere signo jurídico por la intención del sujeto y la acción que le sigue, en la que se emplea, incluso, la fuerza propia del hombre mismo”.⁽²⁹⁷⁾

“... lo evaluable en derecho -concluye PALACIOS-, no es el medio sino la acción, la conducta humana, en cuanto es típica, culpable y antijurídica”.⁽²⁹⁸⁾

Asimismo con el propósito de poner fin a las discusiones que durante largo tiempo han habido, resulta necesario efectuar el análisis de la inidoneidad de la acción separadamente de la inexistencia del objeto.

Es frecuente que se confundan tales conceptos. Al respecto, CAVALLERO formula el siguiente señalamiento:

“... en nuestra doctrina se sostiene que la falta de objeto provoca la inidoneidad de la acción, que hay delito imposible porque falta adecuación...”⁽²⁹⁹⁾

⁽²⁹⁷⁾ Obra citada, pág. 163.

⁽²⁹⁸⁾ Obra citada, pág. 166.

⁽²⁹⁹⁾ Obra citada, pág. 127.

Más adelante el citado autor añade: "Aquí no hay acuerdo en la doctrina nacional, que... se adhiere mayoritariamente a la teoría de la carencia de tipo..."⁽³⁰⁰⁾

Es de mencionarse que la inidoneidad de la acción fue contemplada en algunas legislaciones del siglo XIX. Sobre lo cual JIMÉNEZ DE ASÚA expresa lo siguiente:

"Mas advertamos que estos distingos ya aparecían en viejos códigos, como el sardo de 1859 (artículo 536), que castigaba el delito imposible cuando derivaba del error que conducía a la ejecución de un acto inidóneo, en lugar del idóneo que se tenía el propósito de ejecutar..."⁽³⁰¹⁾

La acción inidónea no puede poner en peligro el bien jurídicamente tutelado por el tipo penal, con lo cual se explica la razón para no sancionar tales conductas.

⁽³⁰⁰⁾ Idem.

⁽³⁰¹⁾ Obra citada, Tratado de Derecho Penal, tomo VII, pág. 692.

En los mismos términos se pronuncia RAMON PALACIOS, quien manifiesta que "... la ley no pune... el pensamiento criminoso, ni su exteriorización en todo los casos, sino solamente cuando ésta pone en peligro el bien o interés tutelado por la norma y cuando es su voluntad sancionar pensamiento o preparación, lo hace creando figuras autónomas... A los efectos de la incriminación en la tentativa, es de especial relevancia la acción que se conforma a un modelo legal a la que falta exclusivamente el resultado y por ello, no prescinde de la idoneidad de los actos..."⁽³⁰²⁾

Es de hacerse notar la importancia que tiene la aptitud causal de la acción, por cuanto si carece de dicha aptitud por ser inidónea, no podrá concretarse el peligro corrido por parte del bien jurídico.

Pronunciándose en este sentido, RAMON PALACIOS cita las palabras de varios tratadistas, las cuales en seguida transcribo:

"...Hemos repetido con BETTIOL que es definitivo no ya la proximidad o lejanía del acto, sino su concreta capacidad para producir, en lo que está de acuerdo GRISPIGNI, al decir que la

⁽³⁰²⁾ Obra citada, pág. 155.

idoneidad de la acción, su capacidad para producir con certeza el resultado, lo mismo que aquella relativa, son la base de la sanción de la conducta y sin ella la conducta no es punible; y MASSARI anota que tanto los actos preparatorios como los ejecutivos presuponen una aptitud causal. SALTELLI y ROMANO requieren la idoneidad, esto es, la aptitud para producir el resultado, de tal modo que medie relación de causalidad material del acto mismo con el fin propuesto. MANZINI acota que el Derecho Penal no debe acudir a sancionar un acción que no consciente absolutamente la producción del resultado; y RAIMOS dice que se reprime la ejecución del delito, no se castiga la maquinación del delito..."⁽³⁰³⁾

Más adelante, citando a BELING y a MEZGER, PALACIOS se refiere al criterio de la atipicidad de la acción inidónea.

"BELING Y MEZGER -escribe PALACIOS-, acuden a la atipicidad de la acción a la que falta poder de causación (implica el no peligro típico), a la antijuricidad objetiva: la ley sólo pena la consumación, la lesión del bien o interés, y su

⁽³⁰³⁾ Citados por PALACIOS, obra citada, pág. 156.

puesta en peligro, lo que está ausente en la acción inidónea absoluta”.⁽³⁰⁴⁾

“Es obvio -agrega PALACIOS-, que sólo cuando el obstáculo insuperable viene desde el momento en que el sujeto activo empieza a agitar, en confrontación con el objeto al que dirige la actuación, hay tentativa impune, atipicidad...”⁽³⁰⁵⁾

Existe el criterio según el cual para que se configure la tentativa de delito imposible, es necesaria la inidoneidad absoluta de la acción.

Sobre este aspecto, PALACIOS expresa que “... Si falta la agresión por imposibilidad absoluta, total, completa, en el caso concreto, no hay estado objetivo de peligro y ahí falta tentativa punible”.⁽³⁰⁶⁾

“Demostrada la inidoneidad total -prosigue PALACIOS-, falta la puesta en peligro típica y en Derecho Penal, la tentativa punible”.⁽³⁰⁷⁾

⁽³⁰⁴⁾ Citados por PALACIOS, obra citada, págs. 156 y 157.

⁽³⁰⁵⁾ Obra citada, pág. 162.

⁽³⁰⁶⁾ Obra citada, pág. 161.

⁽³⁰⁷⁾ Obra citada, pág. 162.

Considero importante hacer notar que la inidoneidad de la acción es un factor que debe considerarse objetivamente en cada caso concreto, puesto que una misma acción podría ser inidónea en lo general e idónea en un hecho particular, por ejemplo un puñetazo propinado a una persona sana, es una acción generalmente inidónea para causarle la muerte, no obstante si el puñetazo se propina a una persona en determinadas condiciones de enfermedad, podría poner en peligro su vida.

Al respecto PALACIOS opina que “la idoneidad y por ello la inidoneidad, es un elemento objetivo. No interesa la creencia del sujeto activo...”⁽³⁰⁸⁾

Siendo elemento material de la tentativa el principio de ejecución constituido por actos unívocos, éstos no bastan para constituir el peligro corrido por parte del bien jurídico tutelado por el tipo penal, toda vez que para producir ese resultado, es decir el peligro corrido, es necesario que la acción sea idónea, de lo contrario la perpetración del delito es de imposible realización.

⁽³⁰⁸⁾ Obra citada, pág. 163.

Considero importante señalar que debe tenerse en cuenta para que se configure la tentativa de delito imposible, el momento en que se presenta la inidoneidad, sea de las acciones de tentativa, o bien de los medios empleados por el agente; toda vez que la inidoneidad puede anteceder o ser posterior a la ejecución.

Sobre este aspecto CARRARA manifiesta lo siguiente: "Conviene, no obstante, advertir, que cuando se trata de tentativa, la falta de idoneidad de un acto no destruye la idoneidad de los precedentes. Si después de una serie de actos capaces encaminados a conseguir un fin criminoso, se sigue otro falto por completo de idoneidad y aun destructor de la idoneidad de los primeros, como aquella serie de actos idóneos precedentes constituye ya una tentativa punible, el último acto no idóneo no hace desaparecer la tentativa realizada. El error que se produjo en la inteligencia del agente, llevándolo a ejecutar el acto no idóneo, suponiendo que lo sea, representa lo fortuito obstatorio a la realización completa del hecho. Esto impide el delito consumado, pero no destruye la tentativa realizada...

"El envenenador preparó el veneno y se introduce en la casa de su enemigo para ponerlo en la comida, pero lo echó en

una vasija, que contenía una sustancia a cuyo contacto se neutralizan los efectos de aquél... Si desde el principio los actos hubiesen recaído sobre sustancia del todo inocente, no existiera el peligro y desaparecería toda idea de tentativa punible. Pero en el caso propuesto, se han de distinguir los actos de la primera serie de los de la segunda. En toda la primera serie el medio era idóneo. El malhechor adquirió el veneno, lo preparó, se introdujo en casa del adversario, se aproximó al lugar donde se cocía la comida y lo puso en ella. En esta serie de hechos el medio resulta idóneo porque era un veneno eficaz. Después del acto de ponerlo en la vasija, que contenía la sustancia neutralizadora, el medio deja de ser idóneo: desde este momento la segunda serie de actos no puede caer bajo la apreciación de la justicia; son nulos, porque recayendo sobre un medio no idóneo, no ofrecen peligro alguno. Pero los primeros constituyen de por sí un hecho realizado y ellos tenían idoneidad y con ésta venía el peligro; pues la primera serie de actos voluntarios que presentan todos los caracteres de la tentativa no puede anularse con los sucesivos, en los cuales un accidente o el mismo reo involuntariamente destruye el efecto de los primeros..."⁽³⁰⁹⁾

⁽³⁰⁹⁾ Obra citada, Teoría de la Tentativa y de la Complicidad, o del Grado en la Fuerza Física del Delito, págs. 109-111.

100. C) IMPOSIBILIDAD POR INEXISTENCIA DEL OBJETO

Para efectos del presente trabajo, el objeto de la tentativa es el bien jurídico sobre el cual recaen las acciones ejecutivas encaminadas a la consumación. Cuando dicho objeto es inexistente, la perpetración del delito es imposible.

Al respecto, CARRANCÁ Y TRUJILLO expresa que “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.

“Objeto material -dice CARRANCÁ-, es la persona o cosa sobre la que recae el delito. Lo son cualesquiera sujetos pasivos o bien las cosas animadas o inanimadas.

“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, etc.”⁽³¹⁰⁾

Este punto de vista es confirmado por OSSORIO, quien afirma “... que el objeto del delito no es ni la cosa ni el hombre sobre los que se ejercita la acción criminal; pues el delito no se

⁽³¹⁰⁾ Obra citada, pág. 188.

persigue como acto material, sino como ente jurídico; y de ahí que la acción material tendrá por objeto la cosa o el hombre; mientras que el ente jurídico no puede tener por objeto sino una idea; el derecho violado que la ley protege mediante una prohibición".⁽³¹¹⁾

En la doctrina se ha distinguido entre inexistencia del objeto e inidoneidad del objeto, refiriéndose en ambos casos a la tentativa de delito imposible, lo cual en mi opinión, carece de utilidad, puesto que en ambos casos es inexistente el bien jurídico tutelado por la norma penal, es decir que respecto de este concepto tampoco se ha aplicado la hermenéutica.

Como lo dejé señalado, la inidoneidad es un concepto que debe reservarse a los medios o bien a la acción, no así al objeto, el cual es inexistente en el hecho concreto, por lo que no puede atribuírsele el citado concepto, el adjetivo de la idoneidad o inidoneidad.

En ese error cae CAVALLERO, quien plantea la distinción entre inidoneidad del objeto y la inexistencia del mismo, para concluir que en tales casos lo que se da es la inidoneidad de la acción; cuyos argumentos me permito transcribir:

⁽³¹¹⁾ Obra citada, pág. 496.

“Son ejemplos usuales... de inidoneidad del objeto -afirma CAVALLERO-, querer matar a otro si ya está muerto, cometer adulterio con la propia mujer, hurtar la cosa propia, pretender hacer abortar a una mujer no grávida. Es obvio -prosigue- que para que haya homicidio debe estar vivo el otro... para que haya adulterio debe existir la manceba que requiere el artículo 118 del Código Penal; para el hurto la cosa mueble total o parcialmente ajena... y para el aborto la mujer encinta...

“Más problemática que la hipótesis de inidoneidad del objeto -agrega CAVALLERO-, preséntase la de su inexistencia, por ejemplo cuando se apuñala una almohada creyendo que se trata de un individuo, cuando alguien dispara sobre el lecho donde cree que yace su enemigo, cuando el carterista irrumpe en el bolsillo vacío de un pasajero o en el caso del ladrón del cepillo de la iglesia, en el cual no habían depositado limosnas los feligreses.

“Aquí -concluye CAVALLERO-, no hay acuerdo en la doctrina nacional (Argentina), que... se adhiere mayoritariamente a la teoría de la carencia de tipo... pues bien,

en nuestra doctrina se sostiene que la falta del objeto provoca la inidoneidad de la acción...”⁽³¹²⁾

Sobre esta particular distinción, JIMÉNEZ DE ASÚA señala que “la expresión carencia de tipo nos ahorra entrar en los debates librados en Italia (recordemos a B. ALIMENA, MANZINI, MASSARI, VANINI, etc). sobre si debe hablarse de inidoneidad o falta de objeto o inexistencia del sujeto pasivo...

“A nuestro juicio -continúa diciendo JIMÉNEZ DE ASÚA-, se trata del objeto material (persona o cosa y de los medios, cuando uno u otro ... son tácitamente exigidos por el tipo legal...

“No se trata de una simplificación, sino de situar el problema en otro plano: el de la tipicidad o carencia de tipo, respecto de la adecuación a él, de la conducta del agente...”⁽³¹³⁾

⁽³¹²⁾ Obra citada, pág. 126 y 127.

⁽³¹³⁾ Obra citada, Tratado de Derecho Penal, tomo VII, págs. 758 y 759.

Retomando lo expuesto por CASTORI, JIMÉNEZ DE ASÚA, rechaza la distinción entre inidoneidad del objeto e inexistencia del mismo, cuyas palabras reproduzco a continuación:

“Es de alabar que CASTORI se oponga a estas diferenciaciones: “Para mí es antijurídico hablar de inidoneidad del sujeto pasivo de la consumación. Comprendo en cambio, que se diga que donde falta el derecho que se intenta lesionar no puede subsistir la tentativa, como igualmente no podría verificarse el delito perfecto””.(³¹⁴)

La distinción entre imposibilidad absoluta e imposibilidad relativa generalmente considerada con respecto a los medios y a la acción, también se han relacionado con el objeto, lo cual es innecesario, por carecer de utilidad práctica.

Sobre esta cuestión, JIMÉNEZ DE ASÚA expresa que “también aquí se ha acudido a la distinción de la absoluta o relativa ausencia del objeto, recuérdese lo dicho sobre el baúl o caja fuerte sustraído y que resultan vacíos...”

(³¹⁴) Citado por JIMÉNEZ DE ASÚA, obra citada, pág. 761.

“No han faltado -explica el citado tratadista-, que hayan querido vincular la inexistencia del objeto a las clásicas divisiones de absoluta y relativa. ¿Diríamos que es relativa cuando en la cama está el cadáver de la persona odiada y apuñalamos al que ya murió una hora antes, de un síncope cardíaco?. Si referimos estos casos al tipo, es obvio que hay carencia de él en uno y otro caso... En el primer supuesto no hay persona porque no hay nada; en el segundo, tampoco, puesto que no hay persona sino un cadáver, que como sabemos no es sujeto pasivo del delito”.⁽³¹⁵⁾

A esta misma distinción de imposibilidad se refiere MAX ERNEST MAYER, en su teoría denominada de la subsunción, donde “... distingue el objeto que no existe en absoluto, del existente en otra parte, para decidir que sólo habrá impunidad en el primer caso...”⁽³¹⁶⁾

No debe perderse de vista que en uno y otro caso hay imposibilidad para la consumación, puesto que en el lugar de los hechos no se encuentra el sujeto pasivo y por tanto es inexistente el objeto del delito, por tanto la mencionada teoría de la subsunción, solamente crea confusión.

⁽³¹⁵⁾ Obra citada, págs. 768 y 769.

⁽³¹⁶⁾ Citado por JIMÉNEZ DE ASÚA, obra citada, pág. 769.

Existe también el criterio que distingue entre la inexistencia y la no presencia del objeto, que ha prevalecido fundamentalmente en Italia, y se le atribuye a MASSARI.

Esta postura es criticada por JIMÉNEZ DE ASÚA, quien manifiesta lo siguiente:

“Aunque no sea aceptable la solución sistemática a que acude MASSARRI, hay que apuntar en su haber la separación radical que hace entre la inidoneidad del medio y el problema de la acción dirigida a un objeto jurídico inexistente o eventualmente no presente.⁽³¹⁷⁾ En efecto, para hacer impune esa acción sobre objeto inexistente, dice el extinto profesor de Nápoles que se trata “de un delito putativo por error de hecho sobre el objeto del delito; y a la valuación de ese caso, le es por tanto extraña la investigación sobre la inidoneidad del medio...”⁽³¹⁸⁾

Para ejemplificar el caso del objeto eventualmente no presente, MASSARI recurre al siguiente:

⁽³¹⁷⁾ *Ibidem*, pág. 764 y 765.

⁽³¹⁸⁾ Citado por JIMÉNEZ DE ASÚA, obra citada, pág. 765.

“Si Ticio oyendo rumores en su habitación, se levanta precipitadamente y se esconde bajo del lecho, o en un armario, o en una estancia contigua, o huye y se salva así de la agresión que el enemigo dirige a la cama, donde poco antes yacía, no puede hablarse de falta de un bien jurídico agredido, sino que se dibuja la institución de la tentativa, o sea, de una actividad y de una no realización del resultado, debida a la diligencia y sagacidad de la víctima, que constituye precisamente la circunstancia independiente de la voluntad del culpable...”⁽³¹⁹⁾

Cabe señalar que la tentativa de delito imposible por inexistencia del objeto, requiere que la falta de éste se dé con anterioridad al hecho, por ejemplo si el agente entró a la casa de su enemigo para matarlo, el día que se encontraba de viaje, entonces el objeto es inexistente; y si por el contrario, la víctima logró salir del inmueble cuando ya se había introducido el agente, no será un caso de inexistencia del objeto; sino de tentativa punible.

⁽³¹⁹⁾ Citado por JIMÉNEZ DE ASÚA, obra citada, pág. 766.

No obstante existe diversidad de criterios sobre este aspecto, pues se habla de inexistencia absoluta u ocasional del objeto e inclusive de su falta eventual.

“En este sentido, MANZINI pretende deslindar del concepto de inexistencia absoluta los casos de falta particular, o bien meramente ocasional y transitoria del objeto; y MAGGIORE entiende que la falta eventual de la cosa o persona, objeto de la acción criminal, en lugar de atentado, entra en la doctrina de la tentativa, tales casos -según MAGGIORE- de quien creyendo que su víctima está acostada, da puñaladas en el lecho vacío o introduce la mano en el bolsillo vacío donde creía estaba la cartera ajena; en estos casos el efecto no se produce, no ya por faltar el objeto del delito, sino porque ocasionalmente ha escapado a la agresión el bien contra el cual se dirigía la ofensa”.⁽³²⁰⁾

Este criterio lo conforma CAVALLERO, quien manifiesta que “tampoco ha faltado la opinión que estimamos correcta, que sostiene que en las hipótesis de inexistencia del objeto hay, en realidad, atipicidad porque falta un elemento del tipo.

⁽³²⁰⁾ Citados por CAVALLERO, obra citada, pág. 128 y 129.

“Éllo así -prosigue CAVALLERO-, por cuanto no vemos motivo alguno que justifique que pueda afirmarse la tipicidad de una conducta en que, desde el comienzo de la acción ejecutiva, falte su objeto material como cualquier otra circunstancia de hecho del tipo objetivo. Para que el hecho sea típico, será imprescindible que el objeto se halle presente en algún momento de su desarrollo”.⁽³²¹⁾

101. CRITERIOS REFERENTES AL CONCEPTO DE PELIGRO

Como dejé expuesto, existe diversidad de opiniones en torno a la inidoneidad, lo que ha dado lugar a la concepción de distintos criterios relativos al peligro, los cuales menciono a continuación:

1. Se distingue entre peligro presente y peligro pasado.
2. Peligro efectivo y peligro eventual.
3. Peligro directo y peligro indirecto.
4. Peligro abstracto y peligro concreto.

⁽³²¹⁾ Obra citada, pág. 128.

En seguida paso a la explicación de cada una de estas distinciones:

102. A) PELIGRO PRESENTE Y PELIGRO PASADO

No existe dificultad en cuanto a la diferencia entre peligro presente, y peligro pasado. El primero corresponde al riesgo que corre en determinado momento el bien jurídicamente tutelado por el tipo penal, en virtud de los actos ejecutivos que lleva a cabo el agente.

Estos conceptos, a mi modo de ver, no son relevantes en el estudio de la tentativa de delito imposible, por no presentarse en la misma ninguno de ellos. Al respecto ANTOLISEI expresa lo siguiente

"Según nuestro modo de ver, una distinción que ofrece cierto interés es la que se suele hacer entre el peligro presente y el peligro pasado. El significado es obvio: presente no es sino el peligro que uno corre actualmente, o sea, el peligro inminente; mientras que el pasado es el riesgo, el peligro ya

sufrido y por ello el peligro que ha desaparecido y que ya no existe como tal..." (322)

103. B) PELIGRO EFECTIVO Y PELIGRO EVENTUAL

Para el presente estudio, resulta interesante la distinción entre peligro efectivo, que verdaderamente sufre el bien jurídico; y el peligro eventual, que es de carácter subjetivo, puesto que consiste en el peligro que pudo haber sufrido el bien jurídico al cual estaba dirigida la tentativa.

Acerca de estas clases de peligro, ANTOLISEI menciona lo siguiente:

"Mientras el peligro efectivo consiste en la probabilidad de un resultado dañoso -en sentido estricto-, o sea, de un resultado lesivo para el interés, el peligro eventual -también llamado futuro, potencial, etc.- no es sino la probabilidad de un peligro, o sea, de un resultado no lesivo de un interés..."(323) De lo anterior se infiere que cuando hay peligro eventual, el hecho sólo amenaza el bien jurídico, sin alcanzar a lesionarlo.

(322) Obra citada, págs. 200 y 201.

(323) Obra citada, pág. 201.

Las manifestaciones de ANTOLISEI no aclaran del todo esta cuestión, puesto que si el peligro eventual es de carácter eminentemente subjetivo, por tanto esta clase de peligro tampoco puede amenazar el bien jurídico, como incorrectamente lo afirma el citado tratadista.

104. C) PELIGRO DIRECTO Y PELIGRO INDIRECTO

La diferencia contemplada en la doctrina entre peligro efectivo y peligro eventual, MANZINI la ha considerado bajo las denominaciones, respectivamente entre peligro directo y peligro indirecto, lo cual advierte ANTOLISEI.⁽³²⁴⁾

105. D) PELIGRO ABSTRACTO Y PELIGRO CONCRETO

Asimismo tiene interés, para efectos del estudio de la tentativa de delito imposible, la distinción que se refiere al peligro abstracto y al peligro concreto. La teoría subjetiva sostiene el primero y la objetiva el segundo.

Refiriéndose al peligro abstracto expresa ANTOLISEI las siguientes consideraciones: "Existiría este peligro cuando la probabilidad del resultado antijurídico existe sin tener en

⁽³²⁴⁾ Idem.

cuenta las especiales circunstancias del hecho aislado; cuando no debe en todo caso ser demostrada como existente en las circunstancias peculiares del hecho mismo. En otros términos, el peligro abstracto sería un peligro genérico e indeterminado, que en el caso especial puede encontrarse o no, que no interesa que sea encontrado o no, mientras que el peligro concreto debería en todo caso existir y ser demostrado.

"Creemos que el concepto de peligro abstracto en los términos antes empleados, no tiene fundamento lógico. Si en efecto, el peligro exige la probabilidad de un resultado antijurídico, esta probabilidad debe siempre verificarse para que se pueda hablar de peligro.

"Por eso, -concluye ANTOLISEI- el concepto de peligro abstracto no puede ser aceptado por la ciencia del derecho. Todo peligro es probabilidad de un resultado determinado y en este sentido es peligro concreto". ⁽³²⁵⁾

Con base en lo expuesto, he llegado a inferir que en la tentativa de delito imposible, no se da como resultado un peligro real, concreto, no obstante, debido a la falta de aplicación de la hermenéutica, se ha divagado en torno al

⁽³²⁵⁾ Obra citada, págs. 201 - 204.

concepto de peligro, recurriéndose inclusive a distinciones que muchas veces contribuyen para hacer confuso su estudio, inclusive se ha llegado al extremo de atribuir innecesariamente a la tentativa de delito imposible el elemento del peligro, en modalidades particulares tales como eventual, indirecto o abstracto, es decir imaginario.

Con ello se demuestra que las dificultades que he señalado, en torno al concepto de peligro, también han tenido lugar debido a la falta del estudio de la naturaleza jurídico-penal de la tentativa y asimismo es consecuencia de que no se hayan establecido los elementos de la tentativa punible; cuyos aspectos desarrollé en capítulos precedentes.

106. DELIMITACION ENTRE RESULTADO Y PELIGRO

Considero más importante que las distinciones que dejé expuestas, la delimitación entre los conceptos de resultado y peligro, que frecuentemente se confunden.

En la tentativa, por su propia naturaleza no existe el daño querido por el agente, no obstante, es posible distinguir entre una tentativa peligrosa y otra que no pone en peligro el bien

jurídicamente tutelado, de ahí la necesidad de considerar el peligro como un tipo de resultado formal.

Es por ello que la noción de resultado, es una cuestión que tiene particular importancia para el estudio de la problemática de la tentativa delictuosa, y en especial de la tentativa de delito imposible.

Partiendo de la distinción entre medios y acciones, ANTOLISEI aborda el estudio del resultado estableciendo posteriormente con precisión las diferencias existentes entre resultado y daño. En seguida transcribo sus conceptos:

"...la acción humana -expresa ANTOLISEI-, no basta ordinariamente para constituir el aspecto o momento material del delito. De ordinario es menester también un efecto exterior de la misma acción: Ese efecto que se llama "resultado". Esto está también fuera de discusión. El resultado presenta el segundo factor del elemento físico del delito, el cual por tanto está constituido en términos generales por una acción humana y por un efecto exterior de la acción misma..."⁽³²⁶⁾

⁽³²⁶⁾ Obra citada, págs. 10 y 11.

Tomando como base los razonamientos expuestos, el mismo ANTOLISEI distingue entre el concepto de resultado y el concepto de daño:

"Se impone de manera especial el examen de las relaciones entre el concepto de resultado y el de daño: conceptos que con frecuencia y equivocadamente se confunden.

"Al estudiar la noción de resultado, debe también y principalmente resolverse la pregunta de si el resultado puede contarse entre los elementos constitutivos generales del delito: lo que equivale a inquirir si hay resultado en todos los delitos. Ahora bien, no son necesarias muchas palabras para demostrar la importancia de tal cuestión, que atañe directamente a la construcción del concepto de delito" ⁽³²⁷⁾

Considero que toda tentativa punible requiere la producción de un resultado, que consiste en el peligro corrido, y asimismo que el nexo que debe mediar entre la acción y ese resultado, lo constituye la idoneidad.

⁽³²⁷⁾ Obra citada, pág. 13.

ANTOLISEI hace mención del peligro como forma especial del resultado, así como también del nexo que debe mediar entre la acción y el resultado. A continuación transcribo las palabras del autor citado:

"Existe luego la forma especial de resultado conocida con el nombre de "peligro". A tal propósito surgen, como es sabido, muchas dificultades y dudas, que la ciencia ha de tratar de resolver, porque el peligro es uno de los conceptos que se presentan con más frecuencia en el Derecho Penal, donde se encuentra un gran número de aplicaciones.

"La determinación de los conceptos de acción y de resultado no agota el estudio del elemento subjetivo del delito.

"Tenemos ante todo la cuestión de la relación de causalidad, la cual nace de las dificultades para establecer la naturaleza del nexo que debe mediar entre la acción y el resultado, a fin de que el resultado pueda considerarse como causado por la acción y en consecuencia pueda ser atribuido al agente.." ⁽³²⁸⁾

⁽³²⁸⁾ Obra citada, págs. 13 y 14.

Volviendo al peligro, ANTOLISEI hace el señalamiento de que "... también es un resultado, porque consiste en una modificación del mundo exterior causada por la acción humana. Sin embargo, se distingue de los resultados ordinarios, porque implica una relación entre dos efectos: uno que se ha verificado y otro que simplemente se ha presentado como posible. El peligro, por tanto, es un resultado sui generis, que presenta características especiales".⁽³²⁹⁾

El peligro corrido, considerado como elemento de la tentativa punible, según lo dejé expuesto con anterioridad, es de fundamental importancia para distinguir la tentativa punible de la no punible. Así lo hace notar ANTOLISEI, quien explica que "una aplicación muy importante del concepto de peligro, y para nosotros muy exacta, es la que hacen algunos penalistas en materia de tentativa, sosteniendo que lo que distingue la tentativa punible de la tentativa no punible no es la idoneidad o inidoneidad del medio, sino la peligrosidad o no de la acción (teoría que precisamente se llama del peligro)".⁽³³⁰⁾

Según esta teoría para decidir acerca de la punibilidad de la tentativa no se debe tener en cuenta sólo el medio empleado por el agente, sino el hecho en conjunto, para poder establecer,

⁽³²⁹⁾ Obra citada, págs. 169 y 170.

⁽³³⁰⁾ Obra citada, pág. 172

con base en la experiencia, si ha sido o no probable el resultado.

"Sin embargo, a pesar de la notable importancia del concepto de peligro, es indudable que su determinación ha sido por mucho tiempo descuidada por los cultivadores del Derecho Penal. Toca ciertamente a la ciencia alemana el mérito de haber puesto atención al tema, ilustrando la noción de peligro con criterios rigurosamente científicos" ⁽³³¹⁾

Asimismo explica ANTOLISEI que según la doctrina moderna el concepto de peligro va unida al concepto de probabilidad debiéndose considerar que el peligro no comprende cualquier probabilidad, sino sólo la probabilidad de determinados efectos ⁽³³²⁾ por lo que considero que acertadamente este autor define el peligro como "el estado de hecho que lleva consigo la probabilidad de un suceso dañoso". ⁽³³³⁾

Acerca del concepto del peligro hay dos criterios, uno subjetivo y otro objetivo.

⁽³³¹⁾ Obra citada, págs. 172 y 173.

⁽³³²⁾ Obra citada, pág. 178.

⁽³³³⁾ Obra citada, págs. 179.

"Para los secuaces de la teoría subjetiva, -aduce ANTOLISEI-, el peligro no es una entidad concreta, sino sólo una representación de la mente humana... es hijo de nuestra ignorancia... En cambio, para los objetivistas el peligro sería algo existente objetivamente: no un simple producto de la imperfección de nuestro conocimiento, sino una entidad real..."⁽³³⁴⁾

A lo anterior, agrega ANTOLISEI: "... Pero para llegar a ello no era necesario adentrarse en una discusión filosófica: bastaba consultar los resultados de la lógica formal, los cuales nos llevan a pensar con certeza a prueba de duda que la experiencia, como hemos hecho notar, nos dice que además de la ley de la causalidad general que rige todos los fenómenos, hay leyes de causalidades particulares que regulan fenómenos o grupos de fenómenos y estas leyes nos permiten determinar la capacidad, la aptitud, la idoneidad general de un hecho para causar un determinado efecto..."⁽³³⁵⁾

⁽³³⁴⁾ Obra citada, pág. 185.

⁽³³⁵⁾ Obra citada, pág. 188.

107. DISTINCION ENTRE TENTATIVA DE DELITO IMPOSIBLE Y DELITO PUTATIVO

No debe confundirse la tentativa de delito imposible con el delito putativo o imaginario, en este último el agente realiza actos que supone, constituyen un delito, mismos actos que de conformidad con el Derecho Penal no son antijurídicos, en tanto que la tentativa de delito imposible se integra por actos que están encaminados a la perpetración de un delito que sí está previsto por la ley penal pero su consumación es imposible por las razones que con anterioridad expuse.

"Hay delito putativo -expresa PALACIOS-, cuando se ejecutan actos que, en sus propios términos y aun realizado el supuesto del agente, se trata de un acto ilícito que sólo su autor supone delictuoso"⁽³³⁶⁾

La diferencia entre tentativa de delito imposible y delito putativo, es explicada por CAVALLERO, cuyas palabras me permito citar:

"Los casos de ausencia de tipo -afirma- ... conforman al igual que los de tentativa inidónea un error de tipo invertido.

⁽³³⁶⁾ Citado por PALACIOS VARGAS, RAMON, obra citada, pág. 116.

En efecto, en el error de tipo hay tipicidad objetiva sin dolo -y cita el siguiente ejemplo-, el autor cree que proporciona una sustancia inocua y da veneno causando la muerte; en cambio en el error de tipo invertido que proviene de la ausencia de tipo, el autor cree que está presente una circunstancia del tipo objetivo que en realidad no existe, por ejemplo inyecta veneno a un muerto creyéndolo con vida; y finalmente, el error de tipo invertido propio de la tentativa inidónea recae sobre la inidoneidad de los medios o el comportamiento (el actor quiere matar con azúcar que ha tomado con error vencible por veneno).

“En cambio -continúa exponiendo CAVALLERO-, el autor cree erróneamente que su conducta cae bajo una norma prohibitiva, la que sólo existe en su imaginación (error de prohibición al revés), claro está que la imaginación del autor no puede crear la tipicidad objetiva inexistente. v.gr., el procesado cree equivocadamente que mentir al prestar declaración indagatoria es un delito”.⁽³³⁷⁾

Como puede observarse, la confusión se deriva de que en ambos casos, la consumación de un delito es de imposible realización.

⁽³³⁷⁾ Obra citada, pág. 130.

En el delito putativo lo es por falta de previsión en la ley penal; el delito sólo existe en la mente del sujeto activo. En la tentativa de delito imposible, además de que el delito es concebido por el agente, se encuentra previsto por el tipo penal, derivándose su imposibilidad, de la inidoneidad de los medios o de la acción; o bien, aquélla se presenta por inexistencia del objeto del delito.

CAPITULO VI

TESIS QUE PRECONIZAN LA PUNIBILIDAD DE LA TENTATIVA DE DELITO IMPOSIBLE

SUMARIO:

NO EXISTE CRITERIO DEFINIDO RESPECTO DE LA PUNIBILIDAD O NO PUNIBILIDAD DE LA TENTATIVA DE DELITO IMPOSIBLE.- 108. TEORIA DE LA IMPUTACION OBJETIVA.- 109. TEORIA DE LA ADECUACION.- 110. TEORIAS SUBJETIVAS: 111. A) TEORIA INDIVIDUAL OBJETIVA.- 112. B) TEORIA DEL DISVALOR DE LA ACCION.- 113. C) TEORIA DE LA PELIGROSIDAD.- 114. D) TEORIA DE LA PELIGROSIDAD OBJETIVA EN CONCRETO.- 115. E) TEORIA DE LA IMPRESION: SUSTENTAN SU CRITERIO EN LA NECESIDAD DE CASTIGAR TODA ACTUACION DE LA VOLUNTAD DELICTIVA DEL AUTOR.- LOS POSITIVISTAS ENCUENTRAN COMO FUNDAMENTO PARA SANCIONAR LA TENTATIVA DE REFERENCIA LA PELIGROSIDAD DEL AGENTE.- 116. TEORIAS INTERMEDIAS: 117. A) TEORIA DE FRANZ VON LISZT.- 118. B) TEORIA DE LOS DOS ERRORES.- 119. C) TEORIA DEL DEFECTO DEL TIPO.- 120. E) TEORIA DE LA AMPLIACION: ESTAS TEORIAS SON ECLECTICAS.- CONSIDERAN ELEMENTOS OBJETIVOS Y SUBJETIVOS, NO OBSTANTE EXCLUYENDO A MEZGER, DIFUNDEN LA PUNIBILIDAD DE DICHA TENTATIVA.- 121. OPINIONES DE AUTORES QUE SOSTIENEN LA PUNIBILIDAD DE LA TENTATIVA DE DELITO IMPOSIBLE.- 122. CONCEPCION SUBJETIVA DE LA INIDONEIDAD: LA TEORIA SUBJETIVA SOSTIENE QUE ES IMPOSIBLE DISTINGUIR ENTRE ACCIONES IDONEAS E INIDONEAS DE TENTATIVA.- 123. CONCEPCION SUBJETIVA DEL PELIGRO: LO CONSIDERA COMO UNA REPRESENTACION DE LA MENTE HUMANA.- SE DENOMINA PELIGRO ABSTRACTO.- 124. TESIS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION RELACIONADAS CON LA PUNIBILIDAD DE LA TENTATIVA DE DELITO IMPOSIBLE.- 125. CRITICA DEL AUTOR DE LA TESIS A LAS TEORIAS ESTUDIADAS EN ESTE CAPITULO.

Por lo que se refiere a la punibilidad o no punibilidad de la tentativa de delito imposible, la doctrina no ha establecido algún criterio universalmente admitido como válido sino que se han desarrollado paradigmas que a veces son contradictorios, unos de carácter subjetivo que otros de carácter objetivo y asimismo han surgido las teorías intermedias también como mixtas o eclécticas, que consideran aspectos subjetivos y objetivos a la vez.

Principiaré el presente capítulo estudiando las teorías subjetivas, que preconizan la punibilidad de la tentativa de delito imposible, para continuar posteriormente con las teorías intermedias. En cuanto a la teorías objetivas, abordaré el estudio de la antigua teoría de la falta de tipo, que admite la punibilidad de la tentativa de delito imposible.

108. TEORIA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

El objetivo de la Teoría de la Imputación Objetiva de JAKOBS, es "... la averiguación y fijación de lo que significa un determinado comportamiento desde el punto de vista social...

"El principio fundamental de esta teoría -dice JAKOBS-, es el siguiente: el mundo social no está ordenado de manera cognitiva, con base en relaciones de causalidad, sino de

manera normativa y el significado de cada comportamiento se rige por su contexto... simplificando, se trata de delimitar el comportamiento socialmente adecuado y el comportamiento socialmente inadecuado..."⁽³³⁸⁾

Explica MIR PUIG , que la teoría de la adecuación, considera los conocimientos de la situación por parte del agente (análisis ex ante), a la cual agrega los conocimientos de un observador objetivo (análisis ex post). Si después de efectuado el análisis, aparece como improbable el resultado, entonces la conducta no será adecuada.⁽³³⁹⁾

El objeto de esta teoría es el significado de la conducta el cual ha de averiguarse a través de una interpretación general que realizará el juez colocándose como un observador objetivo.

Según JAKOBS lo que caracteriza el comportamiento humano jurídico-penalmente relevante no es que lesione o ponga en peligro bienes jurídicos; para que una conducta tenga significado delictivo hay que delimitar "... qué comportamiento se exige en cada contexto de una persona..."⁽³⁴⁰⁾

⁽³³⁸⁾ JAKOBS, GUNTER, *La Imputación Objetiva en Derecho Penal*, primera edición Colombia, editado por Universidad Externado de Colombia, 1994, págs. 9 y 10.

⁽³³⁹⁾ DAZA GÓMEZ, CARLOS, "Teoría de la Imputación Objetiva", *Revista Criminalia*, Academia Mexicana de Ciencias Penales, año XIII, N° 2, publicación cuatrimestral, México, editorial Porrúa, 1997, págs.. 73 y 84.

⁽³⁴⁰⁾ Obra citada, págs. 9 y 10.

De modo que JAKOBS excluye el resultado desde el punto de vista de la teoría de la imputación objetiva y en cuanto a la exigibilidad de un comportamiento, señala lo siguiente:

“... Este es el problema de la imputación objetiva del comportamiento ... dejando fuera la imputación del resultado....”(341)

Para explicar en qué consiste la objetividad de la teoría de referencia, JAKOBS manifiesta que radica en “...imputar aquellas desviaciones respecto de aquellas expectativas que se refieren al portador de un rol....”(342)

El mismo tratadista sostiene que “... también el comportamiento constitutivo de tentativa debe suponer un riesgo no permitido y también en este ámbito la decisión ha de tomarse según el siguiente contexto: desde el punto de vista del titular de un rol... y cita el siguiente ejemplo:

(341) Obra citada, pág. 14.

(342) Obra citada, pág. 21.

“...un médico no puede cometer una tentativa de homicidio mediante la inyección de una solución estéril, de suero fisiológico, mientras sepa que es suero fisiológico lo que inyecta, pues forma parte de su rol el conocimiento de formar parte de su rol el conocimiento de la inocuidad de esa sustancia aunque en el caso concreto se equivoque: por consiguiente, actuando en su rol no puede crear dolo típico, al faltar una representación relevante de una lesión producida por esa sustancia...”⁽³⁴³⁾

Al sustentar la imputación objetiva de la tentativa, JAKOBS argumenta que debe suponer un riesgo, no permitido, sin embargo admite la posibilidad de que tal riesgo sea considerado en abstracto.

“El carácter contrario -dice JAKOBS- a la norma de una puesta en peligro abstracta, en todo caso excluye un permiso de riesgo...”⁽³⁴⁴⁾

Según la teoría de referencia, hay que separar dos ámbitos de problemas, el primero, correspondiente a la tentativa y el segundo, relativo a la consumación.

⁽³⁴³⁾ Obra citada, págs. 52 y 53.

⁽³⁴⁴⁾ Obra citada, pág. 58.

A)“En el primer campo -dice JAKOBS-, se trata de separar el comportamiento no permitido... del comportamiento permitido, esto es, aquel comportamiento que es conforme al rol de ciudadano En este ámbito han de tratarse el riesgo permitido y el principio de confianza; además la acción de la víctima a propio peligro, las reglas correspondientes en caso de participación, es decir la prohibición de regreso y en general todas las determinaciones de ámbitos de responsabilidad, incluyendo las posiciones de garantía...”⁽³⁴⁵⁾

B)En el segundo campo se analiza el resultado delictivo que consiste en la consumación de un delito producido en relación con un comportamiento no permitido.

“Dicho de otro modo -concluye JAKOBS-, en el primer ámbito se trata de determinar el comportamiento socialmente perturbador y por tanto se trata al menos de una tentativa de delito. En el segundo ámbito se analiza si en un resultado producido, la tentativa, continúa hasta la consumación...”⁽³⁴⁶⁾

⁽³⁴⁵⁾ Obra citada, pág. 58.

⁽³⁴⁶⁾ Idem.

CARLOS DAZA, puntualiza que esta teoría exige la creación de un riesgo, el cual una vez analizado dará lugar al desvalor de la conducta y por consiguiente a la imputación de la misma. En segundo lugar exige la realización del resultado y una vez concretada la causalidad condiciona el desvalor del resultado.⁽³⁴⁷⁾

“... cualquier comportamiento -concluye JAKOBS-, conlleva una modificación planificable del mundo... Algo que se planifica como bueno puede llevar a algo malo; algo planificado como malo a algo bueno, o bien a alguna otra cosa mala...”⁽³⁴⁸⁾

En consecuencia según los principios de la teoría de la imputación objetiva, la tentativa de delito imposible, tiene un significado que debe interpretarse como un comportamiento socialmente inadecuado, el cual debe sancionarse penalmente.

Tal significado debe estar a cargo del juez, colocándose como un observador objetivo, delimitando qué comportamiento

⁽³⁴⁷⁾ Obra citada, pág. 74.

⁽³⁴⁸⁾ Obra citada, pág. 92.

era exigible en cada caso concreto, en función del rol que tenga el agente.

Por esa razón, esta teoría admite la posibilidad de considerar un riesgo en abstracto por ser un resultado producido por una conducta socialmente perturbadora, lo cual se explica según JAKOBS, por estar excluido un permiso de riesgo.

La teoría de la imputación objetiva no refiere claramente las distintas clases de tentativa y mucho menos las causas de imposibilidad.

Además la posición de observador objetivo en que pretende ubicar al juez, no soluciona el problema de la punibilidad o no punibilidad de la tentativa de delito imposible, sino que por el contrario, le permite aplicar la doctrina que más le plazca.

Por último, al considerar la tentativa como una conducta socialmente perturbadora, sería comparable a la teoría de la impresión, sin que logren solucionar el problema en estudio.

109. TEORIA DE ADECUACION

De conformidad con el criterio de la teoría de la adecuación, si una vez efectuados por parte del juez el análisis del hecho ex ante y ex post, aunque se trate de una tentativa de delito imposible, podría concluir que debe sancionarse considerando como adecuada la conducta; por ejemplo si el agente trató de ametrallar a su víctima dentro de la cama mientras dormía, sin embargo la consumación resulta imposible debido a que la supuesta víctima se encontraba fuera de su domicilio.

Sin embargo un juez distinto podría inferir en un caso igual, que la conducta no es adecuada y por tanto no es punible.

Con respecto a la teoría de la adecuación, CARLOS DAZA explica que fue "... ideada por VON BAR (1871) y difundida por VON KRIES (1886)..."⁽³⁴⁹⁾

Según los postulados de esta teoría, "... sólo es causa la condición generalmente adecuada para producir el resultado y la adecuación se afirma o se niega según sea previsible o imprevisible que tal factor pudiera originar el resultado.

⁽³⁴⁹⁾ Obra citada, pág. 71.

“Estos autores -prosigue CARLOS DAZA-, utilizan el concepto de previsibilidad objetiva, entendiendo por ello lo que es previsible para el hombre medio ideal diligente situado en la posición del autor y con los conocimientos de éste, y ex ante, es decir, partiendo de los datos conocidos y cognoscibles al actuar.

“Esta doctrina tiene el inconveniente del grado de posibilidad de producción del resultado para fundar la previsibilidad... La teoría causal, pues introduce consideraciones normativas o valorativas para decir cuándo hay o no causalidad; esto, entendemos es un dato lógico real y por ello una categoría ontológica”,⁽³⁵⁰⁾

El concepto fundamental de esta teoría es expuesto por MEZGER, cuyas palabras transcribo en seguida:

“... El concepto fundamental de dichas formas de la teoría de la adecuación es, en términos generales, el siguiente: el concepto jurídico-penal de causalidad, debe limitarse a las condiciones apropiadas, de acuerdo con la experiencia de la vida, para producir el resultado; con frecuencia, entra en juego también el criterio de la previsibilidad del resultado, pero este criterio puede producir confusiones entre la causalidad y el concepto de culpabilidad.”⁽³⁵¹⁾

⁽³⁵⁰⁾ Obra citada, págs. 71 y 72.

⁽³⁵¹⁾ Obra citada, págs. 112 y 113.

110. TEORIAS SUBJETIVAS

La teoría subjetiva sostenida inicialmente por VON BURI, ha establecido como criterio determinante de la punibilidad de la tentativa, la voluntad y el propio criterio del agente, traducidos, en el propósito delictivo manifestado a través de una conducta.

“Desde mediados del siglo XIX- señala JIMÉNEZ DE ASÚA-, sostuvo insistentemente VON BURI la teoría objetiva. Conforme a ella... la tentativa se castiga en cuanto significa una manifestación de voluntad. De otro modo habría que dejarla impune, puesto que carece de resultado... y cualquiera que sea el medio, idóneo o inidóneo, debe sancionarse, ya que en todo caso revela una intención criminal. Se observa que en realidad toda tentativa supone un medio u objeto inidóneos, en aquél caso y circunstancias dadas, pues si hubiera sido idóneo, el resultado se hubiera producido necesariamente...”⁽³⁵²⁾

Sobre esta misma teoría, EDMUNDO MEZGER dice que: "La llamada teoría subjetiva de la tentativa en el sentido corriente de la expresión no admite, en principio, limitaciones objetivas, y considera, por consiguiente que es idónea toda acción y punible la acción de tentativa, cuando según la

⁽³⁵²⁾ Obra citada, *Tratado de Derecho Penal*, tomo VII, pág. 670.

opinión subjetiva del autor, puede servir para realizar su resolución"⁽³⁵³⁾

Según esta teoría, la circunstancia de quedar el hecho en la fase de tentativa, a saber, la inidoneidad efectiva para lograr el resultado proyectado en toda tentativa, pone de manifiesto la total imposibilidad de distinciones entre acciones idóneas e inidóneas de tentativa.

MEZGER critica la tesis citada, diciendo que "esta conclusión no tiene en cuenta la absoluta necesidad práctica del concepto objetivo de peligro: toda forma de consideración realista conoce, entre las acciones que en realidad no han producido resultados, las que eran "peligrosas" y, pues, generalmente idóneas para producir el resultado, y las "no peligrosas" y, por tanto, inidóneas para producirlo. La equivalencia causal de los factores no significa que el valor de los mismos es igual. En consecuencia con arreglo a estas diferencias de valor respecto de la mayor o menor puesta en peligro en la dirección del resultado proyectado, es perfectamente admisible distinguir objetivamente entre acciones "idóneas" e "inidóneas" de tentativa".⁽³⁵⁴⁾

Señala más adelante MEZGER que otro fundamento de la teoría de referencia consiste en "la necesidad de castigar toda actuación de la voluntad delictiva del autor, aunque tal

⁽³⁵³⁾ Obra citada, pág. 285.

⁽³⁵⁴⁾ Obra citada, pág. 285.

actuación, considerada desde puntos de vista objetivos, sea, en el caso particular "no peligrosa". Este fundamento es, lógicamente irreprochable, si se le considera desde el punto de vista político-criminal y dogmático".⁽³⁵⁵⁾

A continuación expongo algunas teorías de carácter subjetivo:

111. A) TEORIA INDIVIDUAL OBJETIVA

Aun cuando WELZEL es subjetivista, decidió llamar a su teoría, teoría individual objetiva, en la cual desvirtúa el concepto del peligro corrido, al afirmar que aún cuando los medios o el objeto sean inidóneos, la conducta es peligrosa para el orden jurídico.

“...Según la teoría subjetiva -dice WELZEL, citado por JIMÉNEZ DE ASÚA-, no necesita la realización externa de la voluntad ser peligrosa como tal, puesto que es ya seriamente peligrosa para el orden jurídico la voluntad que con su actuación cree iniciar inmediatamente la realización del delito. Por eso, sin tomar en consideración la no peligrosidad objetiva, será penada la tentativa con medios inidóneos o sobre objeto inidóneo, cuando el autor los estimó como idóneos”⁽³⁵⁶⁾

⁽³⁵⁵⁾ Obra citada, pág. 286.

⁽³⁵⁶⁾ Citado por JIMÉNEZ DE ASÚA, obra citada. *Tratado de Derecho Penal*, tomo VII, pág. 672.

112. B) TEORIA DEL DISVALOR DE LA ACCION

Según el criterio finalista de la teoría del disvalor de la acción, de corte subjetivista, la tentativa es punible aun cuando sea inidónea absolutamente, precisamente debido a que la acción es disvaliosa, de la cual resulta un disvalor del resultado, que da lugar a la antijuridicidad.

“A la relación entre juicios de valor, normas de conducta y disvalor de la acción -expresa EBARHARD STRUENSEE-, fue primeramente ARMIN KAUFMANN, quien le dio claros contornos, en su “Normentheorie”. A partir de una primera valoración positiva, que constituye los bienes jurídicos, sigue un juicio de valor negativo sobre todo suceso que lesione un bien jurídico...”⁽³⁵⁷⁾

Uno de los partidarios de esta teoría es JIMÉNEZ DE ASÚA, quien la explica detalladamente y emite su propia opinión, por lo que procedo a citar su exposición:

“... el criterio de que la inidoneidad absoluta produce impunidad, se basa... en el principio objetivo del peligro corrido por el bien jurídico. Con un medio radicalmente inidóneo, el interés que el derecho protege, jamás estuvo en

⁽³⁵⁷⁾ STRUENSEE, EBERHARD, *Dolo, Tentativa y Delito Putativo*, traducción de Marcelo A. Sancinetti, primera Edición, Buenos Aires, editorial Hamurabi, S.R.L., 1992, pág. 49.

riesgo. Pero esta tesis, terminantemente causalista, no resiste el criterio de las teorías finalistas, y si para fundamentar la punición de la tentativa posible hemos preferido ese basamento, forzoso es seguirle ahora considerándolo como acierto. En tal sentido resulta obvio que si se trata de una acción disvaliosa y el tipo subsiste (diferente sería el caso de carencia de tipo), es evidente que la punición halla su arranque aquí con las mismas razones que las asignadas para penar la tentativa ordinaria.

“Quiérase o no -prosigue JIMÉNEZ DE ASÚA-, hay en esta posición elementos subjetivos; el finalismo supone la voluntad del agente dirigida a la ejecución de un resultado que la ley pena, mediante una acción que por eso, es disvaliosa”.⁽³⁵⁸⁾

Según la teoría de referencia, el disvalor de la acción como fundamento para punir la tentativa de delito imposible, se encuentra unido al disvalor del resultado, con lo cual se concretiza la antijuridicidad, mismo criterio que admite JIMÉNEZ DE ASÚA.

“Sabemos que la moderna tesis del disvalor de la acción -dice JIMÉNEZ DE ASÚA-, no sólo afirma una nueva perspectiva de la antijuridicidad, sino que (a nuestro juicio)

⁽³⁵⁸⁾ Obra citada, pág. 704 y 705.

establece bases sólidas para razonar la punibilidad de la tentativa y del delito frustrado. Pero lejos de servir de fundamento para la equiparación de la penalidad del delito consumado y de la frustración, nos demuestra que esa penalidad ha de ser distinta. Los partidarios del disvalor de la acción, jamás niegan que haya también un disvalor del resultado y que la antijuridicidad de éste subista con la de la acción. Por eso, el disvalor del acto no puede menos de merecer pena pero si unimos a éste el disvalor del resultado, la penalidad de la infracción consumada ha de ser más alta".⁽³⁵⁹⁾

El criterio subjetivo ha sido criticado, con base en su falta de consideración del peligro corrido del bien jurídico tutelado, como lo ha hecho notar CARRARA, quien "... ha establecido que son dos (no uno solo) los elementos contra los cuales está dirigida la ley criminal. Dos (no uno solo) es decir, la intención malvada (primer elemento), y el hecho externo o peligroso o dañoso (segundo elemento) indispensable ..."⁽³⁶⁰⁾

113. C) TEORIA DE LA PELIGROSIDAD

Según la doctrina, la teoría de la peligrosidad mitigó los excesos de la teoría intencional, misma que se debió a

⁽³⁵⁹⁾ Obra citada, pág. 706.

⁽³⁶⁰⁾ Citado por JIMÉNEZ DE ASÚA, obra citada, pág. 680.

GARÓFALO, "quien -según JIMÉNEZ DE ASÚA-, aplicó a esta cuestión los principios del positivismo. La medida de la penalidad está en la perversidad del agente, y por tanto, si la tentativa es bastante para revelar la existencia de temibilidad en el reo, no hay diferencia entre la imposible y la otra. Lo que habría que investigar, sean cualesquiera los medios, es, primero, si la voluntad criminal se ha manifestado de una manera no dudosa, y después si esta voluntad criminal es peligrosa, porque la perversidad que no lleva a la acción no reclama represión alguna por parte de la sociedad. La elección de los medios puede acusar la falta de energía o la torpeza del agente, como cuando éste se imaginase que podía envenenar a un hombre con azúcar o sal común, o matarle con un fusil disparado a una distancia inverosímil. En estos casos no habría delitos, no ya a causa de la insuficiencia del medio, sino porque esta insuficiencia es una prueba de que el agente no es capaz de cometer el delito. Este individuo no tiene más que veleidades de delito, pero en el hecho es inofensivo; por tanto la represión penal sería absurda.

"Según BELING Y LOGUI, la tentativa de un delito inidóneo sirve de índice para declarar la peligrosidad del

agente. La ley española de Vagos y Maleantes, de 4 de Agosto de 1932, sigue este criterio.⁽³⁶¹⁾

"FERRI, de acuerdo con GAROFALO, expresa que la tentativa es suficiente manifestación de la voluntad criminal".⁽³⁶²⁾

114. D) TEORIA DE LA PELIGROSIDAD OBJETIVA EN CONCRETO

FLORIAN por su parte, siguiendo el criterio de GARÓFALO Y FERRI, desarrolló la teoría denominada por él mismo teoría de la peligrosidad objetiva en concreto, misma teoría que a continuación expongo:

"La Ley Penal, -explica EUSEBIO GÓMEZ-, desarrollando esta teoría se aplica al delincuente socialmente peligroso; ahora, cuando la voluntad delictuosa se ha manifestado objetivamente, corresponde averiguar si la manifestación de voluntad resulta reveladora de una individualidad temible, de una actividad peligrosa.

⁽³⁶¹⁾ Obra citada, *La Ley y el Delito*, págs. 525 y 526

⁽³⁶²⁾ Citado por GÓMEZ, EUSEBIO, obra citada, pág. 468.

"Si todo delito sintomático de peligrosidad, conforme al principio que ha sido aceptado, se impone la conclusión de que la tentativa también lo es, y que, por ende, la defensa social frente a ella, es ineludible. La punibilidad de la tentativa no tiene pues otro fundamento que el que tiene la punición en general, con prescindencia de toda consideración vinculada al peligro de la misma..."⁽³⁶³⁾

El criterio de FLORIAN es eminentemente subjetivo, puesto que funda la pena de la tentativa en la manifestación de voluntad temible por parte del agente y por tanto peligrosa.

MARIANO JIMENEZ HUERTA, critica la opinión de la Escuela Positiva sobre la punibilidad de la tentativa de delito imposible, cuyos conceptos cito en seguida:

"...El pensamiento de los positivistas y pseudopenalistas que abrevan en esta periclitada escuela, pues unos y otros tratan de sustituir el peligro objetivo que la concreta conducta pone de manifiesto, por la peligrosidad personal que yace en el sujeto. Esta manera de plantear el problema es inaceptable; adolece de inseguridad jurídica e inconsistencia científica que caracterizan las concepciones positivistas, ya que prescinde de los cimientos políticos, científicos y humanos que sustentan el edificio de la

⁽³⁶³⁾ Idem.

antijuridicidad típica. El dispositivo de la tentativa tiene la misma significación teleológica -tutela de bienes jurídicos determinados-, que las figuras típicas. Y en cuanto representa una extensión del tipo, similar fundamento que el que corresponde a éste proteger enérgicamente los bienes jurídicos frente a determinadas conductas peligrosas".⁽³⁶⁴⁾

Por mi parte también estimo que la opinión de los positivistas es inadecuada para solucionar el problema de la punibilidad o no punibilidad de la tentativa de delito imposible, toda vez que al sujeto pasivo de la misma, no puede sancionarse en virtud de sus características personales, puesto que las sanciones penales no se imponen porque un sujeto haya revelado cierta temibilidad, sino porque éste, con su acción, produjo un resultado delictuoso.

Además, si el agente, con su conducta obtuvo como resultado una tentativa de delito imposible, puede afirmarse que difícilmente podría calificarse como un sujeto temible; por lo que puedo afirmar que en todo caso se trataría de un individuo de mínima o nula temibilidad, puesto que no sólo fue incapaz de perpetrar el delito que se había propuesto, sino que ni siquiera pudo poner en peligro el bien jurídico tutelado por la ley penal.

⁽³⁶⁴⁾ Obra citada, págs. 359 y 360.

115. E) TEORIA DE LA IMPRESION

Según la teoría de la impresión, para que la tentativa sea punible, son suficientes aquellas conductas que suscitan la impresión de un comienzo de ejecución. MEZGER explica que "...esta teoría da relieve el concepto de la prevención general, que es propio del Derecho Penal: ya es peligrosa -dicen sus partidarios-, toda conducta que suscita en la colectividad la impresión de que se realiza un ataque contra el ordenamiento jurídico y que perturba, por consiguiente, la segura validez del mismo en la conciencia de la colectividad. También el carterista que pone la mano en el bolsillo que está, por casualidad vacío, perturba en este sentido, el ordenamiento jurídico y merece una pena..."⁽³⁶⁵⁾

Según MEZGER, "...esta teoría de la impresión ha sido sostenida muy especialmente por VON BAR... de acuerdo con A. HORN..."⁽³⁶⁶⁾

Por mi parte opino que no es acertado el criterio de la teoría de la impresión debido a que la subjetividad que propone para calificar una conducta como tentativa punible se aparta por completo de la naturaleza jurídica de la

⁽³⁶⁵⁾ Obra citada, pág. 288.

⁽³⁶⁶⁾ Idem.

tentativa olvidándose asimismo del principio de ejecución que la caracteriza y no toma en cuenta que un acto preparatorio también puede suscitar en la colectividad la impresión de que se pretende realizar un ataque contra un ordenamiento jurídico, de ahí que no debe admitirse este criterio.

116. TEORIAS INTERMEDIAS

Las teorías intermedias de la tentativa, aparentemente son eclécticas porque refieren aspectos subjetivos y objetivos de la tentativa, no obstante han establecido paradigmas que llegan a la conclusión de defender el criterio de la punibilidad de la tentativa de delito imposible, por lo menos en algunas de sus hipótesis, por cuyo motivo decidí incluirlas en este capítulo.

La tesis de VON LISZT es la más importante entre las teorías intermedias de la cual expondré en seguida las principales ideas:

117. A) TEORIA DE FRANZ VON LISZT

La teoría desarrollada por VON LISZT ha sido ubicada entre las teorías intermedias o mixtas por presentar elementos objetivos y subjetivos, puesto que se funda en el peligro y

asimismo en las circunstancias que el agente conoció o pudo conocer. Así lo explica JIMÉNEZ DE ASÚA, cuyas palabras cito en seguida:

“Una de las más jurídicamente desarrolladas, y por tanto, de las más interesantes para nosotros -manifiesta JIMÉNEZ DE ASÚA, es la teoría intermedia de FRANZ VON LISZT...”⁽³⁶⁷⁾

Según el criterio de LISZT -explica JIMÉNEZ DE ASÚA, la tentativa es "la manifestación de voluntad dirigida a la ejecución del hecho y tiene su esencia en el carácter peligroso de la manifestación de voluntad; de donde se deduce que la tentativa no peligrosa no es tal tentativa, y, por consiguiente no es punible..."⁽³⁶⁸⁾

La tesis de LISZT parece seguir los principios de la escuela clásica, pero luego de exponer algunos casos prácticos nos lleva a las mismas soluciones similares a la que propone JIMÉNEZ DE ASÚA, quien advierte lo siguiente:

“Hasta aquí -explica JIMÉNEZ DE ASÚA, refiriéndose a VON LISZT-, parece inclinado a la teoría objetiva, pero luego señala diferencias que en los más importantes casos prácticos

⁽³⁶⁷⁾ Obra citada, *Tratado de Derecho Penal*, tomo VII, pág. 682.

⁽³⁶⁸⁾ Citado por JIMÉNEZ DE ASÚA, obra citada, *La Ley y el Delito*, pág. 526.

le llevan a soluciones similares a las sustentadas por los representantes de la doctrina subjetiva. En primer término, el acto no debe ser considerado según una generalización abstracta, sino que deben tenerse en cuenta las circunstancias especiales que le acompañan: es necesario el peligro concreto. Además deben apreciarse, como prognosis posterior, las circunstancias cognoscibles o sólo conocidas del autor en el momento de la ejecución, al cual ha de remontarse el juzgador y en cambio no deben apreciarse las circunstancias descubiertas por el curso posterior de los acontecimientos. Por ende, esta teoría es objetiva en cuanto toma por base la noción del peligro, y subjetiva en cuanto acepta, como criterio complementario, las circunstancias que el autor ha conocido o podido conocer: prognosis posterior.”⁽³⁶⁹⁾

Este ejemplo de VON LISZT expresa JIMÉNEZ DE ASÚA, aclara su pensamiento: “La tentativa de aborto, de parte de una mujer que no está embarazada, es punible cuando la existencia del embarazo no es completamente imposible; la tentativa de dar muerte a un niño que nace muerto es punible si la muerte no es indudable.

⁽³⁶⁹⁾ Obra citada, pág. 682.

"Esta teoría del peligro concreto del agente, es tan seguida que forma la opinión común. Busca, más bien, el aspecto subjetivo que el meramente objetivo, aunque aparezca como "intermedia". Es evidente que no se comete un asesinato cuando se dispara contra un tronco de árbol, y que nadie puede ser envenenado con agua azucarada. El hombre que en esos casos creyera causar la muerte de otro, tan sólo es un loco más o menos peligroso". ⁽³⁷⁰⁾

Esta teoría al pretender ubicarse en una postura intermedia, afirmando que el fundamento para punir la tentativa, radica en un elemento objetivo consistente en el peligro y asimismo en un elemento subjetivo, que radica en las circunstancias que el agente conoció o pudo conocer, llega a conclusiones que a mi parecer, son contradictorias, en virtud de que por un lado alude peligro corrido y por otra parte sustenta sus principios en las circunstancias que el agente ha conocido o podido conocer, lo que según su criterio no siempre ha de significar una puesta en peligro del bien jurídicamente tutelado.

118. B) TEORIA DE LOS DOS ERRORES

La teoría de los dos errores fue formulada por FINGER, también es de carácter intermedio o mixto y más adelante fue adoptada por GRAF ZU DOHNA.

⁽³⁷⁰⁾ Obra citada, pág. 527.y 528.

Estos tratadistas toman como referencia por un lado, las leyes del acontecer que consideran como error nomológico; y por otra parte, las situaciones reales que denominan error ontológico.

. Al mencionar esta teoría, JIMÉNEZ DE ASÚA considera que "... debe insistirse aquí, al ocuparnos de lo absoluto o relativo de la inidoneidad como medio de decir la punibilidad del hecho intentado, en la teoría del error nomológico y error ontológico de FINGER y de DOHINA... En efecto ALESSANDRO MALINERVI (reciente penalista italiano), piensa que la tentativa será idónea y punible (advírtase que ni siquiera reconoce que la tentativa sea inidónea, aun que punible) cuando el agente comete un error ontológico; por ejemplo cuando alguien cambia de taza de té efectivamente envenenada por el agente, por otra que no contiene veneno alguno.

"En cambio -dice MALINERVI-, el delito queda impune cuando el resultado no se produce por la impropiedad o falta de un elemento no expresamente indicado en el tipo, pero necesario para causar el resultado. El error del agente será entonces nomológico. Parecería a primera vista que MALINERVI se estaría refiriendo a la carencia de tipo, pero no es así, como puede deducirse del ejemplo de que se vale, que claramente alude a un caso de inidoneidad del medio: la

mujer que toma una taza de té creyendo que es un abortivo”.⁽³⁷¹⁾

Al hablar de estos tipos de errores, obviamente MALINERVI, contempla la distinción entre inidoneidad inicial y sucesiva, en el error nomológico, toma en cuenta la idoneidad que el agente conoció antes de la conducta y en el error ontológico, considera las circunstancias objetivas del hecho; en síntesis no contiene características novedosas y sanciona la tentativa de delito imposible.

119. C) TEORIA DEL DEFECTO DEL TIPO

MAURACH expone la teoría del defecto del tipo que consiste fundamentalmente “... en limitar de este modo desde un principio los casos no merecedores de punición... Figuran entre los supuestos de defecto de tipo los casos de medio y objeto absolutamente inidóneos... se da tentativa punible si el carterista mete la mano en el bolsillo vacío; y por el contrario, defecto de tipo cuando se apodera de su propio reloj que poco antes le había robado un compañero...”⁽³⁷²⁾

JIMÉNEZ DE ASÚA hace notar que MAURACH “... soluciona el problema... partiendo de la teoría subjetiva del Tribunal del Reich, pero con la introducción de un elemento

⁽³⁷¹⁾ Obra citada, *Tratado de Derecho Penal*, tomo VII, pág. 704.

⁽³⁷²⁾ MAURACH, REINHART, *Tratado de Derecho Penal*, primera edición, Barcelona, Ediciones Ariel, 1962, tomo II, pág. 192.

objetivo, tan reducido, que sólo elimina prácticamente de la peligrosidad concreta el que llama delito irreal... todo se reduce como hemos observado a declarar merecedores de pena sólo aquellas acciones que se asientan en el terreno de la realidad. En suma solo queda eliminada la tentativa con medios absolutamente irreales, especialmente la tentativa supersticiosa..."⁽³⁷³⁾

Aun cuando MAURACH introduce en su teoría la idoneidad, como elemento objetivo, acaba sancionando la tentativa de delito imposible, cuando la inidoneidad es relativa.

120. E) TEORIA DE LA AMPLIACION

Criticando esta teoría, JIMÉNEZ DE ASÚA dice que "con infructuosa aspiración de lograr una teoría mixta... SABER acude a la llama ampliación subjetiva. Con ella parecería querer atrapar la penalidad, no sólo de la tentativa inidónea, sino también de la carencia de tipo, pero declara ésta impune, para sin embargo, opinar después que puede ser castigada..."⁽³⁷⁴⁾ En efecto declara, primero, que "una extensión de la tentativa, por motivos político-criminales, sólo es posible en el sentido de la teoría subjetiva, cuando la

⁽³⁷³⁾ Obra citada, *Tratado de Derecho Penal*, tomo VII, pág. 684.

⁽³⁷⁴⁾ Idem.

idoneidad del medio está presente en la imagen del hecho del autor...”⁽³⁷⁵⁾

Este planteamiento lo explica JIMÉNEZ DE ASÚA señalando que “... el esfuerzo de SABER estriba en querer que el criterio para esa ampliación subjetiva ha de seguir siendo objetivo, por lo único que varía es el objeto de la valoración. La peligrosidad del medio estrictamente objetiva es un juicio fáctico, la ampliación subjetiva, lo que hace es exigir en juicio del medio comisivo que el autor se representa, es decir una valoración de la imagen del hecho.

“Al llegar a este punto SABER... se limita a la imagen del hecho representado por el autor. En esta parte de su vacilante expresión, vuelve a la carencia de tipo... y le vemos postular la posibilidad de imponer una pena... luego contrario a la delimitación del tipo para volver al criterio de que el legislador puede crear una figura que sancione la imaginada realización del tipo inexistente, igual que la tentativa.”⁽³⁷⁶⁾

De ningún modo es admisible la teoría de SABER que denota inconsistencia jurídica, al pretender que una tentativa de delito imposible declarada como no punible, sea sancionada por ampliación subjetiva, es decir, cuando el agente se ha representado como posible la consumación del delito.

⁽³⁷⁵⁾ Citado por JIMÉNEZ DE ASÚA, obra citada, pág. 683.

⁽³⁷⁶⁾ Obra citada, pág. 683.

121. OPINIONES DE AUTORES QUE SOSTIENEN LA PUNIBILIDAD DE LA TENTATIVA DE DELITO IMPOSIBLE

JIMÉNEZ DE ASÚA, expone las opiniones de algunos autores que preconizan la no punibilidad de la tentativa de delito imposible, bajo los principios de la teoría subjetiva, por lo que a continuación transcribo en esencia las palabras del citado penalista.

"Desde 1872 sostuvo insistentemente VON BURI la falta de resultado en la tentativa, por lo que es inútil según él, esclarecer la causalidad entre acción y resultado. Como hemos dicho, el peligro, según VON BURI, es una pura abstracción subjetiva. 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...

"VON BURI hizo una activa campaña en favor de su teoría, que por fin logra imponer en el Reichgericht, a partir de la sentencia de 24 de mayo de 1880, con motivo de un infanticidio intentado sobre un niño muerto".⁽³⁷⁷⁾

⁽³⁷⁷⁾ Obra citada, *La Ley y el Delito*, pág. 525.

Más adelante expresa JIMÉNEZ DE ASÚA que "ERNESTO DELAQUIS también opina como VON BURI.

"Por cuanto se refiere a los autores franceses, mantienen los principios de la teoría subjetiva SALEILLES, VIDAL, GARRAUD, BERNARD, etc".⁽³⁷⁸⁾

El penalista argentino CARLOS FONTAIN BALESTRA, explica la razón de punir la tentativa en los siguientes términos:

"...Aquí la ley adopta un criterio subjetivo peligrosista. pues la razón de ser, no ya del quantum -cuantía- de la pena, sino de la pena misma, es el grado de peligrosidad revelado por el delincuente..."⁽³⁷⁹⁾

SÁINZ CANTERO, evidentemente confunde la tentativa de delito imposible, que no pone en peligro el bien jurídicamente tutelado por la norma penal, con la tentativa acabada o inacabada, en donde sí se presenta el elemento del peligro corrido.

⁽³⁷⁸⁾ Obra citada, pág. 525.

⁽³⁷⁹⁾ FONTAIN BALESTRA, CARLOS.- *Derecho Penal, Introducción y Parte General*, tercera edición, Buenos Aires, editado por Abeledo Perrot, 1957 pág. 380.

“... sólo serán punibles -dice SÁINZ-, los casos de tentativa imposible que supongan inicio de los actos ejecutivos y pongan en peligro el bien jurídico o, al menos, produzcan conmoción en la confianza que la comunidad tiene en la vigencia del Derecho ...”⁽³⁸⁰⁾

SANCHEZ TEJERINA opina que en cuanto a la penalidad, “... el delito imposible deberá ser equiparado al delito frustrado, con el que tiene alguna analogía...”⁽³⁸¹⁾

También ANTONIO QUITANO RIPOLLÉS, equipara la tentativa de delito imposible con la simple tentativa, por lo cual reconoce que son igualmente punibles, al afirmar que “... hay comienzo de ejecución insuficientemente llevado a cabo en quien suministra con ánimo de matar con una cantidad insuficiente de veneno...”⁽³⁸²⁾

“... La interpretación más correcta del delito imposible - agrega QUINTANO RIPOLLÉS- es la de una falta de idoneidad del medio, que nada impediría encuadrar en la tentativa...”⁽³⁸³⁾

⁽³⁸⁰⁾ SÁINZ CANTERO, JOSE A., *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, , primera edición, Barcelona, editado por Bosch, Casa Editorial, S.A., 1985, tomo III pág. 168.

⁽³⁸¹⁾ SÁNCHEZ TEJERINA, ISAIAS. *Derecho Penal Español, Parte General y Especial*, primera edición, España, editada por la Facultad de Salamanca, 1937, págs. 300 y 301.

⁽³⁸²⁾ QUINTANO RIPOLLÉS, ANTONIO.- *Compendio de Derecho Penal*, primera edición, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, volumen I, pág. 377.

⁽³⁸³⁾ Obra citada, pág. 378

Por su parte, PATRICIA LAURENZO distingue entre los delitos de lesión y los de peligro.

“De cuanto se ha dicho sobre las distintas clases de delitos -aduce-, puede concluirse que son delitos de resultado, todos los delitos de lesión y los de peligro concreto...

“Los delitos de peligro abstracto, por su parte, constituirán una categoría específica, cuya particularidad reside en que, si bien no exigen un resultado estructural, sí presuponen una cierta vinculación con el bien jurídicamente tutelado, de donde se puede deducir que contienen un desvalor potencial de resultado”.⁽³⁸⁴⁾

Del mismo modo opina MANUEL LUZON, quien señala que “... en el caso del delito imposible...el sujeto no sólo ha dado muestras de peligrosidad social subjetiva sino que ha obrado, de manera voluntaria y con una inequívoca conducta externa, contra el ordenamiento jurídico en su esfera de relevancia penal, por lo cual ha cometido un delito de manera

⁽³⁸⁴⁾ LAURENZO COPELLO, PATRICIA.- *El Resultado en Derecho Penal*, primera edición, Valencia, editado por Tirant lo Blach Alternativa, 1992, pág. 182.

activa formal...desde luego, merecedora de sanción penal".⁽³⁸⁵⁾

FRANCISCO MUÑOZ Y MERCEDES GARCIA, justifican la punibilidad considerando las pretensiones del agente.

"... si... se admite que el sujeto podía razonablemente pretender la consumación del delito, su tentativa será punible..."⁽³⁸⁶⁾

SANTIAGO MIR considera que un Derecho "... debe penar comportamientos que al realizarse, aparezcan como peligrosos para bienes jurídicos. La tentativa inidónea es peligrosa en la medida en que para el espectador objetivo situado en lugar del autor, hubiera podido no concurrir en ella la inidoneidad y producirse por su virtud el delito"⁽³⁸⁷⁾

En la opinión de JUAN DEL ROSAL, "... la tentativa imposible constituye, por sí misma, una contradicción sistemática con líneas ordenadoras del sistema punitivo

⁽³⁸⁵⁾ LUZON CUESTA, MANUEL, *Compendio de Derecho Penal, Parte General*, primera edición, España, editado por el Tribunal Supremo de Málaga, 1985, pág. 182.

⁽³⁸⁶⁾ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO Y GARCIA ARAN, MERCEDES. *Derecho Penal, Parte General*, primera edición, Valencia, editado por Tirant lo Blanch, 1993, pág. 378.

⁽³⁸⁷⁾ MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal, Parte General*, primera edición, Barcelona, editado por Promociones Publicaciones Universitarias, 1974, pág. 297.

vigente; pero todavía se resalta más aún si se tiene presente que la imposición de la pena se hace de acuerdo con el hecho cometido... “⁽³⁸⁸⁾

Asimismo EMILIO DE TOLEDO Y SUSANA HUERTA, consideran que: “Precisamente porque la tentativa idónea y la tentativa inidónea no son diferentes ambos muestran el mismo disvalor de la acción y en ese momento, son igualmente peligrosos para el bien jurídico protegido, esto es, muestran el mismo disvalor de resultado, es por lo que ambas se castigan con pena idéntica...” ⁽³⁸⁹⁾

Por su parte, ENRIQUE BACIGALUPO, considera que “... el caso de imposibilidad sólo presenta una atenuación de pena que tiene en consideración el menor disvalor del resultado...” ⁽³⁹⁰⁾

FEDERICO CASTEJON considera “preferible...el criterio subjetivo...” ⁽³⁹¹⁾

⁽³⁸⁸⁾ DEL ROSAL, JUAN, *Derecho Penal Español*, primera edición, Madrid, editado por Talleres Silverio Aguirre, 1960, pág. 397.

⁽³⁸⁹⁾ TOLEDO YUBIERTO, EMILIO OCTAVIO DE HUERTA TOCILDO, SUSANA.- *Derecho Penal, Parte General*, segunda edición corregida y aumentada, Madrid, editado por Rafael Castellanos, 1986, pág. 465.

⁽³⁹⁰⁾ BACIGALUPO, ENRIQUE.- *Manual de Derecho Penal, Parte General*, segunda reimpresión de la primera edición, Bogotá, Colombia, Editorial Temis, S.A., 1994, pág. 170.

⁽³⁹¹⁾ CASTEJON, FEDERICO.- *Derecho Penal*, primera edición, Madrid, Editorial Reus. S.A., 1931, tomo I, pág. 211.

Entre los penalistas que sostienen la opinión de las teorías intermedias, se encuentra ZURCHER, quien refiriéndose a los ejemplos citados manifiesta lo siguiente:

""...Generalmente el asunto se presenta de otro modo. El uno no ha disparado sólo a un tronco de árbol, sino porque en la obscuridad ha creído apuntar al hombre que esperaba; el otro queriendo envenenar a su enemigo con arsénico, tomó, por inadvertencia, el recipiente que contenía azúcar...""⁽³⁹²⁾

Por su parte GAUTIER, quien según JIMÉNEZ DE ASÚA, también sostiene el criterio de las teorías intermedias, declara que "el delito imposible no es una fantasía jurídica. Se trata de casos muy frecuentes y peligrosos: La mujer que creyéndose encinta, sin estarlo, toma un remedio para abortar. ¿Queremos verdaderamente asegurar la impunidad de estas gentes?. Constituyen sin embargo un gran peligro para el orden social" ⁽³⁹³⁾

JESCHECK manifiesta que "decisiva para la punibilidad de la tentativa, es la voluntad del autor contraria al Derecho ... reside el daño para la comunidad tanto en la

⁽³⁹²⁾ Citado por JIMÉNEZ DE ASÚA, *La Ley y el Delito*, obra citada, pág. 527.

⁽³⁹³⁾ Citado por JIMÉNEZ DE ASÚA, obra citada, pág. 527.

tentativa idónea, como en la inidónea, añadiéndose en la tentativa idónea además, la puesta en peligro... "(394)

Entre los Penalistas Mexicanos que proponen una solución de carácter subjetivo para el difícil problema objeto del presente estudio, se encuentra IGNACIO VILLALOBOS. A continuación se transcriben en lo conducente sus palabras:

"Nosotros sin compartir la teoría subjetiva de la antijuridicidad, que reduce el Derecho a meras disposiciones imperativas o a mera energía espiritual del Estado, abundamos en el criterio que considera el orden público marcado, prácticamente, en los preceptos legales de cada Sistema Político, por tanto que el solo hecho de ir contra tales preceptos significa un ataque contra la organización social. Esto nos fuerza a repetir que no sólo la tentativa constituida por actos que se encaminan directa e inmediatamente a realizar el delito debiera considerarse punible sino todo aquello con que definida e inequívocamente se vaya contra el mandato o la prohibición de las leyes penales, como sucede tratándose de la incitación hecha en forma real y por medios que puedan ser efectivos, o de algunos atentados que circunstancialmente resultan de imposible consumación".(395)

(394) JESCHECK, HANS HEINRICH, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, traducción y adiciones por MIR PUIG y MUÑOZ CONDE, primera edición, Barcelona, editado por Bosch, Casa Editorial, S.A., 1981, volumen II, pág. 726.

(395) Obra citada, pág. 167.

De las ideas expuestas, puede advertirse que la tesis de la teoría subjetiva preconiza la punibilidad de la tentativa de delito imposible teniendo como sustento los siguientes criterios:

En primer lugar esta teoría funda su tesis en la opinión del agente, calificando como punibles los actos de tentativa, cuando éste considera que dichos actos son idóneos, lo cual según mi opinión, es inadmisibles, porque estaríamos sancionando la intención y no el hecho.

Asimismo expone la teoría subjetiva la imposibilidad de distinguir entre acciones idóneas e inidóneas de tentativa, y concluye que por no lograr el resultado proyectado por el agente, toda tentativa es inidónea, lo cual tampoco puede admitirse porque sí es posible distinguir las acciones idóneas de las inidóneas, y también los medios idóneos de los inidóneos.

La teoría de referencia, también señala como fundamento de su criterio, la necesidad de sancionar toda actuación de la voluntad delictiva del autor, aunque tales acciones sean consideradas en el caso concreto, no peligrosas, es decir, que encuentra el fundamento de la punibilidad de la tentativa en la intención delictiva del agente; cuya posición considero equivocada debido a que para las

leyes penales, carece de relevancia lo que un sujeto piense o quiera, y por tanto no sancionan la intención de delinquir por sí misma.

122. CONCEPCION SUBJETIVA DE LA INIDONEIDAD

De lo expuesto fácilmente he llegado a la conclusión de que entre las teorías subjetivas, así como en las intermedias, se ha considerado un elemento objetivo: la idoneidad, misma que ha sido apreciada subjetivamente.

En mi concepto una concepción subjetiva de la idoneidad, contradice la naturaleza jurídico-penal de la tentativa, según la cual, esta figura es un delito de peligro.

Según el señalamiento que hace MEZGER, esta teoría considera idónea y en consecuencia punible, toda acción de tentativa, cuando según la opinión subjetiva del autor, los actos ejecutivos y los medios pueden servir para alcanzar su resolución.⁽³⁹⁶⁾

JOSE ANTON ONECA Y ADOLFO DE MIGUEL GARCILÓPEZ, sostienen que si debido a una inidoneidad relativa de los actos, para alcanzar la consumación del delito,

⁽³⁹⁶⁾ Obra citada, pág. 285.

“... si no era imposible que la produjeran, y puesto que cabe el delito consumado, puede tener lugar la infracción”⁽³⁹⁷⁾

JUAN BUSTOS RAMIREZ, sostiene que la tentativa de delito imposible, relativamente inidónea es punible, no así la absolutamente inidónea. ⁽³⁹⁸⁾

Con base en lo expuesto debo señalar que las teorías de referencia no presentan un criterio definido acerca de la inidoneidad de los medios o acciones de tentativa, por cuanto por un lado toman como fundamento de la pena de la tentativa, la opinión subjetiva del autor; y por otra parte fundamentan la punibilidad de la tentativa en una concepción del citado elemento, que el juzgador podrá apreciar de manera abstracta, es decir, aun cuando no exista verdaderamente en el caso concreto, por cuyo motivo considero equivocadas las opiniones aludidas.

123. CONCEPCION SUBJETIVA DEL PELIGRO

En la tentativa punible, por no llegar la acción a producir el daño querido por el agente, el resultado que emana de la

⁽³⁹⁷⁾ ONECA, JOSE ANTÓN Y MIGUEL GARCILÓPEZ, ADOLFO DE, *Derecho Penal, Parte General*, primera edición, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1940, pág. 128.

⁽³⁹⁸⁾ BUSTOS RAMIREZ, JUAN.- *Manual de Derecho Penal Español, Parte General*, primera edición, Barcelona, Editorial Ariel, S.A., 1984, pág. 319.

misma es el peligro corrido, por lo que debe conceptuarse al peligro como una forma especial del resultado.

No obstante, el peligro corrido lo concibe equivocadamente, VON BURI como una abstracción subjetiva, puesto que según su criterio, no es posible establecer una relación de causalidad entre la acción y el resultado.⁽³⁹⁹⁾

Así lo sostiene PATRICIA LAURENZO, quien dice: “Los delitos de peligro abstracto, por su parte constituirán, una categoría específica..”⁽⁴⁰⁰⁾

Igualmente SANTIAGO MIR expresa que “...la tentativa inidónea es peligrosa en la medida en que para el espectador objetivo situado en lugar del autor, hubiera podido no concurrir en ella la inidoneidad...”⁽⁴⁰¹⁾

Siguiendo los postulados de la teoría del disvalor de la acción, EMILIO DE TOLEDO Y SUSANA HUERTA han defendido el criterio según el cual “... la tentativa idónea y la tentativa inidónea no son diferentes (ambos muestran el mismo disvalor de la acción y en ese momento, son

⁽³⁹⁹⁾ Citado por JIMÉNEZ DE ASÚA, *La Ley y el Delito*, obra citada, pág. 525.

⁽⁴⁰⁰⁾ Obra citada, pág. 182.

⁽⁴⁰¹⁾ Obra citada, pág. 297.

igualmente peligrosos para el bien jurídico protegido...) es por lo que ambas se castigan con pena idéntica..."⁽⁴⁰²⁾

Es notorio que estos penalistas equiparan el peligro abstracto, con el peligro concreto como criterio para punir la tentativa.

ANTOLISEI, criticando esta concepción del peligro, explica que existe el peligro abstracto cuando la probabilidad del daño se presenta sin tener en cuenta las especiales circunstancias del hecho aislado; "cuando no debe en todo caso ser demostrada como existente en las circunstancias peculiares del hecho mismo...

"En otros términos, el peligro abstracto sería un peligro genérico e indeterminado, que en el caso especial puede encontrarse o no: que no interesa que sea encontrado o no, mientras que el peligro concreto debería en todo caso existir y ser demostrado.

"Creemos que el concepto de peligro abstracto en los términos antes empleados, no tiene fundamento lógico. Si, en efecto, el peligro exige la probabilidad de un resultado

⁽⁴⁰²⁾ Obra citada, pág. 465.

antijurídico, esta probabilidad debe siempre verificarse para que se pueda hablar de peligro...

"Por eso el concepto de peligro abstracto no puede ser aceptado por la ciencia del Derecho. Todo peligro es probabilidad de un resultado determinado y en este sentido es peligro concreto".⁽⁴⁰³⁾

Por mi parte estimo que la tesis referente al peligro abstracto en la tentativa, no es acertada, por lo cual no debe admitirse, ya que adopta concepciones imaginarias, es decir que ni si quiere atiende a los principios de la lógica, según los cuales el peligro como resultado, no puede ser una simple abstracción de la mente, sino un elemento comprobable, toda vez que debe contener implícita la probabilidad de daño.

En virtud de lo anteriormente expuesto es de concluirse que los elementos consistentes en la idoneidad y el peligro, no solamente han sido considerados por las teorías objetivas, sino como quedó demostrado, también los contemplan las teorías subjetivas, empero éstas los han concebido subjetivamente.

⁽⁴⁰³⁾ Obra citada, págs. 203 y 204.

124. TESIS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION RELACIONADAS CON LA PUNIBILIDAD DE LA TENTATIVA DE DELITO IMPOSIBLE

No hay hasta el momento tesis jurisprudenciales que resuelvan el problema de referencia, y aun cuando los criterios que en adelante expongo, son anteriores a la última reforma del artículo 12 del Código Penal de 1931, son enteramente aplicables al texto vigente, toda vez que éste no establece expresamente si la tentativa de delito imposible es punible o no punible, por tanto procedo a citar en esencia la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitida en el toca 1094/57, donde sanciona la tentativa de delito imposible aun siendo inexistente el objeto.

TOCA No. 1094/57

"Expresa el quejoso que la sentencia impugnada viola los artículos 10 y 229 del Código Penal de Veracruz y 157 fracción I y 164 párrafo II del Código de Procedimientos Penales, en relación con los artículos 14 y 16 Constitucionales, al estimar que están plenamente comprobadas, tanto la existencia del cuerpo del delito de homicidio en grado de tentativa, como su responsabilidad en la comisión de tal delito tentado, afirmación que es contraria a toda concepción

doctrinal sobre lo que debe entenderse por tentativa de un delito, olvidando que jamás puede cometerse en forma meramente subjetiva, ya que el elemento objetivo es indispensable para que la actuación merezca reproche y pena, que es necesario que "el bien jurídico protegido" haya corrido un peligro real y evidente y no un peligro imaginario y remoto, que de acuerdo con tal idea, la intención queda sin relevancia jurídica si falta la persona en cuya ofensa pretende cometerse un delito privativo de la vida, como sucede en la especie, pues la propia Sala admite que los señores de apellido Avelino no se encontraban en su casa cuando el quejoso ocurrió a aquella con intención de privarlos de la vida...

"Problema bien difícil es el de la tentativa, a la cual dentro de un orden sistemático, debe colocarse necesariamente en el estudio del iter criminis...

"En adelante el problema se complica, puesto que si, como dice IMPALLOMENE, "tentativa punible es la ejecución frustrada de una determinación criminosa", es imperativo precisar cuando estamos frente a un acto ejecutivo.

"Aunque la solución concreta no existe aún elaborada parece haber obtenido mayor fuerza, dentro de los teóricos del Derecho, la corriente que ve en el acto ejecutivo al que se

encuentra dentro de la esfera de incriminación de la norma principal, tomando "posición agresiva contra el bien penalmente protegido", como expresa MEZGER y afirma VANINI; no obstante, la duda persiste en actos que no puede claramente establecerse la vinculación con el tipo y, por lo tanto, la naturaleza punitiva de los mismos, lo que ha llevado a distinguidos autores a dar relevante preponderancia al acto precedente, el cual es, "lógicamente necesario para la realización inicial del hecho", ya que no puede prescindirse de él en la relación causal para determinar la naturaleza del acto. Siguiendo el camino trazado por MAYER Y PANNAIN, de referirse a la acción precedente, siempre dentro de una construcción basada en la agresión del bien jurídico, senderos recogidos también por FRANK y VON HIPPEL, BIRKMEYER acude a la teoría de la eficacia causal, dentro de la cual los actos preparados tienen el carácter de condición y los ejecutivos de causa, estableciendo que los segundos son el coeficiente necesario para la producción del resultado, el cual encuentra apoyo en la condición (acto preparatorio) que se da en un tiempo anterior, criterio que, como se aprecia a primera vista, choca contra el concepto mismo de la causalidad, puesto que en ésta todas las condiciones tienen igual eficacia causal y nada las distingue, hablando en sentido naturalístico, máxime que en el delito tentado no se da tal relación causal por inexistencia del resultado.

"Ante el difícilísimo problema solamente esbozado, esta Sala consideró que debe adoptarse un criterio que pueda servir para dar soluciones prácticas a los casos concretos que se plantean, inspirándose en la idea de MULLER de que toca a los jueces y tribunales determinar con sentido justiciero, atendiendo a la peligrosidad revelada por el agente, cuando se está o no en presencia de un acto ejecutivo integrante de tentativa. Tal criterio lo encontramos en la tentativa elaborada por los técnicos italianos anteriores a CARRARA y que encontraron expresión en este ilustre maestro; habrá tentativa punible entonces, cuando los actos realizados están dirigidos en forma idónea y unívoca a la consumación del evento. Cuando se habla de ejecutar actos o hechos "encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito", fórmula consignada en el artículo 12 del Código Penal del Distrito y Territorios Federales... se están comprendiendo precisamente los actos idóneos, pues la redacción usada parece referirse no sólo a la dirección de los hechos sino a su eficacia causal por cuanto el resultado perseguido; la palabra directa alude, evidentemente, a la univocidad de los actos realizados que, además debe encontrarse en cercanía inmediata a la consumación.

"Como en el caso concreto del quejoso, en unión de otros individuos, se hizo presente en la Congregación de Boca de Lima, participando en los hechos punibles ya relatados, entre lo que figuraba el propósito exteriorizado mediante actos idóneos y dirigidos en forma unívoca a causar la muerte de los señores Avelino, sin que este resultado se hubiera consumado en virtud de que LUCIA y MARCELINO no se encontraban en ese preciso momento en sus casas habitación, circunstancia ajena a la voluntad de los acusados, lo que impidió la verificación del evento de muerte, esta Sala considera que los referidos hechos constituyen tentativa punible de homicidio, sin que se esté en el caso de hablar de inidoneidad de medios, ni siquiera en forma relativa, puesto que se obtuvo el mismo resultado de muerte en otras personas, demuestra la eficacia de medios usados, ni tampoco la inexistencia del objeto de la acción criminal, pues por cuanto al orden jurídico se trataba de personas vivas que pudieron ser privadas del bien jurídico de la vida". ⁽⁴⁰⁴⁾

En la resolución citada puede apreciarse fácilmente el criterio subjetivo de la Sala responsable de emitirla, puesto que claramente siguiendo los postulados de la teoría subjetiva, sostiene que en la tentativa no existe resultado, por lo que tampoco puede darse la resolución causal.

⁽⁴⁰⁴⁾ Toca N° 1094/57, Amparo Directo, Considerandos segundo y quinto de la sentencia.

Asimismo, siguiendo la opinión positivista, la Sala aludida sustenta su criterio en la peligrosidad revelada por el agente.

Por último, concede mayor relevancia en sus consideraciones a la idoneidad y a la univocidad de los actos y omite analizar con el rigor necesario la inexistencia del objeto, puesto que admite que los sujetos pasivos no se encontraban en el lugar de los hechos sino en otro pueblo, concluyendo que "hay tentativa punible", debido a que se trataba de personas vivas que pudieron ser privadas de la vida.

Es evidente que se trataba de un caso de tentativa de delito imposible, no obstante la Sala responsable omitió el estudio del peligro corrido como uno de los elementos de la tentativa punible, el cual en dicho asunto no se verificó.

RAMON PALACIOS cita una tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que sanciona la tentativa de delito imposible en la cual no se encontraba presente el sujeto pasivo.

"La ejecutoria de marzo 5 de 1950, Suprema Corte, Amparo en Revisión 5206/949, analiza la intención de dañar...

y concluye abstractamente sobre el medio, declarándolo apto para matar; es tentativa de homicidio el asecho preordenado, si el culpado tenía intención de dañar a una persona con un automóvil arrollándola, aunque la víctima jamás estuvo presente".⁽⁴⁰⁵⁾

En esta ejecutoria se resolvió de modo similar que la anterior, puesto que encuentra como único sustento el elemento de la idoneidad y dejó de analizar si había verificado el elemento del peligro corrido.

"TENTATIVA, DELITOS EN GRADO DE. "Aun cuando se admitiera que un caso reviste los aspectos del delito imposible, porque los medios empleados para su realización resultaron no idóneos, no podría por esa sola circunstancia establecer la inexistencia de la tentativa, cuya punibilidad dispone el artículo 12 del Código Penal del Distrito. En efecto, dentro del concepto del citado artículo, se comprenden todos los grados del delito inconsumado por causas ajenas a la voluntad del agente, que en el Código Penal de 1871 se designaban como conato, delito intentado y delito frustrado, correspondiendo la definición del intentado, al delito imposible, es decir, a aquel que en la consumación -fue irrealizable porque fue imposible o porque fueron evidentemente

⁽⁴⁰⁵⁾ Obra citada, pág. 170.

inadecuados los medios que se emplearon-. El propio precepto no define, la tentativa; pero señala en qué caso 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-. La tentativa surge cuando la ejecución del delito se materializa y ya iniciada la actividad criminal, viene una circunstancia fortuita a frustrar la voluntad del agente. Es decir, para que exista tentativa punible, basta que quede evidenciado con hechos materiales, el propósito de delinquir, independientemente de que los hechos sean, o no, idóneos para lograr el fin deseado, sólo cuando el agente desista voluntariamente de ese propósito, no se considerará punible la tentativa". Semanario Judicial de la Federación. Tomo LXXXV, p. 617. Quinta Epoca. ⁽⁴⁰⁶⁾

En este caso, aun cuando se admite que los medios son inidóneos, se sigue el criterio de sancionar la tentativa de delito imposible.

"TENTATIVA, FORMAS DE LA. "La actuación antijurídica del reo, puede quedar encuadrada en la tentativa, bien a título de frustración, porque el delito era imposible por falta de objeto, o como delito intentado, siendo visible la

⁽⁴⁰⁶⁾ Semanario Judicial de la Federación. Tomo LXXXV, pág. 617.

consumación; y no hay delito consumado si por las pruebas del sumario, no pueden decirse que el reo consumó el delito, que agotó la materia del mismo, que llegó a perfeccionarlo dentro de la causación material". Semanario Judicial de la Federación Tomo CIII, pág. 2122. Quinta Epoca.⁽⁴⁰⁷⁾

Al igual que la tesis anterior, se advierte mayor preocupación en determinar si aún cuando falta el objeto, los actos integran tentativa, empero no se aprecia preocupación alguna por distinguir entre los elementos de la tentativa punible y los elementos de una tentativa en general.

125. CRITICA DEL AUTOR DE LA TESIS A LAS TEORIAS ESTUDIADAS EN ESTE CAPITULO

Partiendo de la naturaleza jurídico-penal de la tentativa, en mi opinión no es correcto el criterio según el cual la tentativa de delito imposible debe punirse.

En primer término debo señalar que considero el peligro corrido como un elemento determinante para el castigo de la tentativa, por tanto es inadmisibile la sanción en los casos de tentativa de delito imposible toda vez que no se pone en peligro el bien jurídico tutelado por el tipo.

⁽⁴⁰⁷⁾ Citado por PAVON VASCONCELOS, obra citada, págs. 175 y 176.

Por ello resulta necesario para sancionar la tentativa, cuando que la misma lleve consigo la probabilidad de daño, por tanto es incorrecta la posición según la cual el peligro corrido en la tentativa se puede tomar como un peligro abstracto, es decir, como una representación de la mente del autor de la tentativa, o de quien lo juzga, sin considerar directamente el hecho concreto.

Por otra parte considero también equivocado, contemplar abstractamente la idoneidad, puesto que la misma sólo se encuentra en la mente del autor del hecho o del juzgador, o bien es idónea en casos distintos del que se juzga, por ejemplo si el agente suministró a la víctima una dosis tan mínima de veneno que no le produjo ningún daño siendo la acción inidónea en el caso concreto; pero es idónea en abstracto, porque con la misma dosis, se podría causar la muerte de un niño de un año de edad. Por tanto se estaría sancionado el caso concreto, sino hechos imaginarios.

Tampoco considero acertada la posición de la Escuela Positiva consistente en incriminar la tentativa de delito imposible con base en la temibilidad del agente, toda vez que esta podría considerarla el juzgador como criterio para graduar la sanción en los casos que sea procedente su aplicación; mas

no para fundar en ella la imposición de una pena, ignorando si con la acción se produjo algún resultado.

Por lo que hace a las teorías intermedias, su postura es insostenible, puesto que de ninguna manera considero acertado admitir la punibilidad de la tentativa de delito imposible en algunas de sus hipótesis y otras declararlas como no punibles.

Asimismo resultó inútil que FEUERBACH reconociera el peligro corrido, si de cualquier modo culminaría su tesis, proponiendo la imposición de una penalidad más atenuada en aquellos casos de inexistencia del objeto que denominó como ausencia de tipo.

Estimo que si se llegara al absurdo de sancionar la tentativa de delito imposible por el hecho de que con su conducta, el agente revela temibilidad sería tanto como hacer punible el pensamiento delictuoso, y como consecuencia de ello, se tendría que sancionar a todo sujeto que concibiera un hecho delictuoso.

Con todo lo anterior se demuestra que no es posible desarrollar el concepto de tentativa punible subjetivamente, a la luz de las teorías que expuse en el presente capítulo sino que

es preciso partir del estudio de la naturaleza jurídico-penal de la tentativa y asimismo de los elementos que integran la tentativa punible, lo cual dejé ampliamente desarrollado en el capítulo tercero de la presente investigación

C A P I T U L O V I I

TESIS QUE PRECONIZAN LA NO PUNIBILIDAD DE
LA TENTATIVA DE DELITO IMPOSIBLE

SUMARIO:

126. TEORIAS OBJETIVAS: 127. A) TEORÍA MODERNA DE LA FALTA DE TIPO.- 128. B) TEORIA DEL PELIGRO.- 129. C) TEORIAS RELATIVAS.- 130. D) TEORIA DE EDMUNDO MEZGER.- 131 E) LA TENTATIVA SEGUN LA TEORIA LOGICA-MATEMATICA.- TODAS ELLAS EXIGEN COMO REQUISITO PARA SANCIONAR LA TENTATIVA ELEMENTOS COMO LA IDONEIDAD Y EL PELIGRO CORRIDO.- CALIFICAN COMO NO PUNIBLE LA TENTATIVA DE DELITO IMPOSIBLE.- 132. OPINIONES DE AUTORES QUE SOSTIENEN LA NO PUNIBILIDAD DE LA TENTATIVA DE DELITO IMPOSIBLE.- 133. CONCEPCION OBJETIVA DE LA IDONEIDAD: COMO LOS MEDIOS Y ACCIONES INIDONEOS NO PUEDEN PRODUCIR UN RESULTADO DAÑOSO O PELIGROSO NO DEBEN SANCIONARSE.- 134. CONCEPCION OBJETIVA DEL PELIGRO CORRIDO: LA RAZON DE PUNIR LA TENTATIVA ES EL PELIGRO CORRIDO.- 135. LA ANTIJURIDICIDAD Y LA TIPICIDAD SON CONDICION PARA PUNIR LA TENTATIVA: LA TENTATIVA DE DELITO IMPOSIBLE NO DEBE SANCIONARSE PORQUE CARECE DE LA ANTIJURIDICIDAD Y EN OCASIONES TAMBIEN DE LA TIPICIDAD EN RELACION CON EL TIPO QUE DESCRIBE EL DELITO QUE EL AGENTE QUERIA PERPETRAR.- 136. OPINION DEL AUTOR DE LA TESIS ACERCA DE LA NO PUNIBILIDAD DE LA TENTATIVA DE DELITO IMPOSIBLE.- EN NINGUNA DE LAS HIPOTESIS DE TENTATIVA DE DELITO IMPOSIBLE ES APLICABLE ALGUNA PENALIDAD PUESTO QUE CARECEN DEL PELIGRO CORRIDO.-137. TESIS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION RELACIONADAS CON LA NO PUNIBILIDAD DE LA TENTATIVA DE DELITO IMPOSIBLE.- 138. PROPUESTA DEL AUTOR DE LA TESIS PARA UNA NUEVA REFORMA DE LA NORMA PENAL RESPECTIVA: LA FORMULA QUE SE EXPONE CONTIENE EXPRESAMENTE TODOS LOS ELEMENTOS QUE INTEGRAN LA TENTATIVA PUNIBLE.

126. TEORIAS OBJETIVAS

Contrariamente a las teorías subjetivas, las teorías objetivas afirman que para que se configure la tentativa punible deben exigirse requisitos tales como la idoneidad de la acción y de los medios, así como el peligro corrido por parte del bien jurídico tutelado por el tipo, es decir que los citados requisitos son de carácter objetivo por ser, independientes de la voluntad del agente.

"La llamada teoría objetiva de la tentativa, en el sentido corriente de la expresión, se caracteriza por exigir algunos presupuestos "objetivos" -o sea, existentes fuera de la voluntad del autor- de los cuales debe depender, en el caso particular, la punibilidad de una tentativa idónea..." ⁽⁴⁰⁸⁾ .

Dos teorías han sido fundamentales en el estudio de la tentativa de delito imposible en lo relativo a su no punibilidad: La teoría de la falta de tipo de origen alemán y la teoría del peligro desarrollado por CARRARA.

⁽⁴⁰⁸⁾ Obra citada, *La Ley y el Delito*, pág. 287.

127. A) TEORIA MODERNA DE LA FALTA DE TIPO

Dieron continuidad al desarrollo de la antigua teoría de la falta de tipo, los penalistas alemanes FRANK Y GRAF ZU DOHNA, cuyos conceptos han constituido la teoría más reciente de la falta de tipo, quienes han sostenido la impunidad de aquellos casos de ausencia de tipo, contrariamente a la antigua teoría de FEUERBACH, según la cual estas hipótesis debían sancionarse con pena más leve.

Criticando el planteamiento inicial de esta teoría, MEZGER hace notar que "... no es sostenible la antigua teoría de FEUERBACH sobre la falta de tipo según la cual debe ser castigado con pena más leve al hecho al cual le falta en la resolución una característica legal..."⁽⁴⁰⁹⁾

Por otra parte el mismo MEZGER admite el criterio actual de la teoría de referencia argumentando que "... Después de comprobarse que el criterio de la impunidad de la tentativa absolutamente inidónea (esto es, de la tentativa frente al objeto absolutamente inidóneo o con medios absolutamente inidóneos), hacía imposible una delimitación lógica correcta frente a la tentativa relativamente inidónea, surgió, más y más,

⁽⁴⁰⁹⁾ Idem.

entre los juristas alemanes, en lugar de esa concepción, que ha sido desarrollada muy especialmente por FRANK Y FRAF ZU DOHNA...La moderna teoría de la falta de tipo afirma que esta figura se presenta cuando de antemano existe alguna circunstancia determinante para imposibilitar la consumación del delito, en cuyas hipótesis no se configura la tentativa.”⁽⁴¹⁰⁾

MEZGER expone la esencia de la teoría de referencia, formulando los siguientes señalamientos:

“... existe una falta de tipo en este sentido especial, si el autor actúa en circunstancias que forman imposible, de antemano, la consumación del delito. Algunos casos de falta de tipo: el autor quiere hurtar una cosa ajena, pero comete el hecho, como consecuencia de un error, en cosa propia; quiere, simulando hechos falsos, cobrar la prima del seguro, en tanto que ese hecho le corresponde; una mujer que no está embarazada toma un medio para abortar. Estos casos de falta de tipo no deberían de realizar, de conformidad con la teoría más reciente, el concepto de la tentativa...”⁽⁴¹¹⁾

⁽⁴¹⁰⁾ Idem.

⁽⁴¹¹⁾ Idem.

En mi opinión es criticable esta teoría en cuanto a su denominación, puesto que al referirse a la falta de tipo, parece que está contemplando no la tentativa de delito imposible, sino el llamado delito putativo o delito imaginario, en el cual verdaderamente hay ausencia de tipo, como puede verse, es un problema de apreciación por falta de aplicación de la hermenéutica.

Asimismo es equivocado el planteamiento de la teoría en cuestión, según el cual en aquellos casos donde es imposible de antemano la consumación del delito, no se da la tentativa, mismo problema que abordé en el capítulo quinto, en el cual quedó demostrado que la imposibilidad para la consumación, no hace desaparecer el camino que ha recorrido el agente para la consumación del delito, por lo que sí se reúnen los elementos de la tentativa en general.

Por otra parte la teoría en mención equivocadamente se refiere a la inidoneidad del objeto, en lugar de hacerlo con mayor precisión: inexistencia del objeto. Asimismo, se han olvidado los sostenedores de esta teoría, que también la inidoneidad de los medios o de la acción, puede constituir una

circunstancia que haga imposible de antemano la consumación del delito.

Esta opinión ha sido admitida por MEZGER, quien refiriéndose a los ejemplos citados argumenta que no se puede sostener que en los mismos es inexistente la tentativa.⁽⁴¹²⁾

A lo anterior el mismo tratadista añade que "...hay que considerar, en el sentido de la limitación objetiva, si en estos casos no desaparece, por lo menos, la punibilidad de la tentativa."⁽⁴¹³⁾

128. B) TEORIA DEL PELIGRO

Acerca del concepto de peligro, JIMÉNEZ DE ASÚA expresa lo siguiente: "Nadie mejor que CARRARA... ha desarrollado el peligro corrido como fundamento de la punición del conato, y lo hizo con bien marcadas características objetivas..."⁽⁴¹⁴⁾

Esta teoría indica más adelante JIMÉNEZ DE ASÚA, fue formulada por CARRARA respondiendo las siguientes preguntas:

⁽⁴¹²⁾ Idem.

⁽⁴¹³⁾ Idem.

⁽⁴¹⁴⁾ Obra citada, *Tratado de Derecho Penal*, tomo VII, pág. 396.

“...¿Puede la ley penal ocuparse en las tentativas? ...¿Dónde está la razón política de imputarlas a su autor. La ausencia de daño inmediato y de toda violación efectiva de derechos podría autorizar la duda acerca de la falta de razón para penar la tentativa...”⁽⁴¹⁵⁾

“... El propio CARRARA -prosigue JIMÉNEZ DE ASÚA-, se responde que, “ a la razón de penar derivada del daño inmediato, que cesa en las tentativas se sustituye la razón que hace del riesgo corrido; ésta hace veces del daño y la acción constituye delito, aunque falte la fuerza física objetiva y también aunque resulta incompleta la fuerza física subjetiva -y concluye-: La tentativa que pone en peligro la seguridad, produce un daño político, al cual se pone remedio político con el castigo de aquél a cuyos malos propósitos sólo faltó el favor de la fortuna...”⁽⁴¹⁶⁾

En la teoría del peligro de CARRARA se exige un elemento objetivo como requisito para que se produzca la tentativa punible, inclusive llega al extremo de afirmar que cuando no medie el peligro, desaparece la tentativa.

⁽⁴¹⁵⁾ Citado por JIMÉNEZ DE ASÚA, obra citada pág. 397.

⁽⁴¹⁶⁾ Idem.

A continuación reproduzco los conceptos de CARRARA acerca del peligro.

“El peligro -dice CARRARA-, desempeña en la tentativa la función de daño inmediato. Así como el delito consumado no existe si falta el daño, así la tentativa deja de producirse donde el peligro no resulta.

“En ciertos actos, sin embargo, puede dejarse de calcular el peligro por un doble motivo: Porque no medie tal peligro y entonces desaparece el conato por defecto de la fuerza física, o por resultar un daño efectivo o potencial, que sobrepuje a la consideración del peligro, y entonces también falta la tentativa por causa de exceso”.⁽⁴¹⁷⁾

Luego CARRARA procede a explicar el concepto de peligro que funda en la fuerza física, la cual se deriva primeramente de un acto externo que representa un principio de ejecución y en segundo término que dicho acto, contenga la posibilidad del fin criminal; textualmente este tratadista manifiesta lo siguiente:

⁽⁴¹⁷⁾ Obra citada, *Teoría de la Tentativa y de la Complicidad, o del Grado en la Fuerza Física del Delito*, pág. 102.

“... Para decir que en ciertos hechos se dio un peligro y por lo tanto que hay tentativa, es indispensable que ellos representen un principio de ejecución. Sólo desde el momento en que con cualquier acto externo se acomete la empresa de violar el derecho, puede considerarse verdaderamente comenzado el estudio del peligro de aquel derecho. Hasta este punto habrá temor, aprehensión, pero no otra cosa.

“De lo cual se derivan dos principios: 1.- Para la tentativa es indispensable un acto externo de ejecución. 2.- Este acto externo debe contener en sí la posibilidad de alcanzar el fin criminal...”⁽⁴¹⁸⁾

Por otra parte CARRARA advierte que el peligro es el fundamento para sancionar la tentativa, considerando que dicho elemento puede presentarse en mayor o menor medida, por lo que debe considerarse como una guía segura para resolver sobre la punibilidad de la tentativa.

“... En el conato -dice CARRARA-, la razón de castigar está en el peligro...”⁽⁴¹⁹⁾

⁽⁴¹⁸⁾ Obra citada, págs. 102 y 103.

⁽⁴¹⁹⁾ Obra citada, pág. 140.

Más adelante explica que "... Cuanto menor sea la serie de actos no ejecutados para realizar el delito, tanto mayor será la cantidad del conato y tanto mayor será también el peligro..."

(⁴²⁰)

Para culminar esta teoría, el citado tratadista expresa las siguientes palabras.

"Véase cómo desde le principio hasta el término de la teoría de la tentativa, la idea del peligro, considerado como elemento constituyente de la fuerza física del conato, sirve de base y es segura guía de criterio para resolver bien cualquier caso..."(⁴²¹)

No comparto la opinión de CARRARA, según la cual, desaparece la tentativa cuando falta la fuerza física, es decir; el peligro corrido por parte del bien jurídicamente protegido.

(⁴²⁰) Obra citada, pág. 146.

(⁴²¹) Obra citada, pág. 172.

Por otra parte debo afirmar que admito como elemento de la tentativa punible el peligro corrido, cuyo criterio debe ser determinante para el castigo de la tentativa, por supuesto me refiero al peligro que debe comprobarse en el caso concreto.

129. C) TEORIAS RELATIVAS

En cuanto respecta a lo idóneo de los medios o de la conducta, su estudio inicial se debe a CARMIGNANI Y CARRARA, quienes distinguieron entre inidoneidad subjetiva y objetiva.

Dicha distinción la plantearon con el objeto de diferenciar entre imposibilidad absoluta o relativa. ⁽⁴²²⁾ Así lo hace notar JIMÉNEZ DE ASÚA, quien la califica como un "...problema bastante peliagudo..."⁽⁴²³⁾

"La teoría relativa -expresa JIMÉNEZ DE ASÚA, sobre todo con el clásico distinguido de imposibilidad absoluta y relativa, la reivindican los italianos, por su origen e ROMAGNOSI Y CARMIGNANI, que continúa con CARRARA...

⁽⁴²²⁾ Obra citada, *Tratado de Derecho Penal*, tomo VII, pág. 616.

⁽⁴²³⁾ Idem.

“También muchos penalistas alemanes y franceses, adoptaron desde antigua posiciones relativas dentro de la tendencia objetiva. Recordemos a ZACHARIAE, FEUERBACH, que habla de peligro objetivo, MITTERMAIER, a quien ha sólido atribuirse la distinción entre inidoneidad absoluta y relativa...etc.”⁽⁴²⁴⁾

No obstante lo anterior, JIMÉNEZ DE ASUA puntualiza que se ha atribuido “... a los penalistas italianos la diferencia entre idoneidad absoluta y relativa... CARMAGNANI llamó subjetiva a la que otros denominaron absoluta y algunos abstracta, y la que aquél CARRARA- denominó objetiva, se distinguió por unos como relativa y por otros como concreta...

“También han distinguido los autores en cuanto a lo que llamó CARRARA sujeto pasivo de la consumación, si éste nunca había existido, y si existió, y en aquel momento no estaba. En esta última hipótesis la pena debe intervenir...

“Mayor es aún la diferencia entre inidoneidad de medios e inidoneidad de objeto patrocinada por CASTRORI: en el

⁽⁴²⁴⁾ Obra citada, págs. 666 y 667.

primer caso es posible repetir la tentativa, mientras que no lo es en el segundo..."⁽⁴²⁵⁾

Las teorías expuestas que la doctrina ha ubicado entre las objetivas, por considerar específicamente la idoneidad, a mi parecer deberían figurar entre las teorías intermedias, todo vez que formulan una doble apreciación, objetiva por un lado y subjetiva por el otro.

130. TEORIA DE EDMUNDO MEZGER

Acertadamente MEZGER toma como punto de partida la delimitación de la tentativa, en la que incluye la falta de tipo -tentativa de delito imposible- y que sustenta en el punto de vista subjetivo del agente; y culmina admitiendo la punibilidad de la tentativa cuando su resultado es el peligro corrido. Esta es sin duda la teoría mejor desarrollada.

"Aunque se incline a la teoría objetiva, -indica JIMÉNEZ DE ASÚA-, en última instancia el propio MEZGER presenta la suya con sentido mixto, partiendo de una gran verdad; la distinción entre concepto y punición de la tentativa..."⁽⁴²⁶⁾

⁽⁴²⁵⁾ Obra citada, pág. 668.

⁽⁴²⁶⁾ Idem, pág. 682.

“...Este concepto de tentativa -dice JIMÉNEZ DE ASÚA citando MEZGER-, sólo puede lograrse “desde el punto de vista subjetivo del agente... Si se quiere determinar conceptualmente la tentativa de modo terminante, sólo se puede entender como tal, la acción que (subjetivamente concebida por el agente), debe servir para un acto de resolución”. Este punto de partida también le lleva a considerar que “también el caso de la llamada carencia de tipo es tentativa.. Pero lo que es válido para el concepto de tentativa, no lo es para su punibilidad. Una valoración de la acción de tentativa desde el punto de vista del sujeto actuante, significa una renuncia inadmisibles al pensamiento de la antijuridicidad objetiva, y debe, por tanto rechazarse”...”(427)

Posteriormente MEZGER aplica el peligro corrido como requisito de la punibilidad de la tentativa, así lo hace notar JIMÉNEZ DE ASÚA, citando sus conceptos.

“... por ende, es preciso tener en cuenta que la tentativa supone el peligro de la realización, es decir, que se ponga en peligro un bien jurídico. En suma para la delimitación entre tentativa punible e impune es preciso partir de las llamadas teorías del peligro...”(428)

(427) Citado por JIMÉNEZ DE ASÚA, *idem*, pág. 682.

(428) Citado por JIMÉNEZ DE ASÚA, *idem*, pág. 683.

Según mi punto de vista acerca de la teoría de MEZGER, no se trata de un criterio intermedio o ecléctico, como lo afirma JIMÉNEZ DE ASÚA, si no objetivo, toda vez que en la misma, solamente se considera un elemento de carácter objetivo para determinar la punibilidad de una tentativa: el peligro corrido; y aun cuando sí exige un elemento subjetivo (la concepción delictuosa por parte del agente); lo emplea para determinar conceptualmente la tentativa, más no para fundar en él su punibilidad, lo cual aclaró el mismo MEZGER diciendo que lo que es válido para el concepto de tentativa, no lo es para su punibilidad.

131. D) LA TENTATIVA SEGUN LA TEORIA LOGICA-MATEMATICA

Según la teoría lógica-matemática, para que la tentativa sea punible deben exigirse dos elementos objetivos, la idoneidad y el peligro corrido.

Por otra parte expresan OLGA ISLAS Y ELPIDIO RAMIREZ que "las normas penales pueden ser de consumación o de tentativa, consecuentemente, los delitos serán de consumación o de tentativa".⁽⁴²⁹⁾

⁽⁴²⁹⁾ ISLAS MARISCAL, OLGA Y ELPIDIO, RAMÍREZ.- *La Tentativa*, La Revista Mexicana de Justicia, Editado por la Procuraduría General de la República, México, 1986, pág. 204

Sobre este aspecto no estoy de acuerdo con la afirmación de los autores citados, puesto que las leyes penales no sólo sancionan conductas delictivas consumadas o en grado de tentativa, sino que en ocasiones también sancionan como delitos especiales algunas acciones preparatorias, como por ejemplo la asociación delictuosa, donde no se tiene certeza de que represente peligro para la sociedad.

Por otra parte, los mencionados penalistas manifiestan que "los tipos de tentativa se integran mediante la fusión coherente del artículo 12 del Código Penal con los diversos tipos de consumación incluidos en el propio Código o en otros ordenamientos. La coherencia se obtiene eliminando del tipo de consumación, o sustituyendo en él, todos aquellos elementos que armonizan con el artículo 12..."⁽⁴³⁰⁾

Más adelante, explican OLGA ISLAS Y ELPIDIO RAMIREZ, que lo anterior "...no debe ser considerado en forma literal y aislada, sino interpretado, sintácticamente y semánticamente, en función de lo ordenado en el artículo 17 Constitucional: en materia penal son relevantes únicamente las conductas que infieren un daño que trasciende a la esfera

⁽⁴³⁰⁾ Obra citada, pág. 205.

social. Ahora bien el análisis semántico del daño a que se refiere el texto constitucional pone en evidencia que aquél, en su realización concreta, sólo puede consistir en una lesión o en una puesta en peligro de bien tutelado. En consecuencia, los hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito estarán limitados, por exigencia constitucional, a aquellos que ponen en peligro el bien protegido en el tipo".⁽⁴³¹⁾

Comparto el criterio sustentado por OLGA ISLAS Y ELPIDIO RAMIREZ, pues para que se integre la tentativa, es preciso que la conducta se adecúe a dos tipos, primeramente al artículo 12, que define la tentativa punible, y asimismo a otro artículo que tipifique un delito

A continuación expongo en esencia los sub-conjuntos y elementos que según OLGA ISLAS Y ELPIDIO RAMÍREZ definen estructuralmente el tipo de tentativa:

A) PRESUPUESTOS DEL DELITO

1.- Deber jurídico penal.

Elemento: Deber jurídico penal.

⁽⁴³¹⁾ Obra citada, págs. 205 y 206.

2.- Bien jurídico

Elemento: Bien jurídico

3.- Sujeto Activo

Elementos:

- a) Voluntabilidad;
- b) Imputabilidad;
- c) Calidad de garante;
- d) Calidad específica;
- e) Pluralidad específica.

4.- Sujeto Pasivo

Elementos:

- a) Calidad específica;
- b) Pluralidad específica.

5.- Sujeto Pasivo

Elementos: Objeto Material

B) ELEMENTOS DEL DELITO

6.- Kernel

Elementos:

- a) Voluntad dolosa;
- b) Actividad;
- c) Inactividad. (estos tres elementos integran la conducta).
- d) Resultado material;
- e) Medios;
- f) Referencia temporal;
- g) Referencia espacial;
- h) Referencia de ocasión (estos cinco elementos son modalidades)

7.- Puesta en peligro del bien jurídico

Elemento: Puesta en peligro del bien jurídico.

8.- Valoración del deber jurídico penal

Elemento: Valoración del deber jurídico penal.⁽⁴³²⁾

Particularmente refiriéndose al Kernel de tentativa, y al resultado los autores citados manifiestan que "Kernel es el subconjunto de elementos necesarios e idóneos para producir la lesión del bien jurídico y que, sin embargo, por la

⁽⁴³²⁾ Obra citada, págs. 206 y 207

interferencia de causas ajenas a la voluntad del activo, únicamente lo ponen en peligro y formulan los siguientes conceptos relativos precisamente a la idoneidad y al peligro corrido:

"Idoneidad -explican estos penalistas-, quiere decir: a) que, en tanto no interfieran factores eficaces para impedir la lesión, ésta se producirá inevitablemente al ponerse en juego esos elementos; y b) que la interferencia de tales factores evitan la lesión pero es totalmente ineficaz para impedir la puesta en peligro".⁽⁴³³⁾

"Resultado material -prosiguen OLGA ISLAS Y ELPIDIO RAMÍREZ-, es el efecto natural de la actividad, descrita en el tipo. Como regla general, los tipos de tentativa excluyen al resultado material...

"La puesta en peligro propia de la tentativa es únicamente la que resulta de la actividad o inactividad del agente, que es interferida por causas ajenas a su voluntad..."⁽⁴³⁴⁾

⁽⁴³³⁾ Obra citada, pág. 209.

⁽⁴³⁴⁾ Obra citada, pág. 209.

En sentido opuesto, explica CARRARA, "... Cuando el acto externo lleva en sí mismo la causa de ser frustráneo, evidentemente el peligro disminuye..."⁽⁴³⁵⁾

De lo expuesto puede inferirse que las teorías objetivas expuestas, exigen acertadamente, requisitos objetivos para fundar la punibilidad de la tentativa, no obstante fácilmente puede apreciarse que las mismas constituyen paradigmas que han propuesto soluciones parciales al difícil problema de la no punibilidad de la tentativa del delito imposible.

132. OPINIONES DE AUTORES QUE SOSTIENEN LA NO PUNIBILIDAD DE LA TENTATIVA DEL DELITO IMPOSIBLE

El origen de la teoría objetiva -expresa JIMÉNEZ DE ASÚA-, "se remonta a dos grandes penalistas, italiano el uno, JOHANNIS CARMIGNANI, al que se vincula la exigencia de idoneidad del acto de tentativa, y alemán el otro, ANSELMO VON FEUERBACH, la teoría objetiva del conato...

"La teoría del peligro objetivo fue continuada en Alemania, Francia y Bélgica, por varios penalistas como HEPP, ROSSIRT, MITTERMAIER, ZACHARIAE, KLENZE, HEFFTER,

⁽⁴³⁵⁾ Obra citada, pág. 165

ABEGG, WAHLBERG, BERTAULD, ROSSI, CHAUBEAU
HELIE, A. BLANCHE, LE SELLYER, ORTOLAN, JJ. HAUS, J.
LEFORT, E. VILLEY, A. LABORD Y NYPLES ". (436)

Por su parte GONZALO QUINTERO OLIVARES,
considera que para que la tentativa sea punible, los actos
deben ser idóneos.

"... En la tentativa inacabada o simple tentativa -expresa
GONZALO QUINTERO-, los actos ejecutados... deben ser por
sí mismos idóneos..."(437)

Más adelante, GONZALO QUINTERO agrega lo
siguiente:

"Tanto la tentativa absolutamente inidónea, como la
tentativa irreal y el delito absolutamente imposible, constituyen
casos de ausencia de desvalor de resultado. En estos
supuestos se constata una total desconexión, con la acción
típica, falta la mínima relevancia para conmocionar a la
sociedad y aconsejar la intervención del Derecho Penal, pues
es evidente que se tratará de acciones irrelevantes para el

(436) Obra citada, *La Ley y el Delito*, págs. 410 y 411.

(437) QUINTERO OLIVARES, GONZALO, *Derecho Penal, Parte General*, segunda
edición, Madrid, editado por Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A., 1992, pág. 529.

Derecho Penal y, por lo tanto, no deben generar consecuencias punitivas...”⁽⁴³⁸⁾

“La llamada inidoneidad absoluta -concluye GONZALO QUINTERO-, debe quedar fuera del ámbito penal estricto...”⁽⁴³⁹⁾

JOSE MARIA RODRÍGUEZ DE VESA emplea como sinónimos tentativa inidónea y delito imposible, pues considera que “...vienen a designar la misma cuestión, uno admitido con terminología admitida en Alemania e Italia, otro con la terminología francesa...”⁽⁴⁴⁰⁾

Más adelante agrega RODRIGUEZ DE VESA que “... la tentativa inidónea no es tentativa. Por lo tanto será una conducta no punible...”⁽⁴⁴¹⁾

Por otra parte, MUÑOZ CONDE, rechaza la punibilidad de la tentativa del delito imposible, a la cual denomina tentativa irreal.

⁽⁴³⁸⁾ Obra citada, pág. 533.

⁽⁴³⁹⁾ QUINTERO OLIVARES, GONZALO, *Introducción al Derecho Penal*, primera edición, España, 1981, tomo I, pág. 239.

⁽⁴⁴⁰⁾ RODRÍGUEZ DE VESA, JOSE MARÍA, *Derecho Penal Español, Parte General*, novena edición, Madrid, editado por Dykinson, 1985, pág. 788

⁽⁴⁴¹⁾ Obra citada, pág. 791.

“En primer lugar -señala- por razones políticocriminales, evidentes, se rechaza la punibilidad de la tentativa irreal... En segundo lugar -agrega-, se excluyen también aquellos supuestos en los que no existe ni mínimo de peligrosidad para el bien jurídico protegido...”⁽⁴⁴²⁾

En la opinión de ALFONSO ARROYO, “en realidad, la razón de la punición del delito imposible ha de hallarse en peligro del bien jurídico protegido, que constituye el fundamento de la tentativa, peligro que, como dice ONECA, no significa seguridad de que el mal se produzca, sino posibilidad de ello, posibilidad que ha de examinarse no desde el momento del juicio, sino colocándose en la situación existente en el momento de realización de los hechos”.⁽⁴⁴³⁾

VON HIPPEL considera que “punible es por sí la tentativa que concreta y objetivamente es peligrosa y no es punible la tentativa no peligrosa..”⁽⁴⁴⁴⁾

⁽⁴⁴²⁾ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Teoría General del Delito*, reimpresión de la primera edición, Bogotá, Colombia, editorial Temis, 1990, pág.189.

⁽⁴⁴³⁾ ARROYO DE LAS HERAS, ALFONSO, *Manual de Derecho Penal*, primera edición, Pamplona, Editorial Aranzadi, 1985, pág. 711.

⁽⁴⁴⁴⁾ HIPPEL, ROBERTO VON, *Manuale di Diritto Penale*, Traduzione italia del giudice ROBERTO VOZZI, primera edición, editado por Casa Editrice Dott, Nápoles, 1993 pág. 223.

JIMÉNEZ DE ASÚA refiere que las más recientes teorías objetivas son "de índole formal, que culminan en BELING, que junto a la falta de tipo, expone su tesis de que el principio de ejecución ha de suponer la entrada en el núcleo de la figura rectora, así como la material de poner en riesgo el bien jurídico protegido, y la combinación de ambas..."⁽⁴⁴⁵⁾

OLGA ISLAS Y ELPIDIO RAMIREZ expresan que "en el marco del derecho punitivo interesan únicamente las acciones y omisiones que no sólomente perjudican a los seres humanos, sino que por su negatividad, trascienden el ámbito social. Esta característica es la que, precisamente, justifica la denominación de "eventos antisociales"... la primera medida que se debe desplegar, según los postulados de una política criminológica, es reconocer su existencia, identificarlas por clases y estratificarlas en función de la gravedad del daño que producen y de su trascendencia en la vida social.

"Los eventos que producen la lesión de un interés social, legitiman al legislador para crear una norma de consumación; los que solamente lo ponen en peligro, lo legitiman para crear una norma de tentativa.

⁽⁴⁴⁵⁾ Obra citada, *La Ley y el Delito*, págs. 412 y 413.

"Los eventos que no lesionan ni ponen en peligro el interés, no son antisociales, y, por ende, en ninguna forma deben ser considerados por el legislador. Este, en relación a tales eventos, carece de toda legitimación; y la norma que los prohibiera, rebasaría la necesidad social". ⁽⁴⁴⁶⁾

Considero acertado el criterio de OLGA ISLAS Y ELPIDIO RAMIREZ, consistente en estratificar los delitos en función de su trascendencia en la vida social, y por tanto no debe concederse relevancia penal a las acciones que no lesionan ni ponen en peligro el orden social.

Teniendo en cuenta los presupuestos y elementos del delito OLGA ISLAS Y ELPIDIO RAMÍREZ, puntualizan que la ausencia de alguno de ellos da lugar al delito imposible, lo mismo que la inidoneidad de la acción, la falta de medios o de referencias temporal o especial de ocasión y en general, cuando no se concretiza el peligro corrido. A continuación procedo a citar en esencia la tesis de estos autores:

"Tanto los presupuestos como los elementos deben cumplir con el requisito de la tipicidad..."

⁽⁴⁴⁶⁾Obra citada, págs. 209 y 210.

"La tipicidad ha de verificarse, con toda precisión, para cada presupuesto y elemento, cuando esta verificación exacta no se satisface, se estará frente a la respectiva hipótesis de atipicidad.

"En concordancia con lo apuntado, habrá atipicidad de tentativa cuando en el caso concreto falte algún presupuesto o elemento típicos.

"La ausencia de cualquier presupuesto típico da lugar al llamado delito imposible... existen dos excepciones. En el área del sujeto activo, la involuntabilidad y la inimputabilidad no generan delito imposible..."⁽⁴⁴⁷⁾

"Por lo que hace a la ausencia de algún elemento típico, las hipótesis son diversas...

"La actividad inidónea, obviamente atípica, se traduce en un delito imposible..."⁽⁴⁴⁸⁾

⁽⁴⁴⁷⁾ Idem.

⁽⁴⁴⁸⁾ Obra citada, pág. 210.

"La falta de medios o de referencias temporal o espacial o de ocasión, -concluyen OLGA ISLAS Y ELPIDIO RAMÍREZ- origina delito imposible... los demás casos en que el bien jurídico no es puesto en peligro son consecuencia de la falta de algún presupuesto o de algún elemento del Kernel".⁽⁴⁴⁹⁾

De las ideas transcritas de OLGA ISLAS Y ELPIDIO RAMIREZ, se desprende que el criterio de estos autores consiste acertadamente en no sancionar la tentativa de delito imposible quienes consideran como fundamento la inidoneidad de medios empleando o de las acciones, la falta del bien jurídico tutelado por el tipo y en la ausencia del peligro corrido por parte del mismo.

Comparto también el criterio de OLGA ISLAS Y ELPIDIO RAMIREZ, en cuanto se refiere a que en toda tentativa punible, la tipicidad debe verificarse, como si se tratara de un delito especial, por lo tanto si no se satisface alguno de sus presupuestos o elementos, habrá atipicidad.

A continuación me permito transcribir algunos conceptos del penalista FERNANDO CASTELLANOS a propósito de la

⁽⁴⁴⁹⁾ Idem.

tentativa de delito imposible, mismos que, como es de verse, confirman en lo referente a la idea de que en la tentativa de delito imposible no hay infracción a la Ley Penal y por lo mismo no debe punirse la acción correspondiente:

El mencionado tratadista expresa que en la tentativa de delito imposible "no se produce el resultado y no surge no por causas ajenas a la voluntad del agente, sino por ser imposible. En el delito imposible, no se realiza la infracción de la norma por imposibilidad material, por idoneidad de los medios empleados o por inexistencia del objeto del delito. Tal sucede cuando se administra un abortivo a una mujer no embarazada o se pretende matar a un muerto..."⁽⁴⁵⁰⁾ El citado penalista agrega que el delito imposible no debe punirse ni como tentativa, "pues no entraña la ejecución de la conducta capaz de producir el delito... el delito jamás se integraría por falta de objeto jurídico".⁽⁴⁵¹⁾

133. CONCEPCION OBJETIVA DE LA IDONEIDAD

En la doctrina se han distinguido las teorías objetivas por exigir elementos de carácter objetivo como requisitos para

⁽⁴⁵⁰⁾ Obra citada, pág. 291.

⁽⁴⁵¹⁾ Idem, pág. 291.

determinar la punibilidad de la tentativa, uno de esos elementos es la idoneidad.

Naturalmente que este elemento se ha considerado objetivamente, es decir analizándolo no subjetivamente, como lo hacen las teorías estudiadas en el capítulo anterior, sino objetivamente, es decir, en cada caso concreto.

Así tenemos por ejemplo la opinión de GONZALO QUINTERO, quien afirma que los actos ejecutivos "... deben ser por sí mismos idóneos..."⁽⁴⁵²⁾ y más adelante el mismo autor agrega: "Tanto la tentativa absolutamente inidónea, como la tentativa irreal y el delito absolutamente imposible, constituyen casos de ausencia de desvalor de resultado..."⁽⁴⁵³⁾

También existe el criterio según el cual en aquellos casos donde se da la inidoneidad, no procede imponer pena alguna, puesto que no se configura la tentativa, así lo indica RODRÍGUEZ DEVESA: "... la tentativa inidónea no es tentativa. Por tanto será una conducta no punible..."⁽⁴⁵⁴⁾

⁽⁴⁵²⁾ Obra citada, pág. 529.

⁽⁴⁵³⁾ Obra citada, pág. 533.

⁽⁴⁵⁴⁾ Obra citada, pág. 791.

"Otra orientación -dice MALO CAMACHO-, informa que la idoneidad está generalmente referida a los medios, pero el objeto de la misma debe ser toda la acción considerada en su conjunto, de manera que el juicio de idoneidad no se refiera únicamente a un aspecto, sino al conjunto de factores y circunstancias que en cualquier modo pueden influir sobre la acción misma". ⁽⁴⁵⁵⁾

Como puede verse, hay semejanza entre algunas de las teorías subjetivas, intermedias y objetivas, por cuanto consideran como requisitos de la tentativa, la inidoneidad, no obstante este elemento lo han apreciado de modo diferente.

También se asemejan dichas teorías en que consideran la idoneidad como fundamento para sancionar la tentativa.

La principal diferencia consiste en que algunas concepciones subjetivas e intermedias consideran abstractamente la idoneidad, de modo que califican de idóneos los medios y las acciones, cuando según el criterio del agente eran aptos para lograr la consumación, aun cuando en el caso concreto sean inidóneos.

⁽⁴⁵⁵⁾ Obra citada, pág. 71.

En cambio las teorías objetivas, no dan importancia a lo que el sujeto pasivo piense en cuanto a la idoneidad de los medios o las acciones.

Por otra parte quienes conciben subjetivamente la idoneidad, no exigen que la misma sea demostrada en el caso concreto.

A diferencia de este criterio, los objetivistas sí exigen que la idoneidad se demuestre en el caso concreto.

134. CONCEPCION OBJETIVA DEL PELIGRO CORRIDO

Considero correcto el criterio según el cual, para que una tentativa se declare punible, se requiere que con ella se ponga en peligro el bien jurídico tutelado por el tipo. Me refiero específicamente al peligro objetivo o concreto.

Para CARRARA, el peligro corrido determina la fuerza física de la tentativa, "... en el delito imperfecto -manifiesta-, su fuerza moral nace de la intención... y como las funciones del daño se representan en la tentativa por el riesgo, se deduce lógicamente, que en relación con el peligro que corrió el derecho de ser violado, o sea en consonancia con el acto

externo peligroso, se determina la fuerza física de la tentativa o sea su elemento material.”⁽⁴⁵⁶⁾

De los razonamientos señalados, el mismo CARRARA desarrolla dos principios:

"I.- Para la tentativa es un acto externo de ejecución.

"II.- Este acto externo debe contener en sí la posibilidad de alcanzar el fin criminal...”⁽⁴⁵⁷⁾

Del principio enunciado en primer término deduce CARRARA que "Los meros pensamientos no pueden calificarse de conatos; sabemos ya que la ley no se viola con el pensamiento solo. Sin acto externo no puede haber delito; luego sin acto externo tampoco puede haber tentativa. Y donde hay pensamiento criminoso siga únicamente su manifestación, esto no es sin embargo un principio de ejecución".⁽⁴⁵⁸⁾

Del segundo, el mismo autor deduce "...que no son tentativas los actos meramente preparatorios...”⁽⁴⁵⁹⁾ y continúa

⁽⁴⁵⁶⁾ Obra citada, *Teoría de la Tentativa y de la Complicidad, o del Grado en la Fuerza Física del Delito*, págs. 67 y 68.

⁽⁴⁵⁷⁾ Obra citada, pág. 102.

⁽⁴⁵⁸⁾ Obra citada, pág. 103.

⁽⁴⁵⁹⁾ Obra citada, pág. 105.

diciendo que "... no son conatos los actos que carecen de idoneidad tanto subjetiva como objetiva. La falta de idoneidad, llamada por CARMIGNANI subjetiva, (unos la dicen absoluta, otros abstracta) es la que acompaña al sujeto pasivo de la ejecución... La falta de idoneidad designada por CARMIGNANI, como objetiva, la nombran unos relativa, otros concreta. Esta no acompaña constantemente a ciertos actos, sino que se verifica en la relación de un fin especial y de otro no..."⁽⁴⁶⁰⁾

La teoría del peligro desarrollada por CARRARA, misma que expuse con anterioridad, claramente exige que el peligro corrido sea verdadero, que tenga la posibilidad de alcanzar el fin criminal y no que se conciba subjetivamente, como un peligro futuro o ideal. En esencia las ideas de este tratadista, consiste en lo siguiente:

"Entiéndase bien -manifiesta CARRARA-, que al hablar de peligro o riesgo, se trata del riesgo corrido; no del meramente futuro o por correr; la confusión de estas dos ideas nos llevaría a consecuencias falsísimas. El peligro futuro o meramente ideal no puede aceptarse por sí solo como razón legítima de castigar. Si así fuera, se llegaría a penar la mala intención criminal, y aun las inclinaciones depravadas, y

⁽⁴⁶⁰⁾ Obra citada, pág. 105 y 106.

destruyendo los límites entre la moral y la ley positiva... Cuando en esta materia hablamos de peligro, nos referimos a un riesgo, que en un momento dado existe verdaderamente como hecho, no a un peligro de mera previsión".⁽⁴⁶¹⁾

Precisamente CARRARA funda la punibilidad de la tentativa, en el peligro corrido considerado objetivamente.

Para CARRARA, el peligro corrido determina la fuerza física de la tentativa, "... en el delito imperfecto -manifiesta-, su fuerza moral nace de la intención... y como las funciones del daño se representan en la tentativa por el riesgo, se deduce lógicamente, que en relación con el peligro que corrió el derecho de ser violado, o sea en consonancia con el acto externo peligroso, se termina la fuerza física de la tentativa o sea su elemento material".⁽⁴⁶²⁾

A mi parecer CARRARA concluye desafortunadamente su pensamiento expresando que "en ambos casos (inidoneidad objetiva y subjetiva), hay tentativa, porque el acto externo presenta un grado de peligro suficiente a constituir la fuerza física..."⁽⁴⁶³⁾

⁽⁴⁶¹⁾ Obra citada, pág. 61.

⁽⁴⁶²⁾ Obra citada, pág. 67 y 68.

⁽⁴⁶³⁾ Obra citada, pág. 107.

El citado penalista atribuye a la inidoneidad objetiva y subjetiva el resultado de peligro corrido y confunde el propósito de establecer el concepto de tentativa, con la distinción que obligadamente debemos hacer entre la tentativa punible de la que resulta el peligro corrido; y la tentativa no punible, por no emanar de ella este resultado.

Así CARRARA, concluye acertadamente que trátese de inidoneidad objetiva o subjetiva, no se excluye la idea de tentativa. ⁽⁴⁶⁴⁾

Por otra parte también concluye que el peligro debe ser real y no meramente ideal ⁽⁴⁶⁵⁾, no obstante se contradice al atribuir el peligro corrido a las tentativas cuya idoneidad es subjetiva, misma que en el caso concreto nunca produce como resulta el peligro corrido, es decir que en estos casos el peligro es irreal, imaginario.

La anterior contradicción en que ha incurrido CARRARA, se debe según mi criterio, a que ha estudiado en forma aislada los elementos aludidos de la idoneidad y del peligro corrido.

⁽⁴⁶⁴⁾ Obra citada, pág. 106.

⁽⁴⁶⁵⁾ Obra citada, pág. 61.

Por otra parte es de considerarse que al admitirse por parte de CARRARA la inidoneidad subjetiva o abstracta, también implícitamente, reconocer el peligro abstracto, como fundamento de la punibilidad de la tentativa, lo cual considero contradice su propia teoría del peligro, por cuya razón se les ha clasificado como teorías relativas.

Las concepciones subjetiva y objetiva del peligro corrido presentan las siguientes semejanzas:

Coinciden en atribuir a los delitos de peligro y por ende a la tentativa una categoría específica.

Lo más notable es que ambas posturas son idénticas al contemplar el peligro corrido como un factor indispensable para determinar la punibilidad de la tentativa.

Por el contrario dichas tesis se distinguen fundamentalmente por los siguientes motivos:

El criterio subjetivo afirma que el peligro es una abstracción subjetiva.

En sentido opuesto la tesis objetiva afirma que el peligro puede y debe ser verdadero.

La concepción subjetiva habla de un peligro abstracto, en tanto que la concepción objetiva contempla el peligro concreto.

Las teorías subjetivas afirman que es imposible establecer una relación de causalidad entre la conducta y el peligro.

En cambio las teorías objetivas exigen que la acción contenga en sí la posibilidad de alcanzar el fin criminal, es decir, que según ésta postura sí se da la relación de causalidad.

135. LA ANTIJURIDICIDAD Y LA TIPICIDAD SON CONDICION PARA PUNIR LA TENTATIVA

Considero que los factores consistentes en la antijuridicidad y la tipicidad deben ser condiciones indispensables para sancionar la tentativa de delito y, por el contrario, en ausencia de dichos elementos consistentes en la antijuridicidad y la tipicidad no debe sancionarse la conducta,

por no existir la infracción penal, que es la que como ya expresé precedentemente, no debe dar lugar a la aplicación de sanción penal.

Estimo además que así como para sancionar una conducta que configura delito se requiere la existencia de la totalidad de los elementos del delito, asimismo para aplicar una penalidad tratándose de la tentativa de delito, también se hace necesaria la existencia de la totalidad de los factores que deben concurrir para la configuración de la tentativa de delito.

A ese respecto tendríamos lo siguiente: Para establecer si se trata de una tentativa de delito imposible, deberíamos examinar en principio si se encuentran presentes los elementos del delito, a los cuales habría que agregar los factores que se hacen necesarios para la integración de la tentativa de delito y finalmente sería necesario determinar si se trata de un delito en grado de tentativa o si no se reúnen los elementos del mismo y en caso de que se trate de tentativa de delito imposible procedería establecer también si el mismo debe ser o no sancionado. Para tales fines procederé a continuación a efectuar aun cuando sea una breve reseña de los elementos del delito.

Desde luego debo decir que el artículo 7º del Código Penal de 1931, define el delito como el acto u omisión que sancionan las leyes penales; la teoría analítica del delito (concepción heptatómica), define el delito como una conducta típica, antijurídica, imputable, culpable, que requiere a veces condiciones objetivas de punibilidad y punible. Paso a continuación a la significación de cada uno de los mencionados elementos del delito; que en forma resumida expone RODOLFO GARCIA VALDEZ, en su tesis doctoral, misma que me permito reproducir en seguida:

"1. La conducta es "una manifestación de voluntad", y comprende además el resultado y el nexo causal; constituye un acto u omisión.

"2. La tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo descrito por la norma, y se expresa con la fórmula siguiente: "NULLUM CRIMEN SINE TIPO".

"3. La antijuridicidad; este elemento se traduce en la siguiente fórmula de BETTIOL: "NULLUM CRIMEN SINE INJURIA" es lo contrario al Derecho, o sea a la norma jurídica; este elemento tiene lugar en tanto que no exista alguna causa de justificación.

"4. La imputabilidad, que es "la capacidad de querer y entender" que debe tener el autor de la acción. A este respecto debe decirse que los menores de 18 años de edad son inimputables y que los inculpados que padecen de algún trastorno mental también son inimputables, de conformidad con lo que dispone el artículo 68 del Código Penal.

"5. La culpabilidad, que puede expresarse en la siguiente fórmula de BETTIOL: "NULLUM CRIMEN SINE CULPA"; comprende el dolo y la culpa. Es la reprochabilidad hacia el agente infractor por su conducta antijurídica y se presenta en las formas siguientes: dolo y culpa. La conducta dolosa tiene lugar cuando el agente tiene la intención y la voluntad de realizar el delito; hay culpa cuando el agente obra con imprudencia.

"6. Las condiciones objetivas de punibilidad son agregados al tipo y se establecen por la ley como requisito que debe reunirse para sancionar el ilícito, como sería la presentación de la querrela necesaria para la persecución de algunos delitos.

“7. La punibilidad, de la cual el autor PORTE PETIT dice que es indudable que la penalidad es un carácter del delito y no una simple consecuencia del mismo; este elemento del delito se refiere a la garantía penal que establece la ley y que se expresa diciendo: "NULLA POENA SINE LEGE"”(466)

Tales son los elementos del delito, cuyo conocimiento es necesario para estar en posibilidad de determinar lo siguiente: 1o. Saber cuándo se configura la tentativa de delito; y 2o. Si es procedente jurídicamente la aplicación de sanción al autor de un acto de tentativa de delito imposible, desde el punto de vista del citado estudio analítico del delito.

En cuanto a los elementos necesarios para que se configure una tentativa, son los siguientes:

- I. La voluntad o intención de delinquir.
- II. Un comienzo de ejecución del delito.
- III. La no consumación del delito.

(466) GARCIA VALDEZ, ROLFO, *La Pena de Prisión*, tesis doctoral, México, 1974, pág. 329.

IV.La univocidad.

V.El elemento finalista.

Por otra parte los elementos que integran la tentativa punible son los siguientes:

I. La voluntad o intención de efectuar una conducta determinada.

II. Un principio de ejecución.

III.La univocidad.

IV.La idoneidad del hecho y de los medios.

V.Un elemento finalista de la voluntad y de la acción.

VI.El peligro corrido por el bien jurídicamente protegido.

VII.La no consumación del delito por causas ajenas a la voluntad del agente.

La tentativa como delito imperfecto, implica la lesión de una norma, de un interés jurídico, sin alcanzar a dañar el bien tutelado por el tipo. Dicha lesión se determina porque la acción de tentativa entraña como resultado la posibilidad de daño en el caso concreto, por lo que puede decirse que la antijuridicidad es una de las condiciones necesarias para punir la tentativa; y que la antijuridicidad se concretiza en la tentativa punible al poner en peligro el bien jurídicamente tutelado por la norma penal.

En virtud de que en ninguna tentativa de delito imposible se verifica el resultado antijurídico que consiste en la puesta en peligro concreto del bien jurídico tutelado por el tipo, no se da la condición necesaria para sancionarla.

Por otra parte es también condición para punir la tentativa, la tipicidad, siendo necesario que el comienzo de ejecución encuadre en dos tipos: Primeramente en el tipo que describe los elementos necesarios para que se configure una tentativa delictuosa; y en segundo lugar debe encuadrar la tentativa en todos los elementos del tipo que describe el delito al cual estaban encaminados la intención y el hecho; por ejemplo, para que se declare punible una tentativa de robo, la acción debe encuadrar primero en el artículo 12 del Código

Penal de 1931; y asimismo en el artículo 367 del mismo Código Penal.

Es evidente que no se da la tipicidad y por tanto no son punibles, aquellas tentativas de delito imposible en las cuales es inexistente el objeto, por cuanto la acción que constituye esta tentativa no encuadra en todos los elementos del tipo que describe el delito al cual se dirigía la intención del agente.

Así lo considera GRAF ZU DOHNA, quien ha sostenido lo siguiente: "Sólo la coincidencia de los elementos de hecho y de la ilicitud desencadena la pena..."⁽⁴⁶⁷⁾ "...el supuesto de la punibilidad -prosigue-, es la ilicitud..."⁽⁴⁶⁸⁾ y concluye "...porque todo delito exige una acción ilícita".⁽⁴⁶⁹⁾

Por mi parte he considerado que para que se constituya un resultado antijurídico no es indispensable que con la acción se dañe un bien jurídicamente tutelado por la ley penal, toda vez que la norma también puede infringirse poniendo en peligro un bien jurídico, por tanto la pena no siempre implica el daño, sino que también se impone cuando la conducta produce como

⁽⁴⁶⁷⁾ GRAF ZU, DOHNA ALEXANDER, *La Ilícitud*, traducción del DR. FAUSTINO BALLVÉ, primera edición; México, Editorial Jurídica Mexicana, 1959, pág. 35.

⁽⁴⁶⁸⁾ Obra citada, pág. 90.

⁽⁴⁶⁹⁾ Obra citada, pág. 91.

resultado el peligro corrido, como en las acciones de tentativa cuyo resultado dañoso no sea de imposible realización.

"...El legislador -puntualiza GRAF ZU DOHNA-, sabe de antemano que, en muchos casos, el interés que quiso proteger con su norma no será tocado por la acción concreta que caerá bajo dicha norma sin embargo promulga la norma porque la ha de promulgar y no puede promulgarla de otro modo que al riesgo de este resultado indeseado: ha de tirar más allá del objetivo para no quedarse corto ante él; en ella no olvida, y la aplicación de la ley no puede olvidar tampoco, que le fue motivo esencial para la promulgación de la norma -la protección del interés- no ha de ser necesariamente afectado por la acción contraria a la norma..."⁽⁴⁷⁰⁾

"...se distingue -concluye el mismo GRAF ZU DOHNA-, entre interés y bien jurídico y se tiene en cuenta que una acción delictuosa puede lesionar también sin que haya causado un daño efectivo. La misma circunstancia que impele al legislador a formular las normas en términos tan latos que tiendan a evitar no sólo la lesión sino también la amenaza y aun la posibilidad del peligro de nuestros bienes jurídicos... Se tiene interés en evitar toda acción que sólo entraña posibilidad de daño porque,

⁽⁴⁷⁰⁾ Obra citada, pág. 7.

convertida en realidad, puede llegar del grado de peligro al del daño efectivo".⁽⁴⁷¹⁾

Teniendo como base estas consideraciones, fácilmente he podido inferir que en el tipo que describe los elementos con los cuales se configura la tentativa delictuosa, el legislador tiende a evitar toda acción que no sólo constituye la posibilidad de daño, sino que puede llegar a dañar un bien jurídico, porque con esa acción se lesiona el Derecho, por cuyo motivo puede afirmarse que a la tentativa corresponde una forma especial de antijuridicidad; por tanto al carecer la tentativa de delito imposible del peligro corrido, crece también del resultado antijurídico.

Puesto que la pena es la consecuencia de la antijuridicidad, y teniendo en consideración que con la tentativa de delito imposible no se produce ningún resultado antijurídico, por no poner en peligro el bien jurídico tutelado por el tipo; considero que este es el motivo principal por el que no debe sancionarse esta clase de tentativa.

A lo anterior debemos agregar que para determinar la antijuridicidad de un tentativa no debe partirse de la similitud de

⁽⁴⁷¹⁾ Obra citada, pág. 8.

un hecho delictuoso abstracto con el hecho concreto, como es el estilo de los seguidores de la teoría subjetiva, por ejemplo si en el caso concreto la imposibilidad de la producción del delito se debe a la falta del objeto, como cuando el ladrón penetra a una casa con el propósito de robar, pero ésta se encuentra completamente vacía; y para calificar el hecho como antijurídico, el mismo se encuadrará a un caso abstracto, en el cual se presupone imaginariamente la existencia de bienes que el ladrón pudo haber robado.

Asimismo cabe mencionar que para la determinación de la antijuridicidad de una acción de tentativa no interesan las características del agente, sino el acto por sí mismo, por tanto es inadmisibles la tesis de la teoría subjetiva que sostiene que la tentativa de delito imposible sea sancionada tomando como base la temibilidad del agente, ya que ésta es una circunstancia que podría considerarse solamente para individualizar la sanción.

Por cuanto se refiere a la tipicidad de la tentativa, como quedó señalado, consiste en la adecuación del hecho, al tipo que describe a la tentativa; y al tipo que describe el delito que el agente pretendía consumir.

"La acción antijurídica -puntualiza CARRANCA Y TRUJILLO-, ha de ser típica para considerarse delictiva... la acción ha de encajar dentro de la figura del delito creada por la norma penal positiva, pues de lo contrario al faltar el signo externo distintivo de la antijuridicidad penal, que lo es la tipicidad penal, dicha acción no constituirá delito. Pero puede existir la tipicidad penal sin que exista acción antijurídica, como ocurre con las causas de justificación..."⁽⁴⁷²⁾

"Como elementos integrantes del tipo normal, -aduce CARRANCA- distingúense en nuestro derecho; el sujeto activo del delito, indeterminadamente denominado por medio de las expresiones "el que" o "al que"; la acción con sus modalidades propias, descritas mediante el empleo de un verbo y en general con las fórmulas "haga o deje de hacer" esto o aquello; y, por último, el sujeto pasivo del delito o sea aquel sobre quien recae la acción típica y que nuestra ley denomina otro: un menor de dieciocho años, etc."⁽⁴⁷³⁾

⁽⁴⁷²⁾ Obra citada, pág. 210.

⁽⁴⁷³⁾ Obra citada, pág. 210 y 211.

"En la construcción de los tipos, como se ve, la ley utiliza elementos subjetivos - en el activo o en el pasivo del delito- objetivos y normativos -de valoración jurídica o de valoración cultural. En el tipo de estupro, es el elemento objetivo la "cópula", son elementos subjetivos del pasivo "mujer menor de dieciocho años" y normativos de valoración cultural "casta y honesta, seducción o engaño"..." (474)

Por su parte SERGIO GARCIA RAMIREZ manifiesta que " la falta de adecuación típica de la conducta -atipicidad-, evita la sanción e impide acreditar el fundamental corpus criminis..."(475) y agrega que el tipo contiene "...tanto presupuestos como elementos típicos objetivos, referencias temporales, espaciales e instrumentales, datos subjetivos y normativos, y precisiones sobre los sujetos activo y pasivo y acerca del objeto. La falta o afectación de ellos repercute sobre el proceso -lógico y judicial- de la tipicidad y altera la comprobación del cuerpo del delito". (476)

Teriando como sustento las consideraciones expuestas, debo afirmar que en los casos de tentativa de delito imposible donde es inexistente el objeto, falta la adecuación típica del

(474) Obra citada, págs 213 y 214.

(475) Obra citada, pág. 31.

(476) Obra citada, pág. 31.

comienzo de ejecución, al tipo que describe el delito que el agente pretendía consumir, no obstante que la acción sí encuadre con el tipo que describe la configuración de la tentativa.

Sirven como ejemplos la tentativa de homicidio en contra de un individuo que ya está muerto; o una tentativa de robo que está dirigida a una casa vacía.

Por tal motivo es evidente que los casos citados de tentativa de delito imposible son atípicos, por tanto sería un absurdo catalogar a dichas acciones como punibles.

136. OPINION DEL AUTOR DE LA TESIS ACERCA DE LA NO PUNIBILIDAD DE LA TENTATIVA DE DELITO IMPOSIBLE

Ante todo debo decir que aun cuando considero que ninguna de las teorías que dejé expuestas en el presente capítulo resuelven todos los problemas de la tentativa de delito imposible, me encuentro de acuerdo con los criterios expuestos en el presente capítulo, los cuales preconizan la no punibilidad de la tentativa de delito imposible, en todos aquellos casos de inidoneidad de la acción o de los medios y de ausencia del objeto, debido a que en estos casos no se concretiza el peligro

considerado en el caso concreto, por encontrarse absolutamente fundadas dichas tesis o criterios en los principios jurídico-penales y atendiendo a que no se configura en ninguna de las hipótesis referidas, a la tentativa punible, por ello no sería jurídico ni justo aplicar al autor de los hechos alguna penalidad. En efecto, analizando cada hipótesis de las que se trata, se destaca lo siguiente:

Por el contrario, considero inadmisibles todas aquellas posturas que incurriendo en contradicción afirman la posibilidad de examinar la idoneidad y el peligro corrido desde puntos de vista opuestos, es decir, tanto objetiva, como subjetivamente.

La aplicación de la sanción penal resulta procedente cuando se comete alguna infracción de carácter penal, por el contrario, cuando no existe la perpetración de un delito, no se justifica la aplicación de penalidad alguna. Si atendemos algunas teorías objetivas que exigen como requisito para sancionar la tentativa, la idoneidad de la acción o de los medios y el peligro corrido, considerados objetiva o materialmente y por lo mismo postulan como no punible la tentativa de delito imposible; estas teorías son congruentes y lógicas con sus principios que ya han quedado expuestos, toda vez que de conformidad con dichas teorías, al no existir idoneidad o al no

existir el peligro corrido, no se configura la tentativa punible, tratándose por ello en esas hipótesis de lo que se denomina tentativa de delito imposible.

Considero importante establecer que en mi concepto deben quedar enmarcados dentro de la tentativa de delito imposible los casos donde la acción realizada en el comienzo de ejecución, es inidónea, o cuando no es inidóneo el medio empleado, o cuando no existe el objeto del delito que se intenta o se pretende cometer, puesto que son estas hipótesis, las que dan lugar a la imposibilidad para la consumación.

Siguiendo este criterio, se facilita la solución del problema, consistente en determinar si debe sancionarse o no la tentativa de referencia, ya que es de aplicación generalizada a cualesquiera de los casos de tentativa de delito imposible.

Debo señalar que para la solución del problema de referencia no me he concretado a adherirme al pensamiento de las teorías objetivas, sino que he tomado como punto de partida la naturaleza jurídico-penal de la tentativa, es decir, el estudio de la tentativa en pureza, que me condujo a la distinción de los elementos de la tentativa en general, con respecto de los elementos de la tentativa punible.

Por lo que hace a los elementos de la tentativa de delito, ya fueron ampliamente expuestos y explicados precedentemente en el curso del presente estudio así como los elementos de la tentativa punible; sin embargo, estimo conveniente recordar los elementos que integran la tentativa de delito, en los términos siguientes: Desde luego debo decir que la tentativa ha sido definida como la ejecución incompleta de un delito.

Estimo que con este planteamiento he logrado una posición teórica de carácter eminentemente científico, apegado a la técnica jurídica; la cual podría ser admitida como válida y uniforme en la doctrina; y en consecuencia, constituir una tesis que tenga aplicación en la Ley Penal Mexicana.

El maestro ANGEL ESPINOZA, explica que existe una identificación entre la teoría y la realidad, y agrega que debe haber "una subordinación de la segunda a la primera de tal modo que la realidad no puede leerse más que en los términos que la teoría señala..."⁽⁴⁷⁷⁾

⁽⁴⁷⁷⁾ Construcción y Elaboración del Proyecto de Tesis, elementos, Propuestas y Críticas, Apuntes de la ENEP Aragón, 1989, pág. 109.

Aplicando este criterio a la tentativa de delito imposible, puede afirmarse que deben identificarse la teoría de la tentativa y la legislación; y que esta última debe sujetarse a lo que establece aquélla desde el punto de vista científico.

Sirven como base de mi opinión, las consideraciones que a continuación expongo:

La tentativa delictuosa se sanciona, no solamente porque el agente ha pensado cometer un delito; sino en virtud de que se ha puesto en obra una acción, con la cual se puede obtener necesariamente la consumación del delito.

Ahora bien, mi criterio es en el sentido de que tratándose de tentativa de delito imposible no procede la punibilidad para el agente; considero que no debe imponerse sanción en los casos de tentativa de delito imposible, fundamentalmente porque en tales casos no se configura jurídicamente la tentativa punible, en efecto, para la configuración de esta tentativa, se hace necesario que se reúnan los elementos del delito, a los cuales deben agregarse los elementos de la tentativa punible que mencioné en líneas anteriores.

Obviamente que la idoneidad o inidoneidad de las acciones y de los medios empleados en la tentativa debe ser en concreto, es decir, deben presentarse en el hecho fáctico que se analiza, porque la idoneidad en abstracto es imaginaria, sólo se encuentra en la mente del autor del hecho, o es idónea en casos diversos del que se analiza por ejemplo si se ha suministrado veneno a la víctima y no le produjo la muerte por su fuerte constitución, tanto la acción como el medio son inidóneos en ese hecho concreto.

Por todo ello he concluido que la manera de plantear el problema de la tentativa de delito imposible por parte de las tesis que preconizan la punibilidad de la mencionada tentativa, son incorrectas por cuanto adolece de inseguridad jurídica e inconsistencia científica, ya que carece de los cimientos que sustentan la naturaleza jurídico-penal de la tentativa delictuosa, como es el criterio de ZAFFARONI, quien manifiesta que "la tentativa es siempre punible, pero cuando el delito es imposible, la pena es menor... toda vez que la tentativa de delito imposible no está excluida de la definición general de la tentativa" ⁽⁴⁷⁸⁾

⁽⁴⁷⁸⁾ Obra citada, pág. 464.

Por tanto, para determinar si una tentativa es punible se debe establecer primero si la voluntad criminal se ha manifestado unívocamente, es decir, de manera no dudosa; y después si esta voluntad criminal exteriorizada es peligrosa objetivamente, porque la perversidad que no lleva a la acción dañosa no reclama represión alguna por parte de la sociedad.

En cambio cuando el agente de la tentativa se imaginase que podría matar a un hombre con azúcar, con sal común, o con un fusil disparado a una distancia inverosímil; en estos casos no se configura la tentativa punible, no sólo a causa de la inidoneidad del medio o de la acción, sino también porque la inidoneidad es una prueba de que el agente no ha sido capaz de cometer el delito, ni siquiera de poner en peligro el bien jurídicamente tutelado por el tipo penal. Este individuo no tiene más que veleidades de delito, pero en el hecho concreto es inofensivo; por tanto la represión penal de la tentativa de delito imposible sería absurda.

137. TESIS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION RELACIONADAS CON LA NO PUNIBILIDAD DE LA TENTATIVA DE DELITO IMPOSIBLE

A continuación expongo algunas tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y no obstante que las mismas son anteriores a la última reforma del artículo 12 del Código Penal de 1931, he considerado de utilidad referirlas por cuanto preconizan la no punibilidad de la tentativa de delito imposible, mismas que pondrían aplicarse al texto vigente, toda vez que tampoco establece expresamente si la tentativa de referencia es punible o no punible.

"TENTATIVA CALIFICADA, EXISTENCIA DE ERROR EN LA PERSONA Ante la unidad del delito que prevé el artículo 13 del Código de Defensa Social para el Estado de Puebla, surge la responsabilidad solidaria de todos los copartícipes ante el hecho delictuoso que se les imputa, sin que la "aberratio in persona" cometida tecnifique una inconcebible tentativa calificada en cuanto al sujeto esperado y homicidio simple en relación a la víctima real y receptora de la acción letal de los inculpados, pues aunque la hipótesis doctrinariamente es concebible, no pudo darse en el caso porque el sujeto deseado subjetivamente por sus sicarios no estuvo presente en

el momento consumativo de la acción criminal realizada por éstas y por tanto no existió posibilidad de que hubiera corrido peligro alguno la integridad corporal de ésta y, por lo que hace a lo segundo, las calificantes enunciadas subsisten complementando al tipo, atento a la objetividad de la acción desplegada, la intención delictuosa y la unidad del delito que inspiró a los copartícipes a formar empresa criminal.

"Amparo directo 10421/66. Aurelio Altamirano Montañón 21 de Septiembre de 1972. Unanimidad de 4 votos. Ponente: J. Ramón Palacios Vargas (visible a fojas 33 del volumen 33, del Semanario Judicial de la Federación, Tomo correspondiente a la Sala Auxiliar, Séptima Epoca, Séptima Parte)". ⁽⁴⁷⁹⁾

En esta tesis se advierte que después de haber examinado el caso concreto y comprobar que el sujeto pasivo no estuvo presente en el lugar de los hechos. No existió posibilidad de que hubiera corrido peligro el bien jurídicamente protegido, es decir la integridad corporal. Aquí se resolvió no sólo apreciando el peligro corrido, sino considerándolo objetivamente, es decir, comprobando si existió o no en el caso concreto.

⁽⁴⁷⁹⁾ Citado por PALACIOS VARGAS, obra citada, págs. 241 y 242

"TENTATIVA Y ACTO PREPARATORIO (TESIS APLICABLE A TODAS LAS LEGISLACIONES QUE CONTENGAN UNA FORMULA IDENTICA AL ARTICULO 12 DEL CODIGO DEL DISTRITO). Cualquiera que sea la posición que se adopte respecto a la tentativa, ya sea que se le considere como un estado inferior de la violación típica, o como figura autónoma, posición esta última doctrinariamente poco defendible, debe de sostenerse que lo característico de ella es el principio de ejecución, acompañado necesariamente de la puesta en peligro del bien jurídico que tutela el tipo. Si no hay puesta en peligro, simplemente no hay lesión jurídica y para que haya, el sujeto debe de hacer algo encaminado en forma unívoca a la realización delictiva. El fallido ladrón que ha decidido dentro de una residencia, y al ver la altura de los muros que la protegen y cerciorarse de que le sea imposible salvarlos, desiste de su empeño, no por otra razón, sino porque se encuentra en condiciones de imposibilidad material de llevar a cabo el escalamiento; sin embargo, si el escalamiento se intenta, y por las dificultades materiales, fracasa el presunto delincuente, su conducta es ya de ejecución, y la mayor o menor puesta en peligro servirá de criterio para cuantificar la pena, puesto que se determina el grado en que se llegó a la ejecución, pero la tentativa existirá.

"Amparo directo 7227/56 1a. Elíseo Rodríguez Ramírez. 20 de Febrero de 1967. unanimidad de 4 votos, Ponente: Abel Huitrón y Aguado". ⁽⁴⁸⁰⁾

En este caso se confirma mi criterio, según el cual una cosa es el principio de ejecución y otra la puesta en peligro, por tanto, es necesario distinguir entre los elementos de la tentativa en general y los elementos de la tentativa punible, requiriendo ésta, que el principio de ejecución produzca el peligro corrido.

"TENTATIVA IMPOSIBLE POR FALTA DE OBJETO. (LEGISLACIONES DEL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES, Y DEL ESTADO DE DURANGO). El artículo 6º del Código Penal del Estado de Durango, cuyo contenido es idéntico al del artículo 12 del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, aplicable en toda la República en Materia Federal, no contempla los actos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un no-delito, sino de un hecho típico definido por la Ley como delito; luego entonces, si el acusado amenazó a la víctima con privarla de la vida si no entregaba una suma de dinero en hora y lugar prefijados, y el sujeto pasivo sólo llevó a ese sitio un sobre cerrado, sin dinero ni valores en su interior, se debe afirmar que el apoderamiento

⁽⁴⁸⁰⁾ Citado por PALACIOS VARGAS, obra citada, págs. 232 y 233

del sobre por parte del procesado, constituye una tentativa imposible de robo, porque no se puede robar lo que no existe, y tampoco se puede empezar a robar lo que no existe. Por lo mismo, la conducta es atípica por falta de objeto material sobre el que pudiera recaer la intención criminosa.

"Amparo directo 3663/65. Federico Obregón M. 24 de Noviembre de 1970. 5 votos. Ponente: Palacios Vargas".⁽⁴⁸¹⁾

El criterio sustentado en esta tesis acertadamente confirma que aún tratándose de imposibilidad para la consumación del delito, sí se da la tentativa.

138. PROPUESTA DEL AUTOR DE LA TESIS PARA UNA NUEVA REFORMA DE LA NORMA PENAL RESPECTIVA

No dejo de reconocer que el artículo 12 del Código Penal de 1931, antes de sus reformas; ofrecía dificultades para su correcta interpretación, no obstante, como lo he demostrado, con la última reforma sigue dando lugar a discrepantes opiniones.

⁽⁴⁸¹⁾ Obra citada, pag. 247.

Por ello estimo conveniente que la norma penal en cuestión debe ser objeto de una nueva reforma legislativa, a efecto de que la misma comprenda expresamente la totalidad de los elementos mencionados de la tentativa punible, con el propósito de que se facilite su interpretación correcta y consiguientemente, para que su aplicación sea exacta, en los términos requeridos por el artículo 14 de nuestra Constitución Federal, que manda la exacta aplicación de la ley penal.

La fórmula correspondiente a la tentativa punible podría ser la que en seguida propongo:

“La tentativa es punible cuando, con peligro de un bien jurídicamente protegido, se manifiesta la voluntad mediante la ejecución de hechos idóneos y dirigidos de manera no equívoca a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.

“La tentativa de delito imposible, sea por falta de idoneidad de la acción o de los medios, sea por falta de objeto o del sujeto pasivo, no es punible.”

Nótese que la expresada fórmula que propongo, contiene expresamente la totalidad de los elementos que integran la institución de la tentativa punible, mismos que ya he

dejado analizados. En efecto, a continuación destacaré los aludidos elementos en dicha fórmula que propongo:

La tentativa es punible cuando, con peligro de un bien jurídicamente protegido (requisito del peligro corrido), se manifiesta la voluntad o intención de cometer un delito) mediante la ejecución de hechos (principio de ejecución), idóneos (elementos de la idoneidad de la acción y de los medios empleados), y dirigidos (elemento finalístico) de manera inequívoca (la univocidad de la voluntad y de los hechos) a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente (requisito de la no consumación del delito por causas ajenas a la voluntad del agente).

Por lo que hace a la tentativa de delito imposible, pienso que la inidoneidad de la acción o de los medios, así como la ausencia del objeto o del sujeto pasivo del delito, han quedado explícitamente comprendidos en la fórmula que he proyectado, para declarar su no punibilidad, teniendo en cuenta la conclusión lógica de que la tentativa sólo es punible si es posible la consumación del delito, en el hecho concreto que se juzga.

CONCLUSIONES

1. Aun cuando ha sido reformado en varias ocasiones el artículo 12 del Código Penal de 1931, considero que la nueva fórmula de la tentativa, implica dificultades para su interpretación y por ende, para su aplicación, puesto que podría explicarse desde el punto de vista subjetivo u objetivo.
2. Interpretando objetivamente el artículo 12 del Código Penal de 1931, se llegará a concluir que solamente deberían producir el delito, los actos idóneos, realizados con medios idóneos siendo además requisito indispensable que exista el objeto al cual se dirige la conducta.
3. Si la interpretación del artículo 12 de referencia se realiza con criterio subjetivo, sin duda habrá de afirmarse que este precepto no exige una conducta que debería producir el delito materialmente, es decir, no exige el peligro corrido, por tanto la tentativa será punible cuando según el criterio del agente, su conducta sea apta para producir el delito, aún cuando materialmente la consumación sea de imposible realización, por inidoneidad de los medios o de la acción o bien por inexistencia del objeto.

4. El mayor problema de interpretación que presenta el citado artículo 12, se encuentra al decir lo siguiente: "la omisión que debería evitar el delito", lo cual equivocadamente podría interpretarse en sentido de sancionar cualquier omisión dirigida a un "no delito". Por otra parte podría interpretarse sosteniendo el criterio de sancionar determinados casos de tentativa de delito imposible, por ejemplo la omisión del sujeto activo, consistente en olvidarse de colocar el cargador a la pistola con la que intentaba cometer un homicidio, cuya omisión es la que debería evitar la producción del delito. En síntesis, la citada norma no señala expresamente si las hipótesis de tentativa de delito imposible, son punibles o no punibles, quedando al libre arbitrio del juzgador.

5. Según lo señalé en las conclusiones segunda, tercera y cuarta, en mi tesis he demostrado la falta de precisión del artículo 12 vigente, del Código Penal de 1931, que en lo sucesivo, referiré como artículo 12; puesto que permite su interpretación con criterios distintos e inclusive opuestos, por cuyo motivo en la práctica, la tentativa de delito imposible podrá considerarse como punible y en otros casos como no punible, de acuerdo con los criterios de interpretación que se apliquen.

6. En virtud de la comprobación que formulé en la conclusión anterior, queda plenamente demostrado que el artículo 12 en cuestión, contraviene el principio de exacta aplicación de la ley penal, consagrado en el artículo 14 de la Constitución Federal, y que por tanto se trata de un auténtico problema para el derecho penal mexicano. Con ello queda justificado mi presente estudio de tesis.

7. Por lo que se refiere a la reforma del segundo párrafo del artículo 12 del Código Penal de 1931, el cual suprimió la temibilidad al regular la penalidad de la tentativa; a mi parecer, la temibilidad del agente no debió suprimirse puesto que la considero como un factor que el juez debe analizar, conjuntamente con la culpabilidad y la mayor o menor puesta en peligro del bien jurídico, al individualizar la pena de la tentativa; sin embargo, este aspecto ha quedado fuera del objeto de estudio de la presente tesis, por lo que deberá ser motivo de otra investigación.

8. En cuanto a la última reforma del artículo 63 del Código Penal en cita, que equipara el mínimo de la pena de la tentativa punible de delitos graves, al mínimo de la sanción prevista para el delito consumado, la misma desvirtúa la naturaleza de la tentativa, como un delito imperfecto y por

tanto considero que debería preservarse el criterio de atenuar la pena de la tentativa, respecto del delito consumado; puesto que de lo contrario habrán casos en que se impondrá la misma pena a responsables de tentativa y a los sujetos responsables de delito consumado sin embargo no omito señalar que esta cuestión no quedó incluida entre los objetivos de mi tesis, por cuyo motivo la dejaré pendiente, para efectuar una nueva investigación.

9. Después de haber terminado el estudio de la tentativa en pureza, he podido concluir que según su naturaleza jurídico-penal, constituye un grado del delito, es un delito imperfecto toda vez que no alcanza la consumación; se integra mediante actos unívocos, comprende elementos subjetivos y objetivos, el resultado que emana de ella es formal, no es un delito autónomo, puesto que debe unirse a otro tipo y es un delito de peligro, así como un delito formal y debe sancionarse con pena menor que el delito consumado.
10. Desde el siglo XIX, se ha reconocido que son tres los elementos que integran la tentativa, a saber: A) La intención del agente de delinquir; B) el principio de ejecución de un determinado delito; y C) la no consumación del mismo, por causas ajenas a la voluntad del agente, lo cual significa que

el estudio de los elementos de la tentativa, se ha abandonado, por lo que no ha contemplado que la tentativa puede ser punible o no punible y por tanto cada clase de tentativa se integra con distintos elementos.

11. Habiendo partido del estudio de la naturaleza jurídico-penal de la tentativa, he llegado a la conclusión de que los elementos de la tentativa en general, son los siguientes:

1. La voluntad o intención de efectuar una conducta determinada.
2. Un principio de ejecución.
3. La univocidad.
4. El elemento finalista de la voluntad y de la acción del agente.
5. La no consumación del delito, por causas imputables o no al agente.

12. Asimismo he concluido que los elementos de la tentativa punible son los siguientes:

1. La voluntad o intención de efectuar una conducta determinada.
2. Un principio de ejecución.

3. La univocidad.
4. La idoneidad del hecho y de los medios.
5. El elemento finalista de la voluntad y de la acción del agente.
6. El peligro corrido por el bien jurídicamente protegido.
7. La no consumación del delito por causas ajenas a la voluntad del agente.

Nótese que los elementos que son comunes a la tentativa punible, no son comunes a la tentativa en general, demostrándose con ello mi primera hipótesis y cumpliendo asimismo con el principal objetivo de mi tesis.

13.No obstante que la no consumación del delito tuviera lugar debido a una causa de imposibilidad, se configura la tentativa, ya que al haberse realizado una conducta que reúne todos y cada uno de los elementos de la tentativa en general, citados en la conclusión número 11; se concretiza la tentativa.

Lo anterior significa que la causa de imposibilidad, origina la no consumación del delito por causas ajenas a la voluntad del agente, pero no hace desaparecer ninguno de los grados del delito y por ende subsisten la tentativa, así como las anteriores

fases del delito. Si por el contrario admitiéramos la inexistencia de la tentativa en tales casos, forzosamente tendríamos que admitir la inexistencia de los momentos anteriores, incluyendo la concepción del delito.

Estos razonamientos me han permitido comprobar la segunda de mis hipótesis expuestas en la introducción de la presente tesis.

14. Como en la tentativa no es posible hablar de daño causado, la antijuridicidad se concretiza en ella, cuando se produce el peligro corrido, que es un resultado formal, toda vez que las funciones del daño inmediato del delito consumado, en la tentativa, las desempeña el peligro corrido, el cual puede darse sólo si la acción y los medios son materialmente idóneos y el objeto es existente.

15. Estimo que el difícil problema de la punibilidad o no-punibilidad de la tentativa de delito imposible, no debe resolverse a través de la política criminal o con la sola aplicación del criterio de una u otra de las tesis estudiadas a lo largo de mi investigación, sino que debe solucionarse científicamente, teniendo en consideración la naturaleza jurídico-penal de la tentativa; es por ello que he llegado a la

conclusión de que esta clase de tentativa no es punible, en virtud de que no reúne el elemento finalista de la acción, el de la idoneidad, ni tampoco el elemento del peligro corrido con lo cual queda demostrada mi tercera hipótesis.

16.El criterio expuesto constituye la solución del problema que motivó el presente estudio mismo que es de carácter objetivo y subjetivo simultáneamente, lo cual no significa que para llegar a esa conclusión simplemente me haya adherido al criterio de alguna teoría ecléctica, toda vez que para llegar a tal conclusión he partido de los conceptos de la naturaleza jurídico-penal de la tentativa, así como del estudio de los elementos que integran la tentativa punible.

17.Asimismo he comprobado que un problema fundamental de la tentativa de delito imposible es la falta de aplicación de la hermenéutica, a lo cual atribuyo el desarrollo de tan variados paradigmas, mismos que hasta ahora no han prevalecido, por ello propongo la denominación cuyo título lleva la presente tesis, donde quedan comprendidas todas las hipótesis que hacen imposible la consumación: tentativa de delito imposible.

18. Entre las distintas clases de tentativa se encuentra la tentativa de delito imposible, respecto de la cual he llegado a la conclusión, de que ésta a su vez, admite una subclasificación, la cual señalo en seguida:

- A) Tentativa inacabada de delito imposible,
- B) Tentativa acabada de delito imposible,
- C) Desistimiento de la tentativa de delito imposible; y
- D) Arrepentimiento activo de la tentativa de delito imposible.

19. He de señalar que ninguna de las teorías estudiadas en mi investigación, resuelve plenamente el problema de la tentativa de delito imposible, inclusive he comprobado que consideran la idoneidad y el peligro corrido, desde puntos de vista subjetivos y objetivos simultáneamente; lo que implica contradicciones que dificultan la comprensión del tema en estudio.

20. Es falsa la afirmación que los tratadistas repiten, consistente en que sólo las teorías objetivas, hayan contemplado la idoneidad y el peligro corrido, puesto que estos elementos también han sido contemplados por las teorías subjetivas, sólo que éstas no exigen que tales elementos se comprueben en el caso concreto.

21. Como los objetivos de referencia han tenido como propósito lograr un acercamiento a la realidad en busca de una posición teórica que se acepte uniformemente como válida en la aplicación de la Ley Penal, estimo conveniente que el artículo 12 del Código Penal de 1931, debe ser objeto de una nueva reforma legislativa, a efecto de que dicha norma establezca expresamente la no punibilidad de la tentativa de delito imposible.

La fórmula ya reformada, correspondiente a la tentativa podría ser la que en seguida expongo:

“La tentativa es punible cuando, con peligro material de un bien jurídicamente protegido, se manifiesta la voluntad mediante la ejecución de hechos idóneos y dirigidos de manera no equívoca a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.

“La tentativa de delito imposible, sea por falta de idoneidad de la acción o de los

medios, sea por falta del objeto, no es punible”.

BIBLIOGRAFIA

ALTAVILLA, ENRICO, *La Culpa*, Bogotá, Editorial Temis, 1956.

ANTOLISEI, FRANCESCO, *La Acción y el Resultado en el Delito*, traducción del italiano por JOSE LUIS PÉREZ, primera edición, México, Editorial Jurídica Mexicana, 1959.

APARICIO MIER, ALBERTO, Tesis de Licenciatura *La Tentativa*, México, 1954.

ARROYO DE LAS HERAS, ALFONSO, *Manual de Derecho Penal*, primera edición, Pamplona, Editorial Aranzadi, 1985.

BETTIOL, GUIUSEPPE, *Derecho Penal*, Versión Castellana del DR. JOSE LEÓN PAGANO, cuarta edición, Editorial Temis, Bogotá, 1965.

BUSTOS RAMÍREZ, JUAN. *Manual de Derecho Penal Español, Parte General*, primera edición, Barcelona, Editorial Ariel, S.A., 1984.

CARRANCÁ Y TRUJILLO, RAÚL, *Derecho Penal Mexicano, Parte General*, segunda edición, México, Editorial Porrúa, S.A., tomo I, 1960.

CARRANCÁ Y TRUJILLO, RAÚL. *Derecho Penal Mexicano, Parte General*, sexta edición, México, editado por Antigua Librería Robredo, tomo II, 1956.

CARRANCÁ Y TRUJILLO RAÚL Y CARRANCÁ Y RIVAS, RAÚL, *Código Penal Anotado*, México, Editorial Porrúa, S.A., 1983.

CARRARA, FRANCESCO, *Derecho Penal*, primera edición, traducción y compilación de ENRIQUE FIGUEROA ALFONSO, México, Editorial Harla, 1993.

CARRARA, FRANCESCO, Programa de Derecho Criminal, traducción al español basada en las siguientes ediciones: 5ª de Lucca, 6ª de Firenze y 7ª de Lucca; Bogotá, Editorial Temis; volumen I, 1988.

CARRARA, FRANCESCO. *Teoría de la Tentativa y de la Complicidad o del Grado en la Fuerza Física del Delito*, traducción de VICENTE ROMERO GIRON, segunda edición corregida y anotada, Madrid, editado por Centro Editorial de Góngora, 1926.

CASTEJON, FEDERICO, *Derecho Penal*, primera edición, Madrid, Editorial Reus, S.A., tomo I 1931.

CASTELLANOS TENA, FERNANDO, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Parte General*; trigésima edición, México, Editorial Porrúa, S.A., 1991.

CAVALLERO RICARDO, JUAN, *El Delito Imposible*, (Tentativa Inidónea), primera edición, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1983.

CENICEROS, JOSÉ ANGEL Y GARRIDO, LUIS. *La Ley Penal Mexicana*, primera edición, México, Ediciones Botas, 1934.

CUELLO CALÓN, EUGENIO, *Derecho Penal*, (Parte General), novena edición, México, Editorial Nacional, S.A., tomo I, 1953.

DAZA GOMEZ, CARLOS, *Teoría de la Imputación Objetiva*, Revista Criminalia, Academia Mexicana de Ciencias Penales, año XIII, publicación cuatrimestral, México, editorial Porrúa, 1997.

DICCIONARIO ABREVIADO LATINO-ESPAÑOL, novena edición, España, editado por Bibliograf, S.A., 1979.

DICCIONARIO EN SEIS IDIOMAS; "Iter Sopena Internacional" (Inglés, español, francés, alemán, italiano y portugués), primera edición, Barcelona. Editorial Ramón Sopena, S.A., 1994.

DICCIONARIO OCEANO DE SINONIMOS Y ANTONIMOS, primera edición, Barcelona, Océano Grupo Editorial, 1998.

DICCIONARIO PRÁCTICO ESCOLAR con apéndices de Gramática, Matemáticas y Geografía, primera edición, Buenos Aires, Editorial Codex, S.A., 1979.

Enciclopedia de México, cuarta edición, México, editado por Enciclopedia de México, tomo III, 1978.

Exposición de Motivos de la Iniciativa de Reformas al Código Penal para el Distrito Federal, en Materia del Fuero Común y para toda la República, en materia del fuero Federal, publicadas el 14 de enero de 1985.

Exposición de Motivos de la Iniciativa de Reformas al Código Penal para el Distrito Federal, en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal, publicadas el 10 de enero de 1994.

ESPINOZA MONTES, ANGEL R. y otros *Construcción y Elaboración del Proyecto de Tesis, Elementos, Propuestas y Críticas*, México, Apuntes de la ENEP Aragón, 1989.

FARRÉ TREPAT, ELENA, *La Tentativa del Delito*, primera edición, Barcelona, editado por Librería Boch, 1986.

FLORIAN, *Parte General del Derecho Penal*, Traducido de la Tercera Edición Italiana por Editorial Bibliograf, S.A. ERNESTO DIHIGO Y FELIX MARTINEZ GIRALT, España, 1929.

FLORIS MARGADANT, GUILLERMO, *Introducción a la Historia del Derecho Mexicano*, octava edición, Naucalpan Estado de México, Editorial Esfinge, S.A de C.V., 1988.

FONTAN BALESTRA, CARLOS.- *Derecho Penal, Introducción y Parte General*, tercera edición, Buenos Aires, editado por Abeledo Perrot, 1957.

GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO, *Derecho Penal*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, Colección: Introducción al Derecho Mexicano, 1983.

GARCÍA, RAMÓN Y PELAYO Y GROSS, *Diccionario Pequeño Larousse Ilustrado*, tercera reimpresión de la primera edición, México, Ediciones Larousse, 1991.

GARCÍA VALDEZ, RODOLFO, *La Pena de Prisión*, tesis doctoral, México, 1974.

GÓMEZ, EUSEBIO, *Tratado de Derecho Penal*, primera edición, Buenos Aires, Compañía Argentina de Editores, tomo I, 1939.

GONZÁLEZ DE LA VEGA, FRANCISCO, *El Código Penal Comentado*, Sexta edición, México, Editorial Porrúa, S.A., 1982.

GRAF ZU DOHNA, ALEXANDER, *La Ilícitud*, traducción del DR. FAUSTINO BALLVÉ, primera edición, México, Editorial Jurídica Mexicana, 1959.

HABERMAS, JURGEN, *La Lógica de las Ciencias Sociales*, primera edición, México, editado por Editorial REI, 1993.

HIPPEL VON, ROBERTO, *Manuale di Diritto Penale*, Traduzione italiana del giudice ROBERTO VOZZI, primera edición, Nápoles, editado por Casa Editrice Dott, 1936.

Informe de la Suprema Corte de Justicia; 1934, Apéndice, Sec. 2ª, primera Sala.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM, AA. VV., *Diccionario Jurídico Mexicano*, primera edición, México, Editorial Porrúa, S.A., volumen III, 1992.

International Standard, ISO 690 1975 (E), DOCUMENTATION-BIBLIOGRAPHICAL REFERENCES-ESSENTIAL AND SUPPLEMENTARY ELEMENTS.

ISLAS MARISCAL, OLGA Y RAMÍREZ, ELPIDIO.- *La Tentativa*, La Revista Mexicana de Justicia, México, editado por la Procuraduría General de la República, 1986.

JAKOBS, GUNTER, *La Imputación Objetiva en Derecho Penal*, primera edición, Colombia, editada por Universidad Externado de Colombia, 1994.

JESCHECK, HANS HEINRICH, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, traducción y adiciones por MIR PUIG y MUÑOZ CONDE, Volumen segundo, primera edición, Barcelona, editado por Bosch, Casa Editorial, S.A., 1981.

JIMÉNEZ DE ASÚA, *La Ley y el Delito*, segunda edición, Buenos Aires, Editorial Hermes, 1954.

JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS, *Tratado de Derecho Penal*, tercera edición, Buenos Aires, citado por Editorial Losada, S.A., tomo VII. 1985.

JIMÉNEZ HUERTA, MARIANO, *El Derecho Penal Mexicano*, tercera edición, México, editorial Porrúa, S.A., tomo I, 1980.

KUHN THOMAS S., *La Estructura de las Revoluciones Científicas*, traducción de AGUSTÍN CONTÍN, primera edición, México, Editado por Fondo de Cultura Económica, 1975.

LAURENZO COPELLO, PATRICIA.- *El Resultado en Derecho Penal*, primera edición, Valencia, editado por Tirant lo Blach Alternativa, 1992.

LICEA DE ARENAS, JUDITH, *Las Fuentes de Información*, tercera edición, México, D.F., editado por Universidad Autónoma Metropolitana, volumen I, 1996.

LICEA DE ARENAS, JUDITH, *Las Fuentes de Información*, tercera edición, México, D.F., editado por Universidad Autónoma Metropolitana, volumen I, 1996.

LICEA DE ARENAS, JUDITH, *La Consulta Bibliográfica*, tercera edición, México, D.F., editado por Universidad Autónoma Metropolitana, volumen II, 1996.

LICEA DE ARENAS, JUDITH, *El Acceso a la Información*, tercera edición, México, D.F., editado por Universidad Autónoma Metropolitana, volumen III, 1996.

LICEA DE ARENAS, JUDITH, *La Búsqueda de Información y su Registro*, tercera edición, México, D.F., editado por Universidad Autónoma Metropolitana, volumen IV, 1996.

LICEA DE ARENAS, JUDITH, *El Trabajo Bibliográfico*, tercera edición, México, D.F., editado por Universidad Autónoma Metropolitana, volumen V, 1996.

LÓPEZ RUÍZ, MIGUEL, *Para Escribir Bien*, quinta edición, México, Edición Dolver, 1994.

LUZÓN CUESTA, MANUEL. *Compendio de Derecho Penal, Parte General*, primera edición, España, editado por el Tribunal Supremo de Málaga, 1985.

MAGGIORE, GIUSEPPE, *Derecho Penal*, traducción por JOSÉ J. ORTEGA TORRES, Bogotá, Editorial Temis, volumen II, 1954.

MALO CAMACHO, GUSTAVO, "Tentativa del Delito, con Referencias al Derecho Comparado"; Primera edición, Universidad Nacional Autónoma de México, 1971.

MALO CAMACHO, GUSTAVO, *Tentativa del Delito*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1971.

MANZINI, VINCENZO, *Tratado de Derecho Penal*, primera parte, Teorías Generales; traducción de SANTIAGO SENTÍS MELENDO, Primera edición, Buenos Aires, editado por EDIAR, Soc. Anón. Editores, tomo II, 1984.

MAURACH, REINHART, *Tratado de Derecho Penal*, primera edición, Barcelona, Ediciones Ariel, tomo II, 1962.

MEZGER, EDMUNDO, *Derecho Penal, Parte General*, traducción de la sexta edición alemana por el Dr. Conrado A. Finzi; Argentina, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica, 1958.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Teoría General del Delito*, reimpresión de la primera edición, Colombia, editorial Temis, Bogotá, 1990.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO Y GARCÍA ARAN, MERCEDES. *Derecho Penal, Parte General*, primera edición, Valencia, editado por Tirant lo Blanch, 1993.

MIR PUIG, SANTIAGO. *Derecho Penal, Parte General*; primera edición, Barcelona, editado por Promociones Publicaciones Universitarias, 1974.

ONECA, JOSE ANTÓN Y MIGUEL GARCILÓPEZ, ADOLFO DE, *Derecho Penal, Parte General*, primera edición, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1940.

OSSORIO, MANUEL [sic], *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, Editorial Heliasta, S.R.L., Argentina 1974.

PALOMAR DE MIGUEL, JUAN, *Diccionario para Juristas*, primera edición, México, Mayo Ediciones, S. de R.L., 1981.

PALACIOS VARGAS, RAMÓN, *La Tentativa*, El mínimo de Ilicitud Penal, primera edición, México, editado por Imprenta Universitaria, 1951.

PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO, *Breve Ensayo Sobre la Tentativa*, tercera edición, México, Editorial Porrúa, S.A., 1982.

PESSINA, ENRIQUE, *Derecho Penal*, traducción del italiano, tercera edición, Madrid, Editorial Reus, S.A., 1919.

PINA VARA, RAFAEL DE. *Diccionario de Derecho*, decimoséptima edición, Madrid, Editorial Reus, S.A., 1919.

PLASENCIA VILLANUEVA, RAUL, *Teoría del Delito*, primera edición, México, editado por Universidad Nacional Autónoma de México, 1998.

PORTE PETIT, CELESTINO, *Programa de la Parte General del Derecho Penal*, Editorial Jus, S.A., México, D.F. 1958.

QUINTANO RIPOLLÉS, ANTONIO. *Compendio de Derecho Pena*”, primera edición, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, volumen I, 1958.

QUINTERO OLIVARES, GONZALO, *Introducción al Derecho Penal*, primera edición, España, tomo I, 1981.

QUINTERO OLIVARES, GONZALO, *Derecho Penal, Parte General*, segunda edición, Madrid, editado por Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A., 1992.

RODRÍGUEZ DE VESA, JOSE MARÍA, *Derecho Penal Español, Parte General*, novena edición, Madrid, editado por Dykinso, 1985.

ROSAL, JUAN DEL, *Derecho Penal Español*, primera edición, Madrid, editado por Talleres Silverio Aguirre, 1960.

ROMAGNOSI, GIAN DOMENICO, *Génesis del Derecho Penal*, primera edición, Bogotá. Editorial Temis, 1956.

SÁINZ CANTERO, JOSÉ A. *Lecciones de Derecho Penal, Parte General* primera edición, Barcelona, editado por Bosch, Casa Editorial, S.A., tomo III, 1985.

SÁNCHEZ TEJERINA, ISAIAS.- *Derecho Penal Español, Parte General y Especial*, primera edición, editada por la Facultad de Salamanca, 1937.

SCARANO, LUIGI, *Il Tentativo*, Editorial Temis, Bogotá, 1956.

SCARANO, LUIGI, *La Tentativa*, Traducción del Italiano de LUIS E. ROMERO SOTO, Bogotá, Editorial Temis, 1960.

SOLER, SEBASTIAN, *Derecho Penal Argentino*, tercera reimpresión, Buenos Aires, topográfica Editora Argentina, tomo II, 1956.

STRUENSEE, EBERHARD, *Dolo, Tentativa y Delito Putativo*, traducción de Marcelo A. Sancinetti; primera Edición, Buenos Aires, editorial Hamurabi, S.R.L., 1992.

SUBERCASEAUX, MIGUEL, *Diccionario de Sinónimos Ideas Afines, Antónimos y Parónimos*, cuarta edición, México, editado por Programa Educativo Visual, S.A. de C.V., tomo II, 1991.

TEJA ZABRE, ALFONSO, *Exposición de Motivos, Código Penal de 1931*, Tercera edición, México, Ediciones Botas, 1936.

TOLEDO YUBIERTO, EMILIO OCTAVIO Y DE HUERTA, TOCILDO SUSANA, *Derecho Penal, Parte General*, segunda edición corregida y aumentada, Madrid, editado por Rafael Castellanos, 1986.

TORO Y GISBERT, MIGUEL DE, *Diccionario Francés-Español*, primera edición, Canadá, editado por Librairie Larousse, 1953.

VILLALOBOS, IGNACIO, *Derecho Penal Mexicano, Parte General*, segunda edición, México, Editorial Porrúa, S.A., 1960.

WITKER, JORGE, *La Investigación Jurídica*, primera edición, México, editado por Mc Graw Gill, 1994.

ZAFARONI, EUGENIO RAÚL, *Tratado de Derecho Penal*, , primera edición, México, editado por Cárdenas Editor y Distribuidor, tomo IV, 1988.

Semanario Judicial de la Federación, Volumen 33, tomo correspondiente a la Sala Auxiliar, Séptima Época, Séptima Parte.

Expediente de Amparo Directo 10421/66. Aurelio Altamirano Montaña.
21 de septiembre de 1972. Unanimidad de 4 votos. Ponente: J.
Ramón.

Semanario Judicial de la Federación. Tomo LXXXV, pág. 617.

Precedente: Tentativa, Delitos en Grado de, Semanario Judicial de la
Federación, Quinta Época.

Precedente: Tentativa, Formas del, Semanario Judicial de la
Federación. Tomo CIII, Quinta época.

Precedente: Tentativa Calificada, Existencia de Error en la Persona.

Precedente: Tentativa y Acto Preparatorio. Amparo Directo 7227/56
Elíseo Rodríguez Ramírez. 20 de Febrero de 1967, unanimidad de 4
votos: Ponente Abel Huitrón y Aguado.

Precedente: Tentativa Imposible por Falta de Objeto. Amparo Directo
3663/65. Federico Obregón M. 24 de Noviembre de 1970. 5 votos,
ponente: Palacios Vargas.

Las Siete Partidas

Diario Oficial de la Federación, publicado el 10 de enero de 1994.

Diario Oficial de la Federación, publicado el 14 de enero de 1985.

Diario Oficial de la Federación, publicado el 13 de mayo de 1996.
Diario Oficial de la Federación, publicado el 8 de febrero de 1999.
Código de Almaraz (1929).
Código Martínez de Castro (1871).
Código de Napoleón (1810).
Código Penal para el estado de Veracruz de 1835.
Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en Material del Fuero Federal (1931).
Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
Código Penal alemán.
Código Penal español.
Código Penal suizo.
Código Penal peruano.
Código Penal austriaco.
Código Penal Italiano.
Código Penal colombiano.
Código Penal salvadoreño.
Código Penal paraguayo.
Código Penal venezolano.
Código Penal ecuatoriano.
Código Penal boliviano.
Código Penal uruguayo.
Código Penal costaricense.
Código Penal chileno.
Código Penal haitiano.
Código Penal hondureño.
Código Penal nicaragüense.
Código Penal panameño.

La Nueva Recopilación (Recopilación de Leyes de Los Reinos de Indias)

Novísima Recopilación de las Leyes de España”, Tomo V, Libros X, XI y XII, pág. 398, editado por la Imprenta de Sancha, España, 1805.

Recopilación De Leyes De Los Reynos De Las Indias. Estudios Históricos-Jurídicos, Primera Edición, Editado Por Miguel Angel Porrúa, México, 1987.

INDICE SUMARIO

PAG

INTRODUCCIÓN1

CAPITULO I.....1

ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA TENTATIVA

1. DERECHO ROMANO: DE ESTE DERECHO PARTEN MUCHOS PRINCIPIOS DE LA TENTATIVA.- 2. DERECHO ITALIANO DE LA EDAD MEDIA: ELABORO UN CONCEPTO MAS EXACTO DE LA TENTATIVA.-3. LA CONSTITUCION CRIMINAL CAROLINA: FUE LA PRIMERA LEY QUE DEFINIO DETALLADAMENTE LA TENTATIVA.- 4. LOS PRACTICOS ITALIANOS: CREARON LA FIGURA DEL CONATO Y CONSIDERARON LA TENTATIVA DE DELITO IMPOSIBLE.- 5. EL CODIGO DE NAPOLEON: CONSAGRO LA FORMULA DEL PRINCIPIO DE EJECUCION INICIANDO LA EVOLUCION DE LAS LEYES PENALES.- 6. LA TENTATIVA EN EL SIGLO XIX: EN ESTE SIGLO EVOLUCIONO DE MANERA IMPORTANTE.- 7. LEGISLACION PENAL MEXICANA: EN LA EPOCA PREHISPANICA NO SE CONOCIO LA FIGURA DE LA TENTATIVA. 8. LAS SIETE PARTIDAS: DISTINGUIERON TENTATIVA Y CONSUMACION: 9. LA NUEVA RECOPIACION: (RECOPIACION DE LEYES DE LOS REINOS DE INDIAS): SANCIONO LOS ACTOS PREPARATORIOS SIN DEFINIR LA TENTATIVA.- 10. LA NOVISIMA RECOPIACION: SANCIONO LA TENTATIVA Y EN ALGUNOS CASOS, TAMBIEN LOS ACTOS PREPARATORIOS.- 11. CODIGO PENAL DEL ESTADO DE VERACRUZ DE 1835: TOMO EL CRITERIO DEL PRINCIPIO DE EJECUCION.- 12. EL CODIGO MARTINEZ DE CASTRO: DISTINGUIO LOS GRADOS DEL DELITO SANCIONANDO LA TENTATIVA DE DELITO IMPOSIBLE.- 13. EL CODIGO DE ALMARAZ: EXIGIO PARA QUE LA TENTATIVA SEA PUNIBLE, EL COMIENZO DE EJECUCION POR ACTOS IDONEOS.- 14. EL CODIGO PENAL DE 1931: PRESENTO RETROCESO CON RESPECTO A LA TENTATIVA.- 15. CONSIDERACIONES SOBRE EL ARTICULO 12 DEL CODIGO PENAL DE 1931, ANTES DE SU REFORMA. - 16. CONSIDERACIONES SOBRE EL ARTICULO 12 REFORMADO, DEL CODIGO PENAL DE 1931.- 17. I.- LA RESOLUCION DE COMETER UN DELITO.- 18. II.- ACTOS EJECUTIVOS EFECTUADOS TOTAL O PARCIALMENTE.- 19.- III.- ACTOS QUE DEBERIAN PRODUCIR EL DELITO.- 20. IV.- LA OMISION QUE DEBERIA EVITAR EL DELITO.- 21. V.- LA NO CONSUMACION DEL DELITO POR CAUSAS AJENAS A LA VOLUNTAD DEL AGENTE.- 22. VI.- LA SUPRESION DE LA TEMIBILIDAD.- 23. CONSIDERACIONES SOBRE EL ARTICULO 63 REFORMADO DEL CODIGO PENAL DE 1931.

CAPITULO II.....79

LA TENTATIVA COMO UNO DE LOS GRADOS DEL DELITO.

LOS GRADOS DEL DELITO ESTAN INTEGRADOS POR DISTINTOS MOMENTOS.- COMPRENDEN DOS FASES: 24. FASE INTERNA: SE INICIA CON LA CONCEPCION DEL DELITO.- LA INTENCION DE PERPETRARLO.- EL PENSAMIENTO NO SE CASTIGA.- 25. FASE EXTERNA: SU PRIMER MOMENTO ES LA MANIFESTACION DE LA IDEA.- 26. LA PREPARACION: SIGUE DE LA MANIFESTACION DE LA IDEA.- NO REVELA LA INTENCION

DE DELINQUIR.- SON IMPUNES LOS ACTOS PREPARATORIOS.- 27. LOS ACTOS EJECUTIVOS: COMPRENDEN: 28. A) LA TENTATIVA: ES LA EJECUCION INCOMPLETA DE UN DELITO.- IMPLICA LA IDEA DE UN DELITO IMPERFECTO.- SUS ACCIONES SI REVELAN LA INTENCION DELICTUOSA.- PUEDE SER PUNIBLE O NO PUNIBLE.- 29. B) LA CONSUMACION: ES LA ACCION QUE REUNE TODOS LOS ELEMENTOS QUE INTEGRAN EL TIPO.- 30. EL AGOTAMIENTO: ES EL ULTIMO MOMENTO DEL ITER CRIMINIS.- NO TIENE TRASCENDENCIA PARA LA APLICACION DE LA PENA.- CONSISTE EN LA PRODUCCION DE TODOS LOS EFECTOS DAÑOSOS SEGUN LA INTENCION DEL AGENTE.

CAPITULO III.....108

NATURALEZA JURIDICO-PENAL DE LA TENTATIVA

31. LA ESENCIA DE LA TENTATIVA: CONCEPTOS DE VARIOS PENALISTAS.- 32. OPINION DEL AUTOR DE LA TESIS ACERCA DE LA ESENCIA DE LA TENTATIVA: LA TENTATIVA ES UN DELITO IMPERFECTO.- ES UN GRADO DEL DELITO.- SE INTEGRA MEDIANTE ACTOS UNIVOCOS.- SU PRIMER REQUISITO SUBJETIVO CONSISTE EN LA INTENCION DE COMETER UN DELITO.- EL FIN DE COMETER UN DELITO ES UN CONCEPTO MAS DETERMINADO QUE LA INTENCION.- PARA QUE SE CONFIGURE LA TENTATIVA SE REQUIERE LA NO CONSUMACION POR CAUSAS IMPUTABLES O NO AL AGENTE.- LA TENTATIVA ES PUNIBLE CUANDO CON ELLA SE PONE EN PELIGRO UN BIEN JURIDICO.- EL RESULTADO DE LA TENTATIVA ES FORMAL.- PARA QUE SE DE EL PELIGRO CORRIDO SE REQUIERE UNA ACCION IDONEA.- LA TENTATIVA NO ES UN DELITO AUTONOMO.- DEBE REPRIMIRSE CON PENA INFERIOR QUE LA CORRESPONDIENTE AL DELITO CONSUMADO.- 33. LOS ELEMENTOS DE LA TENTATIVA: 34. I.- LA VOLUNTAD O INTENCION DE DELINQUIR.- 35. II.- EL PRINCIPIO DE EJECUCION DEL DELITO.- 36. III.- LA NO CONSUMACION DEL DELITO.- 37. LOS ELEMENTOS DE LA TENTATIVA PUNIBLE.- 38. I.- LA VOLUNTAD O INTENCION DE EFECTUAR UNA CONDUCTA DETERMINADA.- 39. II.- EL PRINCIPIO DE EJECUCION.- 40. III.- LA UNIVOCIDAD DE LA VOLUNTAD Y DE LOS HECHOS.- 41. IV.- LA IDONEIDAD DE LA ACCION Y DE LOS MEDIOS EMPLEADOS.- 42. V.- EL ELEMENTO FINALISTA.- 43. VI.- EL REQUISITO DEL PELIGRO CORRIDO.- 44. VII.- LA NO CONSUMACION DEL DELITO POR CAUSAS AJENAS A LA VOLUNTAD DEL AGENTE.- 45. LA TENTATIVA EN LA CLASIFICACION DEL DELITO: LA TENTATIVA ESTA COMPRENDIDA ENTRE LOS DELITOS DOLOSOS Y DE PELIGRO.

CAPITULO IV.....205

CLASES DE TENTATIVA

46. LA TENTATIVA INACABADA O CONATO: SE CONFIGURA CUANDO EL AGENTE NO REALIZA TODOS LOS ACTOS NECESARIOS PARA LA CONSUMACION DEL DELITO.- 47 LA TENTATIVA ACABADA O DELITO FRUSTRADO: SE PRESENTA SIEMPRE QUE EL AGENTE HAYA EJECUTADO TODOS LOS ACTOS SEGUN SU INTENCION PARA PERPETRAR EL DELITO.- 48. EL DESISTIMIENTO DE LA TENTATIVA: SE CONFIGURA CUANDO EL AUTOR CESA VOLUNTARIAMENTE LOS ACTOS DE EJECUCION.- 49. EL ARREPENTIMIENTO ACTIVO: SE PRESENTA CUANDO DESPUES DE REALIZAR TODOS LOS ACTOS QUE CONSUMARIAN EL DELITO EL AGENTE EJECUTA ACTOS POSTERIORES EVITANDO SU PERPETRACION.- 50. LA TENTATIVA DE DELITO IMPOSIBLE: EXISTE TENTATIVA DE DELITO IMPOSIBLE CUANDO LOS ACTOS DE EJECUCION ESTAN ENCAMINADOS A LA PRODUCCION DE UN DELITO CUYA REALIZACION ES IMPOSIBLE POR DIVERSAS

CAUSAS.- LA TENTATIVA DE DELITO IMPOSIBLE ADMITE UNA SUBCLASIFICACION NO PREVISTA POR LA DOCTRINA: 51. I.- TENTATIVA INACABADA DE DELITO IMPOSIBLE.- 52. II.- TENTATIVA ACABADA DE DELITO IMPOSIBLE.- 53. III.- DESISTIMIENTO DE LA TENTATIVA DE DELITO IMPOSIBLE.- 54. IV.- ARREPENTIMIENTO ACTIVO DE LA TENTATIVA DE DELITO IMPOSIBLE.- 55. TENTATIVA CULPOSA: CUANDO CULPOSAMENTE SE PONE EN PELIGRO ALGUN BIEN JURÍDICO.

CAPITULO V.....230

LA TENTATIVA DE DELITO IMPOSIBLE

56. LA FALTA DE APLICACION DE LA HERMENEUTICA.- LA TERMINOLOGIA EMPLEADA EN EL ESTUDIO DE ESTE TEMA ES CONFUSA POR ELLO NINGUN CRITERIO HA PREVALECIDO.- 57. LA DIVERSIDAD DE PARADIGMAS: 58. I NO SE CONFIGURA LA TENTATIVA.- 59. II.- SE PRESENTA EL DELITO IMPOSIBLE.- 60. III.- SE DISTINGUE ENTRE DELITO IMPOSIBLE Y CASOS DE INIDONEIDAD.- 61. IV.- EXISTE FALTA DE TIPO.- 62.V.- EXISTEN SUBCLASIFICACIONES DEL DELITO IMPOSIBLE.- 63. VI.- EL DELITO IMPOSIBLE ES UNA FORMA DE TENTATIVA.- 64. DERECHO COMPARADO.- 65. I.- LEGISLACION ALEMANA.- 66. II.- LEGISLACION ESPAÑOLA.- 67. III.- LEGISLACION SUIZA.- 68. IV.- LEGISLACION PERUANA.- 69. V.- LEGISLACION AUSTRIACA.- 70. VI.- LEGISLACION ITALIANA.- 71. VII.- LEGISLACION COLOMBIANA.- 72.- VIII.- LEGISLACION SALVADOREÑA.- 73. IX.- LEGISLACION PARAGUAYA.- 74.- X.- LEGISLACION VENEZOLANA.- 75.- XI.- LEGISLACION ECUATORIANA.- 76. XII.- LEGISLACION BOLIVIANA.- 77. XIII.- LEGISLACION URUGUAYA.- 78. XIV.- LEGISLACION DE COSTA RICA.- 79. XV.- LEGISLACIONES QUE NO CONTEMPLAN LA TENTATIVA DE DELITO IMPOSIBLE.- 80. TEORIA DE LOS PRESUPUESTOS DEL DELITO.- 81. I.- PRESUPUESTOS DEL HECHO.- 82. A) PRESUPUESTOS JURIDICOS DEL HECHO.- 83. B) PRESUPUESTOS MATERIALES DEL HECHO.- 84. II.- PRESUPUESTOS DEL DELITO.- 85. A) PRESUPUESTOS GENERALES DEL DELITO.- 86. B) PRESUPUESTOS ESPECIALES DEL DELITO.- 87. LA FALTA DE PRESUPUESTOS: LA FALTA DE ALGUNOS DE LOS PRESUPUESTOS DA ORIGEN A LA TENTATIVA DE DELITO IMPOSIBLE.- 88. CRITERIOS ACERCA DE LA INIDONEIDAD.- 89. I.- INIDONEIDAD OBJETIVA E INIDONEIDAD SUBJETIVA.- 90. II.- INIDONEIDAD ABSOLUTA E INIDONEIDAD RELATIVA.- 91. III.- INIDONEIDAD E INSUFICIENCIA.- 92. IV.- INIDONEIDAD ABSTRACTA E INIDONEIDAD CONCRETA. 93. V.- INIDONEIDAD INTRINSECA E INIDONEIDAD EXTRINSECA.- 94. VI.- INIDONEIDAD EX POST E INIDONEIDAD EX ANTE.- 95. VII.- INIDONEIDAD INICIAL E INIDONEIDAD SUCESIVA.- 96. VIII.- INIDONEIDAD CONOCIDA POR EL AGENTE E INIDONEIDAD IGNORADA POR EL MISMO.- 97. LA IMPOSIBILIDAD PARA LA CONSUMACION: 98. A) IMPOSIBILIDAD POR INIDONEIDAD DE LOS MEDIOS.- 99. B) IMPOSIBILIDAD POR INIDONEIDAD DE LA ACCION.- 100. C) IMPOSIBILIDAD POR INEXISTENCIA DEL OBJETO.- 101.- CRITERIOS REFERENTES AL CONCEPTO DE PELIGRO.- 102. A) PELIGRO PRESENTE Y PELIGRO PASADO.- 103. B) PELIGRO EFECTIVO Y PELIGRO EVENTUAL.- 104. C) PELIGRO DIRECTO Y PELIGRO INDIRECTO.- 105. PELIGRO ABSTRACTO Y PELIGRO CONCRETO.- 106. DELIMITACION ENTRE RESULTADO Y PELIGRO: AQUEL ES UNA MODIFICACION DEL MUNDO EXTERIOR, ESTE IMPLICA UNA RELACION ENTRE DOS EFECTOS, UNO YA VERIFICADO Y OTRO QUE ES POSIBLE.- 107. DISTINCIÓN ENTRE TENTATIVA DE DELITO IMPOSIBLE Y DELITO PUTATIVO.