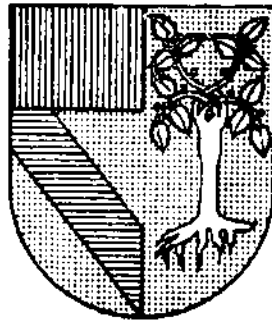


308909

**UNIVERSIDAD PANAMERICANA**

**FACULTAD DE DERECHO**

22



**PROCEDENCIA DE LA LIBERTAD PROVISIONAL EN LA  
TENTATIVA DE LOS DELITOS GRAVES**

**T E S I S**  
Q U E P R E S E N T A  
**ARTURO OCHOA HERNANDEZ**  
P A R A O B T E N E R E L T I T U L O D E  
**L I C E N C I A D O E N D E R E C H O**  
D I R E C T O R D E T E S I S : L I C . F E L I P E I B A Ñ E Z M A R I E L

MEXICO, D. F.

2000

273922



Universidad Nacional  
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**Biblioteca Central**



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

**A Dios: por darme la oportunidad de vivir.**

**A mis Padres: por darme lo más valioso en la vida, amor y educación, y por estar siempre a mi lado.**

**A mis hermanos: por su cariño y comprensión.**

**A mis abuelos: por sus consejos.**

**A mis profesores: por la paciencia y dedicación.**

**A mis amigos: por estar siempre en las buenas y en las malas.**

**A todos los miembros del Bufete Zamora Pierce por el apoyo incondicional y por la oportunidad que me han dado de aprender.**

**A mi novia**

**Gracias a todos**

## INDICE

INTRODUCCION.....	1
-------------------	---

### CAPITULO PRIMERO CONCEPTOS FUNDAMENTALES

1.1. CONCEPTO DE JUICIO.....	3
1.2. CONCEPTO DE PROCESO PENAL.....	8
1.3. CONCEPTO DE INCIDENTE.....	9
1.4. CONCEPTO DE TENTATIVA.....	14
1.5. DELITOS GRAVES EN LA LEGISLACION PENAL.....	25

### CAPITULO SEGUNDO GENERALIDADES DE LA TENTATIVA EN EL DELITO.

2.1. MARCO HISTORICO SOBRE LA TENTATIVA.....	28
2.2. LA TENTATIVA Y EL DELITO.....	31
2.3. LA TENTATIVA Y EL DELITO CONSUMADO.....	37
2.4. FIGURAS ESPECIALES EN EL ANALISIS DE LA TENTATIVA DE DELITO .....	40
2.4.1. DELITO PERFECTO Y DELITO IMPERFECTO.....	44
2.4.2. DELITO DOLOSO Y DELITO CULPOSO.....	46

**CAPITULO TERCERO**  
**EL CARÁCTER ACCESORIO DE LA TENTATIVA DENTRO DEL**  
**SISTEMA PENAL MEXICANO**

3.1. ELEMENTOS DE LA TENTATIVA.....	52
3.2. ETAPAS DE CONCRETACIÓN DEL DELITO (ITER CRIMINIS) .....	55
3.3. FUNDAMENTO DE LA PUNIBILIDAD DE LA TENTATIVA .....	58
3.4. EL DESISTIMIENTO DE CONSUMAR EL DELITO .....	59
3.5. LEGISLACIÓN PENAL VIGENTE DE LA TENTATIVA DEL DELITO .....	65

**CAPITULO CUARTO**  
**LA LIBERTAD PROVISIONAL EN EL PROCESO RESPECTO DE**  
**LOS DELITOS GRAVES.**

4.1. LA LIBERTAD PROVISIONAL EN LA AVERIGUACION PREVIA.....	75.
4.2. LA LIBERTAD PROVISIONAL EN EL PROCESO.....	77
4.3. SISTEMA DE LIBERTAD EN EL DERECHO COMPARADO.....	78
4.4. ANALISIS AL ARTICULO 20 CONSTITUCIONAL, FRACCION I.....	81
4.5. COMENTARIOS Y CONSIDERACIONES FINALES RESPECTO A LA LIBERTAD PROVISIONAL .....	89
CONCLUSIONES.....	95
BIBLIOGRAFIA.....	101

## INTRODUCCIÓN

En éste trabajo se estudiará el tema de la libertad provisional en el ámbito de la tentativa de los delitos graves. Al estudiar éste tema, previo al análisis de los conceptos y cuestiones que son necesarios para su cabal entendimiento, como las nociones generales de lo que es el procedimiento penal, la preparación del proceso, las garantías del inculpado y las formas de garantizar la libertad provisional. Sin éstos conceptos y cuestiones previas, no es posible comprender la figura jurídica de la libertad provisional.

La comprensión de ésta figura, es importante para poder evaluar con toda objetividad la serie de medidas recientes, que han venido a beneficiar al inculpado. Sobre todo a partir de la reforma del 13 de septiembre de 1993 al artículo 20 constitucional, con las innovaciones procesales en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito del 22 de julio de 1994, que ha venido a mejorar la situación de los procesados y las reformas al Código Penal del Distrito Federal de septiembre de 1999.

Existe interés social, de que éstos no sufran vejaciones o ultrajes de parte de la actividad policiaca. Como también es cierto que hay interés social, en que los inculpados no sufran prisión preventiva, a menos de que ésta sea indispensable y en casos estrictamente necesarios.

En el capítulo primero se estudiarán los conceptos generales sobre el proceso penal, incidente, la tentativa y los delitos graves, esto con el fin de comprender de una manera muy completa, el tema de la presente tesis.

En el capítulo segundo se estudiarán ampliamente las generalidades de la tentativa, y la relación que tiene con los delitos consumados, el delito perfecto y el imperfecto, los dolosos, culposos y por último la tentativa impropia.

En el capítulo tercero, abordaremos los elementos de la tentativa, las etapas de concreción del delito, el fundamento jurídico de la punibilidad de la tentativa, así como el desistimiento de la tentativa y por último se hará un estudio de la legislación penal vigente de la tentativa del delito.

Así como también el concepto de caución penal, el arraigo y sus distintas formas, que se dan dentro de la averiguación previa y en el proceso, y al final de dicho capítulo se vertirán unos comentarios y aportaciones al respecto.

En el capítulo cuarto, se estudiarán los tipos de libertad consagrados en nuestra legislación penal mexicana, haciendo un importante análisis de cada una de ellas por ser necesario para comprender mejor nuestro tema de estudio.

## **CAPITULO PRIMERO CONCEPTOS FUNDAMENTALES**

1.1. CONCEPTO DE JUICIO.

1.2. CONCEPTO DE PROCESO PENAL.

1.3. CONCEPTO DE INCIDENTE.

1.4. CONCEPTO DE TENTATIVA.

1.5. DELITOS GRAVES EN LA LEGISLACION PENAL.



## **CAPITULO PRIMERO CONCEPTOS FUNDAMENTALES**

### **1.1. CONCEPTO DE JUICIO.**

El juicio lógico es un procedimiento metódico, por el cual, mediante una serie de premisas y silogismos llega el Juez a una conclusión.

Sólo que esta conclusión se forma en el ánimo del Juez, en base a los hechos y los pruebas aportadas que lo llevarán a concluir en una forma jurídicamente válida.

Para el problema que nos ocupa el concepto de juicio lógico trasciende las barreras del conocimiento lógico hasta llegar al mundo del derecho y así, Marco Antonio Díaz de León concluye; juicio es: "el acto procesal del Juez, por el cual repasa los hechos de la causa, vinculándolos con las pruebas desahogadas para sentenciar."<sup>1</sup>

Corresponde a esta etapa del proceso, en la que el juez razona y juzga sobre la cuestión sometida a su decisión. Es una acción meramente intelectual del Juez en la que reconstruye los hechos aducidos por las partes, y valora las pruebas desahogadas para dar la razón a quien la tenga o haya conseguido su persuasión.

---

<sup>1</sup> Díaz de León, Marco Antonio "Diccionario de Derecho Procesal Penal y de Términos Usuales en el proceso". Edit. Porrúa, S.A. México, 1989. p. 122.

Existen tres clases de juicio, el juicio lógico, el juicio procedimental y el jurídico, éste a su vez se subdivide en juicio lato sensu y strictu sensu, porque como se mencionó al principio del capítulo, no se puede hablar del derecho ignorando la lógica y así que tenemos que tratar primero el concepto lógico de juicio y posteriormente centrarnos en el mundo del derecho procedimental penal.

Tan es así, que la propia Suprema Corte de Justicia ha manifestado que el CONCEPTO DE VIOLACIÓN en los juicios de amparo, es un verdadero silogismo siendo la premisa mayor: la garantía Constitución violada, la premisa menor: el acto de autoridad y la conclusión, la contrariedad entre ambas premisas (Amparo en Revisión 916/1972 Buenaventura Leal Martínez. Febrero 27 de 1973 página 301 CONCEPTO DE VIOLACIÓN, Requisitos lógicos y jurídicos que deben reunir).

A mayor abundamiento, nuestra propia legislación, al hablar de las presunciones, nos obliga a conocer la lógica, pues si no sabemos como desprender un indicio y concatenarlo con otro, hasta llegar a la presunción derivada de los hechos, lo que haremos será: formar nosotros ésa presunción, que resultará del todo ajena a la ley, ajena a la realidad y ajena a los fines perseguidos.

El maestro Díaz de León señala , que en el sentido de que en la jerga judicial se confunde el juicio con el proceso y nos atrevemos a decir que

hasta con el procedimiento, pero obviamente esto no satisface la exigencia científica de la claridad y certeza que jurídicamente buscamos.

En efecto, el juicio es un razonamiento judicial, personalísimo, subjetivo y concluyente; a tal grado de hasta las presunciones contienen la prohibición de ser formadas por el Juez, porque para formular una sentencia que es la parte final de un juicio debe de basarse por todas las pruebas que se le presenten ya sean documentales, periciales, testimoniales, etc., y en base a toda la valoración que haga de las pruebas pueda emitir una sentencia lo más justa para el procesado.

Habida cuenta de lo anterior pasamos a mencionar el concepto jurídico de juicio y así veremos que el juicio lato sensu, es el procedimiento judicial que se realiza desde el punto de vista constitucional (artículo 21) ante una autoridad judicial y concluye con una sentencia definitiva o con una sentencia incidental. Para mayor claridad del concepto y diferencia con la actividad del Ministerio Público se citan dos ejecutorias que conceptúan y delimitan la actividad del órgano persecutor, como se ve a continuación:

**AVERIGUACIÓN PREVIA. ARCHIVO DE LA, NO PRODUCE LA EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE ZACATECAS).**- "Los acuerdos de archivo de las averiguaciones previas penales no causan estado, no producen cosa juzgada y no extinguen la acción penal que resulta de las mismas." Amparo Directo 1404/74.- Francisco Ceniceros Ramírez.-

28 de agosto de 1974.- 4 votos.- Ponente: Manuel Rivera Silva. 1a. SALA.  
Séptima Época, Volumen 68, Segunda Parte, pág. 15.

Ahora bien el juicio en estricto sensu vendría a ser por conclusión lógica ya sólo una parte dentro del procedimiento penal en el cual se precisa la acusación mediante las conclusiones del ministerio público, las conclusiones de la defensa, las pruebas a desahogar (si las hay) la audiencia de vista y la sentencia judicial.

La diferencia entre procedimiento civil y procedimiento penal, consiste en que aquél se inicia siempre a "petición de parte" y el procedimiento penal se inicia siempre a solicitud del ministerio público, en ejercicio al monopolio de la acción penal que le confiere el artículo 21 Constitucional.

El procedimiento penal es el conjunto de actos procesales, jurídicamente lógicos y constitucionalmente fundados, mediante los cuales partiendo de una denuncia, acusación o querrela se ejercita la acción penal, se inicia un proceso judicial que concluye con una sentencia definitiva.

En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece en su artículo 14:

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

Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho. En los juicios de orden criminal, queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trate.

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

De lo anterior se desprende el siguiente análisis:

a) Que haya juicio, o sea una controversia sometida a la consideración de órgano imparcial del Estado, unitario o colegiado, quien la resuelve mediante la aplicación del derecho al dictar la sentencia o resolución definitiva, que puede llegar a imponerse a los contendientes aun contra de su voluntad.

b) Que el juicio se siga ante un tribunal ya existente, esto es, ante el órgano del estado previamente establecido, que esté facultado para declarar lo que la ley señala en el caso de que se trate.

c) Que se cumpla con las formalidades previstas en leyes vigentes.

El derecho penal es de aplicación estricta mientras que el civil, cuando no hay una disposición exactamente aplicable al caso, el juez debe resolver interpretando la ley o de acuerdo con los principios generales del derecho.

## 1.2. CONCEPTO DE PROCESO PENAL.

Proceso penal es un conjunto de actos procesales, constitucionalmente garantizados, mediante los cuales el Ministerio Público precisa su acusación y la Defensa sus argumentos para así llegar a una sentencia.

Según Sergio García Ramírez el proceso penal se inicia con el auto de radicación, auto de inicio o cabeza de proceso, Fernando Arilla Bas, opina que: "El período del proceso se inicia con el auto de formal prisión." A tal conclusión, diáfana a nuestro parecer, lleva la simple lectura del artículo 19 de la Constitución: "Todo Proceso, se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el autor de formal prisión". Es lógico pensar que si, en los términos transcritos, se habla de seguir un proceso después del auto de formal prisión, es porque éste lo inicia.

El Código Procesal de 1884, definía en su artículo 861 a los incidentes de la siguiente manera: "Son incidentes las cuestiones que se promueven en juicio y tienen relación inmediata con el negocio principal".

Los autores clásicos distinguieron diferentes clases de incidentes: los puros y simples, que sólo conciernen al procedimiento; los relacionados con la cuestión litigiosa principal, cuya decisión podía causar un gravamen irreparable en la sentencia definitiva, y, finalmente, aquellos que resuelven cuestiones que prejuzgan el fondo del negocio.

El derecho moderno representado por el Código italiano en vigor y la ley procesal alemana, se orienta a un triple sentido: a).- El de restringir la admisión de los incidentes; b).- El de no considerar como sentencia, sino como ordenanzas o autos, las resoluciones de las cuestiones que surjan incidentalmente en el juicio; c).- No otorgar a dichas resoluciones la autoridad de la cosa juzgada; d) El de evitar que los incidentes suspendan el curso del juicio.

El código procesal de 1884 contiene una síntesis clara de la doctrina clásica respecto de los incidentes: Perpetuaba: Art. 862.- Cuando fueren (las cuestiones propuestas en el incidente) completamente ajenas al negocio principal, los jueces de oficio deberán repelerlas, quedando a salvo al que las haya promovido, el derecho de solicitar en otra forma legal lo que con ellas pretendía". Art. 863.- "Los incidentes que pongan obstáculo al curso de la demanda principal, se sustanciarán en la misma pieza de autos, quedando entretanto en suspenso

aquéllas". Art. 864.- los que no pongan obstáculo a la prosecución de la demanda, se substanciarán en cuerda separada, que se formará con los escritos y documentos que ambas partes señalaren, y a costa del que los haya promovido".

Art. 865. "Impide el curso de la demanda. Todo incidente sin cuya previa resolución es absolutamente imposible de hecho o de derecho continuar substanciándola".

Art. 866.- "Promoviendo el incidente, y formada en su caso la pieza separada, se dará traslado al colitigante por el término de tres días".

Guillermo Cabanellas de Torres, en su Diccionario Jurídico Elemental, define el incidente:

" Del latín incidens, incidentes, que suspende o interrumpe, de cadere, caer una cosa dentro de otra. En general significa lo casual, imprevisto o fortuito. Cuestión. Altercado. De nulidad. El relativo a la invalidez de las actuaciones o de alguna providencia, por defecto de forma legal. De Pobreza. El que resuelve acerca de la gratuidad para litigar, por la carencia o escasez de medios económicos de una de las partes o de ambos."<sup>3</sup>

Guillermo Colín Sánchez, sobre los incidentes señala lo siguiente:

" ... son obstáculos que surgen durante la secuela procedimental, impidiendo su desarrollo, por estar relacionados con diversos aspectos sobre los

---

<sup>3</sup> Cabanellas de Torres, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental Edir. Heliaso S.R.L. Buenos Aires, Argentina, 1993, p. 200



cuales versa el proceso y que es necesario resolver, para que en el momento oportuno se pueda definir la pretensión punitiva estatal".<sup>4</sup>

De lo anterior se desprende, que sólo es posible considerar como incidente, lo que con frecuencia ocurre durante el procedimiento y tiene materia propia, relacionada con el asunto principal.

## CLASIFICACIÓN DE LOS INCIDENTES.

### GENERALES O ESPECÍFICOS.

Generales, cuando el procedimiento es común, y específicos cuando el procedimiento está especialmente establecido para solucionar determinadas cuestiones. El caso de los generales o no especificados se justifica en atención a que con ellos el legislador deja abierta la puerta para cualquier incidente o cuestión no prevista, o que es peculiar o diferente en cuanto a su tratamiento.

### DE PREVIO Y ESPECIAL PRONUNCIAMIENTO.

Se da el caso de que representen un obstáculo para la continuación del proceso principal -es decir, detienen la marcha del proceso principal-, o simplemente, son simultáneos, al tramitarse simultánea o paralelamente al

---

<sup>4</sup> Colín Sánchez, Guillermo, "Derecho Mexicano de Procedimientos Perales", Edit. Porrúa, 16.ª ed. S.A. México, 1997. p.662.

proceso principal; vale decir, que su tramitación no obstaculiza la marcha del proceso principal.

#### **POR EL MOMENTO EN QUE SE PLANTEAN.**

Son previos al proceso principal, concomitantes al proceso principal, o posteriores al proceso principal. A estos últimos también se les llama de ejecución. En realidad, los verdaderos incidentes son los segundos. A los primeros, Alcalá Zamora los considera procesos preliminares, y a los terceros Piña y Palacios les llama incidencias, para diferenciarlos de los incidentes.

#### **POR SU RESOLUCIÓN.**

Los incidentes pueden requerir de un procedimiento o carecer del mismo. En este último caso estamos en presencia de los que se resuelven de plano.

#### **POR LA DOCUMENTACIÓN.**

Los incidentes se documentan dentro del mismo legajo propio del proceso principal o fuera de él. A estos últimos también se les llama "por cuerda separada".

## **POR LA NATURALEZA DE LA CUESTIÓN.**

Los incidentes pueden ser puros o simples, por un lado, y por el otro, con afectación del fondo. A los primeros también se les llama incidentes procesales, y son propiamente los verdaderos incidentes, puesto que cuestionan la validez del procedimiento. Los segundos son los "incidentes de fondo", esto es, que pueden producir un gravamen irreparable al fondo del asunto. En este segundo caso, la cuestión está referida al asunto principal.

### **1.4. TENTATIVA.**

En el Derecho Romano, se observa la inexistencia de una teoría de la tentativa, pero no obstante en las "CRIMINA EXTRAORDINARIA" se puede observar que se aplicó penalidad a los actos de ejecución en forma similar a la del delito consumado. En el derecho penal privado sólo se castigó la consumación de la conducta criminal. Ahora bien, en el Derecho Público no se exigió en forma ordinaria el resultado, sino que en algunos delitos se sancionaba simplemente la "Voluntad Delictuosa" y sólo ya posteriormente a dicha circunstancia se le consideró una atenuante.

Igualmente en el Derecho Romano Germánico no se reconoció al principio la figura de la tentativa, y sólo al pasar de los años, y en forma similar al Derecho Romano, se equiparó al delito consumado, principalmente en el delito flagrante. Finalmente, en los siglos XIV XV parece "reconocerse el concepto de

tentativa en el moderno sentido, sin que ciertamente puedan señalarse de ahí líneas de enlace inmediatas con la época presente".<sup>5</sup>

Al decir de Mezger "en el Derecho Italiano de la Edad Media se encuentra ya un concepto de 'conato' el cual es descrito como un cogitare, agere, sed no peficere. El Derecho Longobardo consideró la tentativa como de menor importancia a la consumación, castigando con pena atenuada (Extra Odinem), reglamentando la tentativa inidónea y el desistimiento espontáneo".<sup>6</sup>

Guillermo Cabanellas en su Diccionario Jurídico Elemental, define la tentativa: "Intento. Tanteo. Examen previo que acerca de la capacidad o suficiencia del graduado se hacía en algunas universidades. Principio de ejecución del delito."<sup>7</sup>

Por lo que se refiere al concepto de tentativa, de hacerse en función del delito perfecto o consumado, atenderemos primeramente a su naturaleza jurídica.

Algunos autores han denominado a la tentativa como delito 'secundario' o imperfecto, pues faltando en ella la consumación sólo es posible su existencia en razón de un determinado tipo legal al cual se la relaciona. Ya

---

<sup>5</sup> Mezger, Edmundo. "Tratado de Derecho Penal. Tomo I", Traducción Española de Rodríguez Muñoz. Edit. Revolución, Madrid, España, 1957, p.212.

<sup>6</sup> Mezger Edmundo. op. cit. p.213

<sup>7</sup> Cabanellas de Torres, Guillermo. "Diccionario Jurídico Elemental", Edit. Helios, S.R.L. Buenos Aires Argentina. 1993, p.379

Carrara, al exponer su teoría de la tentativa, la consideró un delito 'degradado' en su fuerza física y en consecuencia de acción imperfecta.

Primeramente Max Ernesto Mayer y después Edmundo Mezger, han considerado a la tentativa como una causa extensiva de la pena que amplifica el carácter delictivo de los códigos y que, por ello, establece una especial tipicidad ubicada más allá del círculo del delito consumado.<sup>8</sup>

Bettioli pone en claro la imposibilidad de sancionar los actos dirigidos a la consumación del delito, cuando no se llega al fin propuesto, de no existir la norma secundaria de la tentativa, cuya función es extender la incriminación de la norma principal. En consecuencia, la tentativa sólo puede aplicarse en virtud de la necesaria relación existente entre ella y la norma incriminadora principal. En consecuencia, la tentativa sólo puede aplicarse en virtud de la necesaria relación existente entre ella y la norma incriminadora principal.

Mariano Jiménez Huerta "da a la tentativa el carácter de dispositivo amplificador del tipo y fundamentador de la punibilidad de ciertos actos que de ser así quedarían impunes por su atipicidad, pero le niega autonomía, considerando accesoria tanto su naturaleza como su rango jurídico penal, pues ontológica y teleológicamente sólo entra en función cuando se conecta con un tipo específico."<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup> *Ibidem*, pp. 253-260

<sup>9</sup> Jiménez Huerta, Mariano. 'La Tipicidad', Edit. Porrúa, S.A. México, 1960, pp. 121-122.

Por lo que respecta a la tentativa el jurista Francisco Pavón Vasconcelos vierte la siguiente opinión:

"La tentativa es delito por sí en razón de su particular estructura y naturaleza diversa al delito consumado, pues, tiene objetividad propia, actividad típica singular y sanción específica, aunque atenuada respecto al delito consumado."<sup>10</sup>

Se debe distinguir entre tentativa en general, tentativa punible y tentativa no punible. Siendo la primera, precisamente, la ejecución o inexecución, de actos encaminados, directa o inmediatamente a la realización de un delito, pero si éste no se consuma por cualesquier causa. Será punible la tentativa cuando dicha causa es contraria a la voluntad criminal del sujeto que la ejecuta, e impune cuando es provocada a conciencia por el agente, a lo que bien se llama desistimiento, cuando ejecuta, uno o algunos de los actos, o arrepentimiento eficaz cuando los ejecuta todos y logra evitar la lesión -al bien jurídico- que pretendía realizar, aunque pudiera ser sancionado por los actos que en si mismos constituyen delito, o por el daño real que en conjunto todos ellos provocaron, como por ejemplo, el sujeto que pretendía matar, realizando todos los actos tendientes a ese fin, y al arrepentirse inmediatamente realiza una acción oportuna y eficaz a favor de la víctima, provocándole al fin y al cabo lesiones, y por las cuales deberá ser sancionado y no por tentativa de homicidio.

---

<sup>10</sup> Pavón Vasconcelos, Francisco. *Breve Ensayo Sobre la tentativa*. Ed. Parrón, S.A. México, 1974, p. 34.

En los códigos y proyectos para el Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal, encontramos lo siguiente.

En el Código de 1871, llamado Código Martínez de Castro, siguiendo la escuela Italiana, en su artículo 19 se llamó conato a la 'ejecución de uno o más hechos encaminados directa o inmediatamente a la consumación, pero sin llegar al acto que la constituye', estableciendo su punibilidad en el artículo 20 "cuando se llega al acto de consumación por causas independientes de la voluntad del agente".

Posteriormente, el Código de Almaraz en el año de 1929 que reproduce casi literalmente el texto relativo, del Código de 1871.

El Código de 1931, a decir de Francisco Pavón Vasconcelos, "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 o inmediatamente a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente, se sancionará, de acuerdo con una interpretación literal de su texto, los actos puramente preparatorios y no los ejecutivos del delito.

Por el último en los anteproyectos del Código Penal, elaborados en 1949 y 1958, en los que participaron Celestino Porte Petit, Raúl Carrancá y

Trujillo, y Francisco Pavón Vasconcelos entre otros, establecen, el primero en el Artículo 12 y el segundo en el 13: Que la tentativa punible es. "La resolución de cometer un delito, manifestada por un comienzo de ejecución o por todos los actos que debían producirlo, no consumándose aquél por causas ajenas a la voluntad del agente."

El Código Penal del Estado de México en vigencia, en su Artículo 9 define muy defectuosamente la tentativa, ya que dice. "Es punible, además del delito consumado, la tentativa que consiste en la resolución de cometerlo, exteriorizada en la realización de todos o parte de los actos que debieron producir como resultado el delito, si este no se produce por causas ajenas a la voluntad del inculpado.

En el caso de que no llegara a determinarse el delito que se proponía cometer el inculpado, se estimará que los actos por él realizados se dirigían a cometer el de menor gravedad de entre aquellos a que racionalmente puede presumirse que se encaminaban."

La tentativa para el Código Penal para el Distrito Federal, la señala de la siguiente manera:

"Artículo 12. Existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza en parte o totalmente los actos ejecutivos que



deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.

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

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

En el delito, el inter criminis comprende el estudio de las diversas fases recorridas por el delito desde su ideación hasta su consumación o agotamiento. Y se compone de dos fases: la interna, que se refiere marcadamente a los procesos mentales y subjetivos del sujeto activo del delito, y la externa, que es cuando la resolución criminal se exterioriza a través de la realización de actos materiales.

La fase interna del delito se compone de tres momentos a saber:

a) La ideación o idea criminosa, que es cuando el agente activo concibe en su mente la comisión de un delito.

- b) La deliberación, que se refiere específicamente a la valoración, a la meditación, y a la consideración entre la realización o abstención de un ilícito penal.
- c) La resolución, que es el momento en que el sujeto decide llevar a cabo su conducta criminosa.

La fase externa se integra de igual forma en tres momentos que a continuación se expresan:

- a) La manifestación es el momento en que el agente externa su pensamiento criminal, cuando proyecta al mundo exterior sus ideas delictivas pero precisamente sólo como una idea o un pensamiento. Esta manifestación no es sancionable, excepto en el caso de las amenazas en las que el simple anuncio de causar un mal a la persona, en su honor y en sus derechos propios o ajenos integran la figura típica del delito de amenazas.
- b) La preparación consiste en la realización de actos en sí mismos lícitos con el propósito de llegar a la ejecución del delito, pero en los cuales no es apreciable la vinculación de la idea criminosa con la transgresión de la norma jurídico-penal. Se trata de un momento intermedio entre manifestación y ejecución, esta fase tampoco es sancionable.
- c) La ejecución es el momento en el cual el sujeto activo agota completamente su conducta para la realización del tipo penal, la fase dentro de la cual el sujeto lleva a cabo todos los actos que suponen necesarios para realizar la conducta delictiva, ideada, delibera, resuelta y preparada.

La jurisprudencia, sobre la tentativa ha vertido tesis jurisprudenciales, a continuación se harán mención de algunas de ellas, por considerarlas trascendentes para nuestro estudio.

#### **TENTATIVA. ELEMENTOS QUE LA INTEGRAN.**

**Localización:**

**Instancia:** Tribunales Colegiados de Circuito  
**Fuente:** Semanario Judicial de la Federación  
**Época:** Octava Época  
**Tesis:** VI. 1º. 103 p.  
**Tomo:** XV-Enero  
**Página:** 315

**Texto:**

La tentativa se integra con dos elementos; el subjetivo, consistente en la intención dirigida a cometer el delito; y, el objetivo, relativo a la realización total de actos encaminados directa e inmediatamente a su ejecución, y un resultado, no verificado por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo.

#### **PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DE SEXTO CIRCUITO.**

**Precedente:**

Amparo en revisión 348/94. Benjamín Galicia Pérez. 6 de octubre de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Enrique Dueñas Sarabia. Secretario: Ezequiel Tlecuittí Rojas.

Amparo directo 240/94. Jesús García Cabañas. 25 de agosto de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Enrique Dueñas Sarabia. Secretario: Ezequiel Tlecuittí Rojas.

Amparo directo 467/90. Jorge Cantellán Hernández. 15 de noviembre de 1990. Unanimidad de votos. Ponente Eric Roberto Santos Partido. Secretario: Martín Amador Ibarra.

#### **TENTATIVA. CALIFICATIVAS. TAMBIÉN SE ACTUALIZAN CUANDO EL DELITO SE COMETE EN GRADO DE.**

**Localización:**

**Instancia:** Tribunales Colegiados de Circuito  
**Fuente:** Semanario Judicial de la Federación  
**Época:** Octava Época  
**Tomo:** X-October

Página: 463

Texto:

Como la tentativa no es una entidad típica autónoma sino el grado de ejecución de un delito, inacabado por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo, las circunstancias atenuantes o agravantes del mismo se actualizan también cuando éste se comete sólo de manera tentada; tanto porque dichas modificativas le imprimen un carácter de menor o mayor gravedad a la conducta ilícita que se pretendió consumar, lo que repercute en la sanción reduciéndola o aumentándola, como porque constituyen un elemento para determinar la temibilidad del agente.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL TERCER CIRCUITO.

Precedente:

Amparo directo 167/91. Miguel Ángel Sandoval Gómez y Javier Álvarez Carrillo. 20 de agosto de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Alfonso Nuñez Salas. Secretaria: Ana Victoria Cárdenas Muñoz.

TENTATIVA PUNIBLE, CONDICIONES DE LA.

Localización:

Instancia: Primera Sala.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Época: Séptima Época

Tomo: 169-174 Segunda Parte.

Página: 154

Texto:

Según el artículo 12 del Código Penal Federal, la tentativa es punible cuando "se ejecuten hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente". Como se aprecia de esta definición, los elementos que integran la naturaleza de la tentativa son a) un elemento moral o subjetivo que consiste en la intención dirigida a cometer un delito; b) un elemento material u objetivo, que consiste en actos desarrollados por el agente tendiente a la ejecución del delito, y c) un resultado no verificado por causas ajenas a la voluntad del sujeto. Asentado lo anterior, resulta evidente que la tentativa punible, para surtirse, requiere no de meras actitudes que hagan suponer que se va a cometer un delito, sino que actos positivos que constituyan un principio de ejecución, es decir, de iniciación de un delito que no llega a su fin lesivo por el concurso de una tercera fuerza que lo impide y que es ajena a la voluntad del delincuente. Estos actos que son ya un inicio de penetración en el núcleo del tipo, a que la tentativa se refiere, han de ser realizados empleando el agente un medio objetivo idóneo a causar lesión en el bien jurídico tutelado, conforme a su determinación subjetiva previa; lo que no ocurre cuando sólo se trata de actos meramente preparados previos a la ejecución.

**Precedente:**

Amparo directo 5627/82. Joel Rosales Villa. 26 de enero de 1983. 5 votos.  
Ponente Francisco Pavón Vasconcelos.

**TENTATIVA. NO ES UNA ENTIDAD AUTÓNOMA.**

**Localización:**

Instancia: Primera Sala  
Fuente: Semanario Judicial de la Federación  
Época: Séptima Época  
Tomo: 56 Segunda Parte  
Página: 65

**Texto:**

La tentativa no es una entidad delictiva independiente, sino que corresponde a una de las fases externas de la ejecución del ilícito, y por lo tanto técnicamente es factible sancionar a un sujeto por la modalidad del delito tentado y no consumado, sin que por ello se pueda afirmar que le sean conculcadas las garantías individuales, pretendiéndose que se trata de una nueva tipificación.

**Precedente:**

Amparo directo 295/73 José Ayub Villavicencio. 15 de agosto de 1973. 5 votos.  
Ponente Manuel Rivera Silva.

Amparo directo 304/73 José Ayub Villavicencio. 15 de agosto de 1973. 5 votos.  
Ponente Manuel Rivera Silva.

Amparo directo 293/73. Silvestre Chávez Nevárez. 15 de agosto de 1973. 5 votos.  
Ponente: Manuel Rivera Silva.

De la anterior transcripción jurisprudencial, en nuestra opinión consideremos que efectivamente la tentativa no resulta una figura autónoma, toda vez que para que la misma se configure se requiere que se constituyan las etapas externas de la ejecución de la conducta antijurídica.

## **1.5. DELITOS GRAVES EN LA LEGISLACIÓN PENAL.**

A partir de la reforma de 1994, al artículo 20 Constitucional, desaparece la media aritmética que se tenía contemplada para los delitos en general como criterio básico para otorgar la libertad provisional, y en el lugar para conceder la libertad provisional el artículo es el siguiente "... siempre y cuando no se trate de delitos en que, por su gravedad, la ley expresamente prohíba conceder este beneficio. En caso de delitos no graves, a solicitud del Ministerio Público...".

De lo anteriormente señalado, se desprende el siguiente análisis, que el citado artículo no señala expresamente cuales son los delitos graves, es decir la clasificación la hacen los códigos penales o procesales de cada Estado de la República.

El Código de procedimientos penales para el Distrito Federal señala como delitos graves, los siguientes: "Homicidio por culpa grave, previsto en los artículo 302, en relación con el artículo 60, párrafo tercero del Código Penal, terrorismo, previsto en el artículo 139; sabotaje, previsto en el artículo 140, párrafo primero; evasión de presos, previsto en los artículo 150 y 152; ataques a las vías de comunicación, previsto en los artículos 168 y 170; corrupción de menores, previsto en el artículo 201; trata de personas, previsto en el artículo 205, segundo párrafo; explotación del cuerpo de un menor de edad por medio del comercio carnal, previsto en el artículo 208; violación, previsto en los artículos 265, 266 y 266 bis; asalto, previsto en el artículo 286 párrafo segundo y 287; homicidio,

previsto en el artículo 302, con relación al 307, 313, 315 bis, 320 y 323; secuestro, previsto en el artículo 366 exceptuando el párrafo antepenúltimo; robo calificado, previsto en el artículo 367, en relación con el 370, párrafos segundo y tercero, cuando además se realice en cualquiera de las circunstancias señaladas en los artículos 372, 377, 381 fracciones VIII, IX y X y 381 bis; robo, previsto en el artículo 395, párrafo último; extorsión, previsto en el artículo 390; y despojo previsto en el artículo 395, último párrafo, todos del Código Penal para el Distrito Federal en materia Común y para toda la República en materia de Fuero Federal. También lo será el delito de tortura previsto en el artículo 3° y 5°, de la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura."

El legislador ha establecido un nuevo criterio, que ha despertado interés en la doctrina y que es preciso estudiar, pues si por el delito entendemos la conducta típica antijurídica, culpable y punible; con el adjetivo grave pluralizado, da otro un giro muy importante en la clasificación de los delitos.

La locución de "delitos graves del orden común", se encuentra en el segundo párrafo del artículo 108 constitucional que dice lo siguiente: "El Presidente de la República, durante el tiempo de su encargo, sólo podrá ser acusado por traición a la patria y delitos graves del orden común." El sentido que estipula este precepto se entiende como distintos tanto a los delitos graves del orden común como a los denominados sencillamente "delitos comunes", los primeros ha permanecido indeterminados y sujetos a constante controversia.

En este sentido, para el tratadista Felipe Tena Ramírez, la expresión delitos graves del orden común es ambigua y peligrosa. Rompiendo con todos nuestros precedentes constitucionales, que habían sido en el sentido de especificar limitativamente los delitos de que era responsable, la reforma al artículo 20 constitucional no entró en vigor posteriormente, a efecto de que las legislaturas de los estados determinaran cuales eran los delitos graves y así poder aplicar el mismo criterio en cuanto al otorgamiento de la libertad provisional.



## **CAPITULO SEGUNDO**

### **GENERALIDADES DE LA TENTATIVA EN EL DELITO.**

2.1. MARCO HISTORICO SOBRE LA TENTATIVA.

2.2. LA TENTATIVA Y EL DELITO.

2.3. LA TENTATIVA Y EL DELITO CONSUMADO.

2.4. FIGURAS ESPECIALES EN EL ANALISIS DE LA TENTATIVA DE DELITO.

2.4.1. DELITO PERFECTO Y DELITO IMPERFECTO.

2.4.2. DELITO DOLOSO Y DELITO CULPOSO.

## **CAPITULO SEGUNDO GENERALIDADES DE LA TENTATIVA EN EL DELITO**

### **2.1. MARCO HISTÓRICO SOBRE LA TENTATIVA.**

El derecho romano, siguiendo el principio de que no hay delito sin actividad manifestada en la acusación de un daño, no llegó a precisar criterios distintivos entre consumación y tentativa, ni creo término alguno para diferenciar tales grados del delito.

En el derecho penal privado romano se atendió únicamente al daño causado, sancionándose únicamente los delitos consumados. En el derecho penal público, sin embargo, no tuvo validez absoluta la regla anterior, pues a pesar de la exigencia de que el animus entrase en el campo de la exteriorización material, no se exigió siempre un resultado caracterizado por un daño.

Por otra parte, en derecho alemán fue desconocida en un principio la tentativa. Posteriormente, aun cuando no llegó a precisarse una fórmula diferenciadora, se equiparó al delito consumado, principalmente en el delito flagrante. Finalmente, en los siglos XIV y XV parece reconocerse el concepto de la tentativa en el moderno sentido, sin que ciertamente puedan señalarse desde allí líneas de enlace inmediatas con la época presente.

Por otra parte, en el derecho italiano de la Edad Media se encuentra ya un concepto de conato, el cual es descrito como un cogitare. Ya para el siglo XVII, este derecho consideró la tentativa como de menor importancia a la consumación, castigándola con pena atenuada, reglamentando la tentativa inidonea y el desistimiento espontáneo.

Las Partidas distinguieron entre delitos graves y "yerros menores", equiparándose respecto de los primeros la tentativa y la consumación, salvo que en aquella diérase el desistimiento o el arrepentimiento.

En la Constitución Criminal, dictada en 1765 por Carlos V, se conceptualiza formalmente por primera vez a la tentativa, con 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 alemanes.

Gran influencia ejerció también el Código Josefino, dictado en 1787, al exigir para la punición de la tentativa la realización de actos dirigidos a la consumación de un delito, aspecto en el cual fue secundado por el Código Francés de 1804.

En México, el Código de Martínez Castro, pretendiendo la creación de un verdadero sistema, distinguió tres grados de delito intencional:

- a) El conato.- Era la ejecución de uno o mas hechos encaminados directa e inmediatamente a la consumación, pero sin llegar al acto que la constituye.
  
- b) El delito intentado.- Es el que llega hasta el último acto en que debía realizarse la consumación, si esta no se verifica por tratarse de un delito irrealizable por ser imposible, o por ser evidentemente inadecuados los medios empleados.
  
- c) El delito frustrado.- Es el que llega hasta el último acto en que debía verificarse la consumación, si esta no se realiza por causas extrañas a la voluntad del agente.

Sin embargo, fue el Código de Almaraz el que distinguió, en los delitos intencionales, a la tentativa, declarando en su artículo 22 que cuando el agente inicia exteriormente la ejecución del hecho delictuoso directamente por actos idóneos y no practica todos los esenciales de ejecución que deberían producir el delito, por causa o condición que no sea propio y espontáneo desistimiento.

Por otra parte el Código Penal de 1931 representó en materia de tentativa, un evidente retroceso con relación a sus antecesores. Al prescribir en su artículo 12 que la tentativa es punible "cuando se ejecutan hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito, si este no se consuma por

causas ajenas a la voluntad del agente", ante ello, estaba sancionando, de acuerdo con una interpretación literal de su texto, la materialización de la intención por realizar la conducta antijurídica.

El Anteproyecto del Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales, elaborado en 1958, estructuró la noción de la tentativa argumentado que: "la tentativa será punible cuando la resolución de cometer un delito se exteriorice por un comienzo de ejecución o por todos los actos que debieran producir el resultado, si este no se realiza por causas ajenas a la voluntad del agente".

La reforma del artículo 12 del código penal realizada en 1984, consagró un concepto sobre la tentativa que fue perfeccionándose a través de diversos proyectos, adoptando los principios de ejecución o de todo el proceso ejecutivo (es decir, ejecutando la conducta que debería producirlo u omitiendo la que debería evitarlo) y de la inoculación del delito por causas ajenas a la voluntad del agente, recogiendo el desistimiento espontáneo y el arrepentimiento eficaz, con lo que indudablemente mejoró la vieja fórmula del precepto que tantas críticas justificadamente recibió.

## **2.2. LA TENTATIVA Y EL DELITO.**

Para comprender la naturaleza y los alcances jurídicos que tienen las figuras de la tentativa y el delito, consideramos de suma trascendencia partir de la

realización de un marco conceptual que detalle la importancia que tienen estas en el campo del Derecho. Ante ello, diversos tratadistas como Guillermo Colin Sánchez y Sergio García Ramírez, señalan que por tentativa debemos entender lo siguiente, a saber:

Gramaticalmente, el vocablo tentativa proviene del latín "temptatus", que significa "...el principio de ejecución de un delito por actos externos que no llegan a ser los suficientes para que se realice el hecho, sin que haya mediado desistimiento voluntario del culpable".<sup>11</sup>

Por otra parte, el jurista mexicano Fernando Castellanos considera que la tentativa estriba "...en iniciar la acción principal en la cual el delito consiste; (...) es la ejecución frustrada de una determinación criminosa".<sup>12</sup>

Por lo anteriormente expuesto cabe advertir que, la tentativa difiere de los actos preparatorios; toda vez que en estos no hay todavía hechos materiales que penetren en el núcleo del tipo del delito; tales actos materiales lo mismo pueden ser lícitos que ilícitos; en cambio, en la tentativa existe ya un principio de ejecución y por ende, la penetración en el núcleo del tipo. Penetrar en el núcleo del tipo consiste en ejecutar algo en relación con el verbo principal del tipo del delito de que se trate.

---

<sup>11</sup> Cabareñas de Torres, Guillermo, *op. cit.*, p. 379

<sup>12</sup> Castro Arós Tera, Fernando, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, Edt. Porrúa, S.A. México, 27a. ed. P. 287.

Ante ello, entendemos, pues, por tentativa, los actos ejecutivos encaminados a la realización de un delito, si este no se consuma por causas ajenas al querer del sujeto.

Por otra parte, el vocablo delito proviene del latín "delinquere", que significa "...abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley."<sup>13</sup>

Para el tratadista Fernando Castellanos el delito "...es aquella acción o conducta humana antijurídica, típica, culpable y punible".<sup>14</sup>

En tanto, el código penal en su artículo 7o. en su primer párrafo establece: "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales."

De igual forma, nos parece sumamente importante señalar las diversas fases que tiene la vida del delito, el cual en el campo jurídico se desplaza a lo largo del tiempo, desde que apunta como idea o tentación en la mente, hasta su terminación, recorriendo una ruta desde su iniciativa hasta su total agotamiento.

Ante ello, diversos tratadistas coinciden en afirmar que tales fases se deben considerar como el "inter criminis", el cual a su vez se divide en:

---

<sup>13</sup> Castañón Tena, ob. cit. p. 125

<sup>14</sup> *Ibidem*, P. 129

**a) FASE INTERNA:**

1. Idea criminosa o ideación.
2. Deliberación.
3. Resolución.

**b) FASE EXTERNA:**

1. Manifestación.
2. Preparación.
3. Ejecución (tentativa o ejecución).

La fase interna abarca tres etapas o periodos, a saber:

1. **IDEA CRIMINOSA O IDEACIÓN.** En la mente humana aparece la tentación de delinquir, que puede ser acogida o desairada por el sujeto. Si el agente le da albergue, permanece como idea fija en su mente y de ahí puede surgir la deliberación.

2. **DELIBERACIÓN.** Consiste en la meditación sobre la idea criminosa, en una ponderación entre el pro y el contra. Si la idea resulta rechazada, es anulada en la mente misma, pero puede ocurrir que salga triunfante. En la deliberación hay una lucha entre la idea criminosa y las fuerzas morales, religiosas y sociales inhibitorias.

3. **RESOLUCIÓN.** A esta etapa corresponde la intención y voluntad de delinquir. El sujeto, después de pensar lo que va a hacer, decide llevar a la



práctica su deseo de cometer el delito; pero su voluntad, aunque firme, no ha salido al exterior, sólo existe como propósito en la mente.

En tanto la fase externa comprende desde el instante en que el delito se hace manifiesto y termina con la consumación. La fase externa abarca los siguientes pasos:

1. **MANIFESTACIÓN.** En ella, la idea criminosa aflora al exterior, surge ya en el mundo de relación, pero simplemente como idea o pensamiento exteriorizado, antes existente solo en la mente del sujeto. La manifestación no es incriminable. Por excepción, existen figuras de delitos cuyo tipo se agota con la sola manifestación ideológica. El artículo 282 del Código Penal sanciona al que amenace a otro con causarle un mal a una persona, en su honor o en sus derechos, o en la persona, honor, bienes o derechos de alguien con quien este ligado con algún vínculo. En este caso y en algunos otros, la manifestación consume o tipifica el ilícito; normalmente, sin embargo, no integra el delito. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece en su artículo 6o. como garantía que la manifestación de las ideas no puede ser objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, a menos que ataque a la moral, los derechos de terceros, perturbe el orden público o provoque algún delito.

2. **PREPARACIÓN.** Los actos preparatorios se producen después de la manifestación y antes de la ejecución. "Los actos preparatorios no constituyen la ejecución del delito proyectado, pero se refieren a él en la intención del

agente."<sup>15</sup> Los actos preparatorios se caracterizan por ser de naturaleza inocente en si mismos y pueden realizarse con fines lícitos o delictuosos; no revelan de manera evidente el propósito, la decisión de delinquir. Por excepción, nuestra legislación penal sanciona algunos que por si mismos agotan el tipo relativo, mas no significa que al erigirlos la ley en delitos, permanezcan como actos preparatorios, habida cuenta de que los comportamientos colman los tipos correspondientes, pero intrínsecamente poseen la naturaleza de verdaderos actos preparatorios.; tal era el caso del artículo 256 del Código Penal del Distrito Federal (actualmente derogado), al establecer sanciones para "los mendigos a quienes se aprehenda con un disfraz, ganzúas, armas o cualquier otro instrumento que de lugar para sospechar su propósito de cometer un delito". Este precepto, sea dicho de paso, además de anacrónico, rompió con el principio de igualdad, porque los potentados portadores de los instrumentos señalados, jamás puedan cometer el delito de referencia.

3. EJECUCIÓN. El momento pleno de ejecución del delito, puede ofrecer dos diversos aspectos: tentativa y consumación. Se llama consumación a la ejecución que reúne todos los elementos genéricos y específicos del tipo penal.

---

<sup>15</sup> Pava: Vasconcelos, Francisco, *Breve Estudio sobre la Tentativa*, Edit. Porrúa, S.A. México, 4a. Ed., 1989, p. 31

### 2.3. LA TENTATIVA Y EL DELITO CONSUMADO.

La ejecución puede ser subjetivamente completa y objetivamente incompleta o imperfecta, en cuyo caso se habla de delito frustrado, o bien subjetiva y objetivamente incompleta o imperfecta, en el que se habla de delito tentado, tentativa o conato.

En todo delito existen acciones, externas, y estas se componen de diversos momentos físicos, así como las internas se componen también de diversos momentos morales. Los momentos físicos pueden estar incompletos tanto subjetiva como objetivamente, cuando ninguno de ellos haya tenido un curso y por tanto no se haya alcanzado el fin propuesto por el culpable; en ocasiones, tales momentos pueden estar subjetivamente completos pero objetivamente incompletos, pues a pesar de haberse agotado los momentos físicos de la acción, el Derecho atacado por el agente no ha resultado afectado. En tales casos, el delito presenta "una degradación en la fuerza física, porque no está perfecta siquiera la acción, o si la acción fue perfecta, no esta perfecta la ofensa a la ley".<sup>16</sup>

Inicialmente se adoptó la clasificación bipartita, diferenciándose entre delito consumado y tentativa, sin distinguir, en cuanto a esta, si los actos realizados agotaban o no subjetivamente el delito. Mas tarde los tratadistas italianos, distinguieron la tentativa del delito frustrado, señalando como carácter

---

<sup>16</sup> Jiménez Huerta, Mariano, "Derecho Penal Mexicano", Torno I, Edit. Porrúa, S.A. México, 5a. ed., 1989, p. 143

de aquella su imperfección respecto a la actividad ejecutiva, al contrario de la frustración, en la cual el sujeto realiza todos los actos subjetivamente necesarios para producir el resultado, sin que este llegue a verificarse por causas ajenas a su voluntad.

Cabe distinguir que, diversos tratadistas al buscar el equilibrio entre el elemento subjetivo (intención) y el objetivo (daño), establecieron las diferencias entre tentativa y consumación, creando la figura del conato y llegando incluso a distinguir entre conato próximo y remoto, como grados de aquel, conceptos que atendieron al momento de interruptor de la acción, con referencia al acto consumativo, para establecer así la cantidad del conato.

Posteriormente, otros juristas establecieron la distinción entre tentativa y frustración, fundándose en la diferencia existente entre ejecución subjetiva y objetiva. En la tentativa, la ejecución resulta incompleta tanto subjetiva como objetivamente, mientras en el delito frustrado la acción es completa en el ámbito subjetivo pero incompleta en el objetivo, en virtud de la no verificación del evento por causas ajenas a la voluntad del actor. A este respecto, el jurista mexicano Raúl Carranca y Rivas hace la siguiente acotación: "...tanto en la tentativa como en la frustración se requieren actos de ejecución del delito, pero mientras en la tentativa sólo se practica una parte de los necesarios para llegar a la consumación del hecho querido, en la frustración se llevan a cabo todos los que

lógicamente podrían haberla producido, a pesar de lo cual el delito no se consuma."<sup>17</sup>

La mayoría de los autores y códigos modernos han abandonado esta concepción tripartita (tentativa-delito frustrado-delito consumado), para volver a la antigua clasificación bipartita (tentativa-delito consumado), distinguiéndose ahora entre tentativa inacabada y tentativa acabada. Debemos reconocer, que en la actualidad la distinción entre tentativa y delito frustrado carece de importancia, toda vez que los códigos la hacen innecesaria al comprender, en un solo concepto (tentativa), lo antiguamente conocido como instituciones diversas de un mismo proceso ejecutivo.

El tratadista Fernando Castellanos, al referirse a la distinción entre tentativa acabada e inacabada, aclara que la misma "...no se refiere al resultado del acto sino al termino de la actividad desplegada. En la tentativa inacabada el sujeto no ha realizado todos los actos requeridos de su parte para la consumación del delito, en tanto en la acabada si se han verificado todos los actos, sin que en ambas el resultado se haya producido a virtud de causas ajenas a su voluntad."<sup>18</sup>

Por su parte, Francisco González de la Vega añade que, "la consumación del delito supone, en el hecho realizado por el autor, todos los requisitos señalados en la tipicidad abstracta, lo que precisa una coincidencia

---

<sup>17</sup> Carrasco y Trujillo, Raúl, *Derecho Penal Mexicano*, Edit. Porrúa, S.A. México, 16a. ed. 1988, p.458

<sup>18</sup> Castellanos *Terro. op. cit.* P. 289

perfecta entre esta y la tipicidad concreta, a lo cual se suma la lesión del bien jurídico."<sup>19</sup> En síntesis, se puede llamar consumado el delito cuando en concreto se han realizado todos los elementos constitutivos y se ha verificado la lesión efectiva o potencial del interés protegido, agregando además la correspondencia del hecho con la tipicidad legal como el criterio substancial de la lesión del bien jurídico, en armonía con la noción de la teleología de la infracción.

#### **2.4. FIGURAS ESPECIALES EN EL ANÁLISIS DE LA TENTATIVA DE DELITO.**

Análiticamente es considerado, el delito es la conducta típica, antijurídica, culpable y punible. El delito queda caracterizado por ser un hecho típico sobre el cual habrá de recaer la calificación de antijurídica y de culpabilidad. Por ello, en este apartado capitular nos referiremos a la tentativa y sus caracteres generales, que a continuación se describen:

a) **TIPICIDAD Y TENTATIVA.**- El tipo es la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales. El jurista mexicano Fernando Castellanos señala que el tipo penal "...es el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha por la ley; la coincidencia del comportamiento con el descrito o adecuación de un hecho a la hipótesis legislativa.

---

<sup>19</sup> González de la Vega, Francisco. "Derecho Penal Mexicano, Los delitos." Ed. Porrúa, S.A. México, 22a. ed., 1988, p. 241

La tipicidad tiene una función descriptiva y valorativa, pues a través del tipo protege bienes jurídicos que singulariza su valor en el concierto de las características del delito y se relaciona con la antijurídica por concretarla en el ámbito penal.

Ahora bien, si toda conducta o hecho, para ser relevante, requiere ser típico, carácter adquirido en cuanto se establece una relación formal con el tipo, la conducta o el hecho incompleto acuñado en la norma especial de la tentativa, únicamente será punto de partida para su valoración, objetiva y subjetiva, en tanto vive en ella la tipicidad, que como previsión legal o como adecuación típica al modelo de la norma o tipo específico del delito tentado.

Mientras en el delito consumado, la adecuación del hecho real al tipo legal se verifica en forma integral, por cuanto requiere la presencia de todos los elementos descriptivos del tipo, en la tentativa dicho fenómeno capta solamente en forma parcial la conducta o el hecho descritos en el tipo principal.

Si la tipicidad del delito se subordina a la conducta del tipo principal, lo cual se encuentra fuera de toda discusión, entonces "la conducta principal de un delito se adecua al tipo, de manera indirecta o incompleta cuando el proceso de subsunción se efectúa a través del dispositivo amplificador que contiene el artículo 12 del Código Penal, debido a que dicha conducta, aunque psicológica y finalísticamente orientada a la ejecución de la descripción contenida en un tipo, no

logra realizar en su ejecutiva progresión, todos los elementos descriptivos del tipo penal.<sup>20</sup>

b) ANTIJURICIDAD Y TENTATIVA.- Siendo lo antijurídico un desvalor jurídico, una contradicción o desacuerdo entre el hecho del hombre y las normas del derecho, funciona como carácter esencial en el delito. Por ello su ausencia, por la concurrencia en el caso concreto de una causa justificante, impide su formación y produce la inexistencia del delito.

Ahora bien, como el delito tentado, al igual que el consumado, tiene un contenido material antijurídico, este no podrá consistir jamás en el daño efectivo al bien jurídico, sino en algo de menor entidad, si se tiene presente la ausencia del resultado y a cuya consumación se orienta la actividad ejecutiva: dicho contenido material, a nuestro parecer, no puede ser otro que el peligro de la consumación del delito, equivalente al peligro de daño al bien jurídico.

Es conclusión obligada, por ello, destacar que la antijuricidad objetiva del delito tentado radica precisamente, en el peligro en el cual se coloca el bien jurídico como consecuencia del acto agresivo tendiente a su lesión. Si falta en el acto y en la intención que lo acompaña, la agresión total, completa, no puede surgir el estado objetivo de peligro no solo da su contenido a la antijurídica objetiva, sino además establece la línea divisoria entre la tentativa punible y la no punible.

---

<sup>20</sup> Rivera Silva, Manuel: "El Procedimiento Penal." Ed. Porrúa, S.A. México, 18a. ed., 1988, p.66



c) CULPABILIDAD Y TENTATIVA. La culpabilidad es "...el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto".<sup>21</sup> Constituye en el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo, desprecio que se manifiesta, por indolencia o desatención nacidas del desinterés o subestimación del mal ajeno frente a los propios deseos.

Por otra parte, tenemos que la culpabilidad reviste dos formas:

1. DOLO.- Según Eugenio Cuello Calón, el dolo consiste "en la voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho delictuoso, o simplemente en la intención de ejecutar un hecho delictuoso."<sup>22</sup> Además, conviene señalar que, el dolo contiene un elemento ético y otro volitivo o emocional. El elemento ético está constituido por la conciencia de que se quebranta el deber. El volitivo o psicológico consiste en la voluntad de realizar el acto, en la voluntad del hecho típico.

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

Ahora bien, en el delito tentado surge en toda plenitud y con carácter de general la culpabilidad. El sujeto, al realizar actos de ejecución de un delito,

---

<sup>21</sup> Castañón Tena, *op. cit.*, p. 234

<sup>22</sup> *Ibidem.*, p. 236

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

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

d) PUNIBILIDAD EN LA TENTATIVA.- El fundamento de la punición en la tentativa es el principio de efectiva violación de la norma penal, al poner en peligro intereses jurídicamente tutelados. Es de equidad sancionar la tentativa en forma menos enérgica que el delito consumado, pues mientras en la consumación, además de la violación de la norma penal se lesionan bienes protegidos por el Derecho, en la tentativa, si bien igualmente se infringe la norma, sólo se ponen en peligro esos bienes. Si el sujeto desiste espontáneamente de su acción criminal, no es punible la tentativa.

#### **2.4.1. DELITO PERFECTO Y DELITO IMPERFECTO.**

A este respecto, el jurista mexicano Francisco Pavón Vasconcelos señala que en "...el delito perfecto la violación al derecho tutelado se consuma,

mientras que en el delito imperfecto no llega a realizarse a pesar de la voluntad proyectada a ese fin a través de actos apropiados."<sup>23</sup>

El delito queda imperfecto, cuando imperfecta ha quedado la acción al interrumpir el curso de sus momentos físicos, o porque esté ha sido insuficientemente promovido, o cuando aun siendo perfecta la acción, en todo lo necesario a alcanzar el fin propuesto y por ello suficientes los momentos precisos para la finalidad, el efecto no ha sido logrado debido a un impedimento imprevisto; en el primer caso surge el conato, en tanto en segundo puede tenerse, en ciertas condiciones, el delito frustrado.

Por otra parte, cualquier concepto que pretenda darse sobre la tentativa, debe hacerse en función del delito perfecto o consumado. Eso ha llevado a ciertos autores doctrinarios a denominar a la tentativa un delito secundario o imperfecto, pues faltando en ella la consumación solo es posible su existencia en razón de un determinado tipo legal al cual se le relaciona. Ya Celestino Porte Petit Caudandap, al exponer su teoría de la tentativa, la consideró "un delito degradado en su fuerza física y, en consecuencia, de acción imperfecta."<sup>24</sup>

---

<sup>23</sup> Pavón Vasconcelos, *op. cit.* p. 22

<sup>24</sup> Porte Petit Caudandap, Celestino *Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal*, Ed. Porrúa, S.A. México, 12a. ed., 1989, p. 31

Por su parte, Raúl Carranca y Rivas expone que existe una imposibilidad de sancionar los actos dirigidos a la consumación del delito, cuando no se llega al fin propuesto, de no existir la norma secundaria de la tentativa, cuya función es extender la incriminación de la norma principal. En consecuencia, la tentativa sólo puede aplicarse en virtud de la necesaria relación existente entre ella y la norma incriminadora principal, es decir, únicamente a través de la norma de la tentativa se puede sancionar conductas que de otra manera carecerían del signo de la ilicitud.

A idéntica conclusión arriba el jurista Luis Jiménez de Asúa, para quien la imperfección de la tentativa surge de su contraste con el delito consumado. Por cuanto concierne a su estructura, la tentativa es perfecta en sí, dice, "...por presentar todos los elementos indispensables para configurar un delito: el hecho típico, la antijuricidad y la culpabilidad, distinguiéndose únicamente el delito consumado en razón de su objetividad jurídica, en la cual no existe lesión efectiva al bien jurídico sino solo el peligro de lesión."<sup>25</sup>

#### **2.4.2. DELITO DOLOSO Y DELITO CULPOSO.**

Con anterioridad se expuso que el dolo consiste en el actuar, consciente y voluntario, dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico.

---

<sup>25</sup> Jiménez de Asúa, Luis, "Acertamientos de Derecho Penal," Edit. Austral, S.A. 3a. ed. Barcelona, España, 1991, p. 84

De igual manera, es preciso indicar que la doctrina establece una clasificación sobre esta figura jurídica, a saber:

1. DOLO DIRECTO.- Es aquel en el que el sujeto se representa el resultado penalmente tipificado y lo quiere.

2. DOLO INDIRECTO.- Conocido también como dolo de consecuencia necesaria, se presenta cuando el agente actúa ante la certeza de que causara otros resultados penalmente tipificados que no persigue directamente, pero aun previendo su seguro acaecimiento ejecuta el hecho.

3. DOLO EVENTUAL.- Existe cuando el agente se representa como posible un resultado delictuoso, y a pesar de tal representación, no renuncia a la ejecución del hecho, aceptando sus consecuencias. Hay voluntariedad de la conducta y representación de la posibilidad del resultado; este no se quiere directamente, pero tampoco se deja de querer, se menosprecia, que en última instancia equivale a aceptarlo.

En el sistema legal mexicano, los delitos dolosos están regulados en el artículo 9 del Código Penal para el Distrito Federal, el cual determina que: "Obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley, y obra culposamente el que produce el resultado típico que no previó siendo previsible o previo confiando en que no se produciría, en virtud de la violación de

un deber de cuidado que debía y podía observar según las circunstancias personales."

Para Irma Griselda Amuchátegui, el dolo es:

"El dolo consiste en causar intencionalmente el resultado típico, con conocimiento y conciencia de la antijuridicidad del hecho. La doctrina le llama delito intencional o doloso.

Elementos Los elementos del dolo son dos: ético, que consiste en saber que se infringe la norma y volitivo, que es la voluntad de realizar la conducta antijurídica."<sup>26</sup>

Para José Antonio González Quintanilla:

"... es una voluntad de contenido típico a virtud de propia decisión, independientemente del conocimiento que el sujeto tenga de la tipicidad y de la antijuridicidad de su acción, lo importante es el contenido de la voluntad y no la conciencia de la tipicidad o de la antijuridicidad; es decir, lo fundamental es si se quería o no realizar el hecho típico."<sup>27</sup>

---

<sup>26</sup> Amuchátegui, *Reserva, Irma Derecho Penal. Primero y Segundo Curso*, Ed. Harla, México, 1993, p. 83

<sup>27</sup> González Quintanilla, José Antonio, *Derecho Penal Mexicano*, Parte General, Ed. Porrúa, S.A. México, 1991, p. 312

De lo anteriormente expuesto, desde mi punto de vista el dolo lo considero como la intención de querer cometer el delito. Es importante vertir el concepto de culpa porque esta considerada en el artículo antes señalado, esto es para su mejor comprensión.

Ignacio Villalobos entiende por culpa:

"En términos generales se dice que una persona tiene culpa cuando obra de la manera que, por su negligencia, imprudencia, su falta de atención, de reflexión, de pericia, de precauciones o de cuidados necesarios, se produce una situación de antijuricidad típica no querida directamente ni consentida por su voluntad, pero que el agente previó o pudo prever y cuya realización era evitable por él mismo".<sup>28</sup>

Sobre la culpa Irma Griselda Amuchátegui, señala lo siguiente:

"La culpa es el segundo grado de culpabilidad y ocurre cuando se causa un resultado típico sin intención de producirlo, pero se ocasiona solo por imprudencia o falta de cuidado o de precaución, debiendo ser previsible y evitable. La doctrina le llama delito culposo, imprudencial o no intencional.

---

<sup>28</sup> Villalobos Ignacio, 'Derecho Penal Mexicano'. Parte General. 5a. ed., Edit. Porrúa, S.A. México, 1990, p.307

Elementos Los elementos de la culpa son las partes esenciales de que se integra, a saber son

- a) Conducta (acción u omisión)
- b) Carencia de cuidado, cautela o precaución que exigen las leyes
- c) Resultado previsible y evitable
- d) Tipificación del resultado, y
- e) Nexa o relación de causalidad.<sup>29</sup>

Por lo que respecta a los delitos culposos tenemos que son aquellos en los cuales el agente activo, aun obrando sin malicia o dolo, produce un resultado ilícito que lesiona la persona, los bienes o los derechos de otro.

Ahora bien cabe advertir que las acciones y omisiones típicas y antijurídicas deben, para constituir delito, ser culpables o dolosos, es decir, deben poder reprocharse personalmente a quien las ha efectuado. Para que ese reproche tenga lugar debe el sujeto a quien se dirige ser imputable, haberse hallado en la posibilidad de comprender el carácter ilícito de su acto y haber obrado en circunstancias que hayan hecho exigible una conducta conforme a derecho.

La culpabilidad se excluye, por tanto, por inimputabilidad del sujeto o por haber obrado éste en virtud de error de prohibición, o en condiciones de no poder exigírsele otra conducta adecuada a derecho.

---

<sup>29</sup> Amuchóregui, *l. cit.*, p. 84



De lo dicho aparece pues la culpabilidad presupone la antijuricidad del hecho y que éste, a su vez, implica la tipicidad del mismo. A este respecto, diversos autores coinciden en afirmar que: "Tipicidad, antijuricidad y culpabilidad son, así, caracteres ineludibles de todo delito."<sup>30</sup>

Por otra parte, los delitos dolosos pueden ser tentados o consumados. Jurídicamente se considera que se constituye la tentativa en el inicio de un delito que no se configura por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo. Por lo que respecta a los delitos formalmente consumados éstos se determinan en el instante preciso en que coexisten todos los elementos que integran el tipo penal de que se trate.

Por último, conviene advertir que salvo el caso en que el tipo o figura del delito implique la necesaria concurrencia de más de un sujeto activo, tal es el caso de delito de adulterio, el delito doloso puede cometerse por una persona, o, por varias personas eventualmente.

---

<sup>30</sup> Diccionario Jurídico Mexicano, op. cit., p. 863

**CAPITULO TERCERO**  
**EL CARÁCTER ACCESORIO DE LA TENTATIVA DENTRO DEL**  
**SISTEMA PENAL MEXICANO**

- 3.1. ELEMENTOS DE LA TENTATIVA.
- 3.2. ETAPAS DE CONCRETACIÓN DEL DELITO (ITER CRIMINIS).
- 3.3. FUNDAMENTO DE LA PUNIBILIDAD DE LA TENTATIVA.
- 3.4. EL DESISTIMIENTO DE CONSUMAR EL DELITO.
- 3.5. LEGISLACIÓN PENAL VIGENTE DE LA TENTATIVA DEL DELITO.

### **CAPITULO TERCERO**

## **EL CARÁCTER ACCESORIO DE LA TENTATIVA DENTRO DEL SISTEMA PENAL MEXICANO.**

Cabe destacar que en principio cuando concurren todos los elementos del tipo, se dice que el delito está consumado, y corresponderá la aplicación de la pena prevista en el Código Penal para cada tipo de la parte especial.

Castigar la tentativa supone una extensión de la punibilidad, lo que sólo será posible si concurren materialmente los requisitos que establece el artículo 12 del ordenamiento penal. Por consiguiente, las prescripciones relativas a la tentativa serán independientes, siempre y cuando en ellas confluya un tipo penal concreto.

Ahora bien, para llegar a tal determinación es pertinente realizar un estudio respecto a la naturaleza accesoria que tiene la tentativa dentro del campo del derecho penal mexicano.

### **3.1. ELEMENTOS DE LA TENTATIVA.**

Para que la tentativa se configure deben coexistir una serie de elementos, tales como:

**a) Que el tipo objetivo no se haya realizado totalmente:** A este respecto, tenemos que el defecto del tipo objetivo puede referirse a cualquiera de sus elementos, sin embargo, puede darse cuando falta una característica del sujeto pasivo (por ejemplo, cuando la víctima del estupro tiene más de 18 años como requiere el artículo 262 del Código Penal para el Distrito Federal), como que falte cambio en el mundo exterior, tal es el caso de los delitos de resultado (verbigracia, errar el disparo por el que no se produce la muerte en el homicidio).

**b) Que el tipo subjetivo exista totalmente.** A este respecto, el artículo 12 del ordenamiento penal en comento, señala que en la tentativa se exterioriza la resolución de cometer un delito, lo que demuestra que debe existir el dolo de consumarlo.

**c) Que haya por lo menos comienzo de ejecución.** El comienzo es lo que distingue la tentativa de los actos preparatorios, o sea el comienzo de la punibilidad (tentativa) de la impunidad (actos preparatorios). El problema es saber cuando hay en el caso concreto, comienzo de ejecución.

De lo anterior, podemos acotar que para resolver este problema, se han enunciado diversas doctrinas que pretenden especificar soluciones, éstas tienen su origen en la diversa fundamentación de la punibilidad de la tentativa, tales como:

I. **Teoría formal-objetiva.** Esta corriente señala que hay comienzo de ejecución cuando el autor ha realizado una parte de la acción de ejecución misma, como por ejemplo, apretar el gatillo de un arma. Ello en razón de que desde ese momento el bien jurídico corre peligro.

II. **Teoría material-objetiva.** En esta teoría incluye cualquier acción que implique un peligro inmediato para el bien jurídico. Los autores coinciden en señalar como ejemplo para este tipo de teoría aquel en el cual el autor instala un dispositivo para matar, que debe accionar un tercero inocente. En este caso, el autor se desprendió del hecho con la instalación del dispositivo. De acuerdo a esta corriente no habría principio de ejecución, resultaría dudosa su configuración, toda vez que el problema resultaría saber cuándo se penetró en el núcleo del tipo.

III. **Teoría subjetiva:** Esta teoría preconiza que hay comienzo de ejecución, cuando la acción resulta inequívoca la meta del propósito delictuoso. Si se admite la punibilidad de la tentativa inidónea, la base del sistema no puede ser el peligro que haya corrido el bien jurídico.

IV. **Teoría que conjuga elementos objetivos y subjetivos.** Para esta teoría, debe entenderse que hay comienzo de ejecución cuando el autor ha iniciado a realizar una acción que según su plan, implica ponerse directamente en la realización de la acción típica, si desde el punto de vista de la experiencia general, es una parte constitutiva de la acción típica.

### 3.2. ETAPAS DE CONCRETACIÓN DEL DELITO (*iter criminis*).

La fase denominada *iter criminis* (camino del delito) consiste desde el surgimiento de la idea acerca del hecho criminal en la mente del agente, hasta el agotamiento del delito, existen diversos momentos o etapas que se dan en la realización del mismo y que, en su división más amplia, cronológicamente admite la presencia de un momento o fase interna y otra la fase externa, en las cuales cabe distinguir la concepción, la deliberación, la resolución, la preparación, la ejecución y el agotamiento que, obviamente no todas las etapas son punibles.

Ahora bien, sobre esta fase diversos autores coinciden en afirmar que se divide en dos fases, a saber:

"a) **Fase interna:** Que se da en el fuero interno del individuo; en su psique y, por lo mismo, corresponde estrictamente al ámbito psicológico o subjetivo del autor;:

b) **Fase externa:** Que se caracteriza por la exteriorización social de la voluntad y que, naturalmente, se da fuera de la persona misma del autor."<sup>31</sup>

Por otra parte, tenemos que desde que el sujeto decide el delito hasta que lo concreta, hay una sucesión de etapas. El problema consiste en saber

---

<sup>31</sup> Orelana Wierco, Octavio A. "Manual de Criminología", Ed. Porrúa, S.A., México, D.F., 6ª. ed., 1937, p. 185.

cuando comienzan las etapas merecedoras de la pena, las cuales pueden situarse de la siguiente manera:

a) La mera decisión no resulta ser punible.

b) Consiguientemente será necesario que el sujeto realice una acción.

Cabe destacar que no todas las acciones son punibles. Hay acciones que no causan lesiones solamente intolerables, como las que preparan el hecho. Esas acciones preparatorias son en principio impunes porque es insuficiente su contenido delictual, así como por su escasa captabilidad real.

Hay excepciones en los casos de preparación de determinados instrumentos, como por ejemplo, la tenencia de armas de un calibre superior al autorizado (pero esa tenencia se castiga porque sí realiza un tipo y no como tentativa del delito que se tenía pensado consumir con dichas armas).

c) Un hacer punible se inicia cuando el autor comienza a ejecutar la acción ético-socialmente intolerable. Esto es propiamente la tentativa. Ello es así porque lo injusto no es solamente la lesión de bienes jurídicos sino también el disvalor de la acción descrita en los tipos. La acción de quien consuma y la acción de quien intenta pero no se consuma, si prescindimos del resultado, es la misma.

d) La medida máxima de punibilidad es el delito consumado, o sea el cumplimiento completo del tipo. La tentativa tiene pena más benigna (según el artículo 63 del Código Penal para el Distrito Federal) en razón de que se supone que la fuerza delictual de la voluntad es menor.

e) La tentativa de delito culposo no es punible. El artículo 12 del Código Penal para el Distrito Federal establece que la tentativa es punible cuando se ejecutan hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito.

Asimismo, tenemos que otro fundamento del iter criminis es el de la consumación del delito, que es cuando se produce el resultado típico, que si bien aparece diferenciado en los delitos de resultado material, sin embargo, en los delitos de acción o de sola conducta, implica la realización de todos y cada uno de los elementos típicos exigidos por la ley penal.

El agotamiento del hecho delictivo, finalmente, presenta interés jurídico sobre todo en relación con los delitos de tracto sucesivo, como en el caso del delito permanente, que implica ya no el inicio de la consumación del delito. Un alcance diferente del agotamiento en sentido jurídico penal es el que tiene la misma terminología en su connotación criminológica, con la realización de su conducta delictiva.



### 3.3. FUNDAMENTO DE LA PUNIBILIDAD DE LA TENTATIVA.

En lo que toca al desarrollo de este tópico, resulta menester indicar que responder con certeza a la pregunta de por qué se castiga la tentativa, ha dado lugar a diversas teorías, tales como:

a) **Teoría objetiva** (la cual tiene su origen en el sistema causal de la acción). Dicha corriente pone énfasis en considerar que el delito consumado se castiga porque supone poner en peligro el bien jurídico tutelado.

b) **Teoría subjetiva** (tiene su origen en el sistema causal de la acción). Esta teoría preconiza que en el delito consumado no sólo en la lesión sufrida por el bien jurídico, sino en el disvalor de la acción. El fundamento de punibilidad de la tentativa también se nutre de ese disvalor de la acción. Esta teoría explica mejor el fundamento de punibilidad de las tentativas inidóneas, porque en ellas el bien jurídico no corre ningún peligro.

Asimismo, resulta importante considerar que esta última consideración se trata de una teoría puramente subjetiva, pues se requiere también que el autor, haya comenzado exteriormente la ejecución del hecho.

De igual manera, resulta menester indicar el artículo 12 del Código Penal para el Distrito Federal establece que para imponer la pena de la tentativa,

los jueces tendrán en cuenta la temeridad del autor, factor que resulta netamente subjetivo.

Cabe destacar que entre ambas teorías, la doctrina ha establecido una diversidad de planteamientos intermedios, orientados sobre todo a delimitar la amplitud del criterio subjetivo con criterios objetivos o bien, dentro del ámbito del criterio objetivo, para ampliar su portada con matices subjetivos.

Asimismo, también cabe destacar que en algún momento se llegó a sostener la teoría de la peligrosidad del autor, la cual fue ampliamente superada de manera tal que, en general, se entiende que el sistema jurídico penal mexicano, reconoce que el individuo es responsable de sus actos en el límite de su culpabilidad.

Por otra parte, tenemos que la voluntad de afectar un bien jurídico protegido por la ley penal y la concreta afectación que la tentativa genera al orden jurídico y a los bienes jurídicos mismos, por vía de su concreta y real puesta en peligro.

#### **3.4. EL DESISTIMIENTO DE CONSUMAR EL DELITO.**

En primer término, tenemos que el vocablo desistir proviene del latín *desistere* que quiere decir: abdicar, cesar o abstenerse.

Jurídicamente, el desistimiento de consumir el delito consiste en "... la conducta que el autor de un hecho punible realiza para la evitación de la consumación del mismo, es decir para evitar que sobrevenga la consecuencia consistente en la lesión de un bien jurídico protegido por la norma, y, por otra, para dar origen a una causa de exclusión de la punibilidad."<sup>32</sup>

Lo anterior nos lleva a considerar brevemente la problemática de la consumación y de la tentativa, en primer lugar, para poder determinar el momento en que la realización de esta conducta puede tener como efecto la impunidad, toda vez que de lo señalado se desprenden dos momentos en que puede tener lugar el desistimiento, recibiendo por ello diferente nombre de la doctrina; así como en segundo lugar, para precisar su ubicación sistemática, es decir su naturaleza y su fundamento.

El delito se consuma con el total cumplimiento del tipo; lo que podría indicar, en otros términos, cuándo se realizan todos los elementos del tipo (consumación formal). Esta afirmación, sin embargo, está íntimamente ligada con la concepción que respecto del tipo y de su estructura se tenga, toda vez que dependerá de ello el hablar de cumplimiento o realización del tipo.

Por lo que a esto hace, la legislación penal mexicana, el artículo 12 del Código Penal establecía antes de las reformas de 1985, que la "tentativa es

---

<sup>32</sup> "Diccionario Jurídico Mexicano", Tomo D-H, Edr. UNAM-Porrúa, S.A., México, D.F., 10ª. ed., 1996, p. 1103.

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". Es decir antes de las reformas aludidas, el artículo 12 del citado ordenamiento hacía una expresa referencia a la tentativa punible, que es cuando la no consumación se debiera a una causa proveniente de la voluntad del agente, la tentativa no será punible. Esto hacía referencia, a que la punibilidad o no punibilidad de la tentativa, según esa interpretación del artículo 12, dependía de que la no consumación se debiera a una causa ajena o de una causa no ajena a la voluntad del agente. A esta última causa, que da origen a la impunidad de la tentativa, se le conoce en la doctrina con el nombre de desistimiento.

Si bien esta causa de impunidad podría derivarse de la redacción anterior del artículo 12 del ordenamiento penal, por la vía de la interpretación, ello no había sido siempre opinión común, por lo que se motivó la reforma correspondiente.

Con la reforma multireferida al artículo 12, además de modificarse la fórmula de la tentativa regulada en el párrafo primero y señalarse igualmente que ella es punible cuando la no consumación es por causas ajenas a la voluntad del agente, se reguló de forma expresa, en el párrafo tercero, lo que es el desistimiento, pudiéndose distinguir, según el lenguaje utilizado, entre el desistimiento propiamente dicho y el arrepentimiento.

El primero de ellos implica que aún hay actos por realizar, toda vez que ya no se continúa la ejecución, mientras que el arrepentimiento se daría cuando se han realizado todos y lo que se impide es la consumación.

Así tenemos que mediante una reforma del 14 de enero de 1985 al artículo 12 del Código Penal para el Distrito Federal, en la que se determinó no imponer pena ni medida de seguridad alguna al sujeto que se desista espontáneamente de la ejecución o impida la consumación del delito, por lo que a éste se refiere, sin perjuicio de aplicar la que comprenda a los actos ejecutados u omitidos que constituyen delito por sí mismos.

A este respecto tenemos que el texto de la ley señala claramente que el desistimiento procede tanto si se detiene la ejecución antes de completarse (tentativa inacabada) como si se impide la consumación una vez completada la ejecución (tentativa acabada). La voluntad de desistir puede provenir del arrepentimiento o motivarse de circunstancias exteriores, a condición de que esto ocurra antes de que el agente activo sea descubierto, según aparece de la exigencia de espontaneidad puesta por la ley.

Asimismo, podemos advertir que el desistimiento debe ser, además, definitivo, lo que no ocurriría, en el caso de que el se desistiera momentáneamente de la ejecución para reemprenderla después, en circunstancias más favorables.

Parece preciso que el párrafo último del artículo en comento, señale la frase "por lo que a este se refiere", lo cual resuelve la cuestión de que la impunidad del desistimiento procede respecto del delito de que se ha desistido y no respecto del que ya se consumó para poder perpetrarlo (verbigracia el penetrar en casa ajena para robar y luego desistir del robo no deja impune la violación del domicilio), y la de que el desistimiento de uno de los intervinientes no favorece a los demás que se no se desistieron.

Cabe también precisar que para que se configure el desistimiento de consumir un delito se deben producir una serie de requisitos, tales como:

a) Tratándose de la tentativa inacabada, se requieren

I. Un elemento objetivo consistente en un no hacer, en una omisión de continuar la realización del o de los actos necesarios para la consumación, es decir, se opera con ello una interrupción del proceso delictivo, y para que esa interrupción sea relevante, debe manifestarse igualmente respecto de actos que también son ya relevantes penalmente, o sea, de actos que ponen en peligro un bien jurídico, lo cual se da cuando estamos por lo menos ante un principio de ejecución de la acción típica, como lo expresan algunos códigos penales de la República.

II. Un elemento subjetivo, en cuanto a que el desistimiento debe ser voluntario o libre, es decir cuando el agente activo no quiere llegar a la meta aún cuando puede alcanzarla.

III. Finalmente, según se deriva de lo anterior, también se requiere que el desistimiento sea definitivo, esto es, que el sujeto activo tenga el propósito serio de desistir y que no sólo se trate de una postergación para luego continuar el hecho en mejores circunstancias.

Por otra parte, en lo que hace a la tentativa acabada, el desistimiento o también conocido como arrepentimiento activo requiere igualmente de un elemento objetivo, consistente en la realización de una conducta, una vez que los actos necesarios para la consumación se han desarrollado totalmente, tendiente a evitar la producción del resultado. Pero para que esa conducta produzca el efecto de la impunidad, es necesario que resulte eficaz, es decir, que evite realmente el resultado típico. Se trata del desarrollo de una actividad positiva y eficaz.

De manera que si no obstante que, la actividad desplegada, el resultado no se evita efectivamente, es decir, el resultado no se evita efectivamente, es decir, el resultado sobreviene, no se producirá el efecto de la impunidad; en todo caso, la conducta será tomada en cuenta para efectos de la atenuación de la sanción.

Es igualmente indispensable el elemento subjetivo, en cuanto que el arrepentimiento debe ser voluntario y, además producirse antes de que el autor sea descubierto; aunque, por no exigirlo expresamente la ley, puede pensarse que puede haber desistimiento o arrepentimiento voluntario aun después de descubierto el hecho.

De lo anteriormente dicho se derivan los efectos del desistimiento. "Tanto tratándose del desistimiento en la tentativa inacabada como del desistimiento en la tentativa acabada, cumplidos los requisitos señalados, el efecto es el mismo: la exclusión de la pena. Se trata, pues, de una causa de exclusión de la pena; y, además, de una causa personal de exclusión de la pena, que sólo funciona en favor de aquel que desiste (o se arrepiente) voluntariamente."<sup>33</sup>

### **3.5. LEGISLACIÓN PENAL VIGENTE DE LA TENTATIVA DEL DELITO.**

A este respecto, tenemos que la normatividad penal que a existido en México, ha tenido diversas concepciones sobre la figura de la tentativa. Para ello, tenemos en primer término que el Código Penal de 1931 señalaba que la tentativa se configuraba cuando se realizaran aquellos hechos encaminados directa e inmediatamente a la materialización de un delito, tal conceptualización corresponde a un estricto criterio de inmediatez de los actos.

---

<sup>33</sup> Vero Camacho, Gustavo. "Derecho Penal Mexicano", Ed. Porrúa, S.A. México, D.F., 1997, p. 473.



Sin embargo, diversos juristas advierten que dicha fórmula resultaba insuficiente para la debida interpretación de la figura jurídica en comento. Ante tal situación, fue la Suprema Corte de Justicia de la Nación quien sustituyó, con base en diversas jurisprudencias, la interpretación que se le hacía a la tentativa, dictaminando que la misma debía quedar alineada al principio del comienzo de ejecución de la conducta antijurídica, poniendo además énfasis en el carácter doloso y subjetivo de la conducta típica en cuestión.

Ahora bien, en 1983 el artículo 12 del ordenamiento penal referido fue reformado adoptando el aludido principio del comienzo de ejecución aludido en el párrafo precedente.

Posteriormente, en el año de 1984, dicho numeral fue nuevamente reformado para quedar contemplado de la siguiente manera:

“Existe tentativa punible cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.”

De la anterior transcripción, resulta válido mencionar que esta reforma adoptó la posibilidad de la tentativa acabada como inacabada, haciendo además alusión a la tentativa en los delitos de omisión y, con ello evitó las

interpretaciones amplias de la norma, lo que vino a traer consigo un significativo avance en el respeto al principio de legalidad.

De igual forma, el jurista mexicano Gustavo Malo Camacho arguye al respecto que "el párrafo segundo reformado modifica la anterior dicción, sujetando la imposición de la pena a dos factores: a) Los criterios generales; derivados de los artículos 12 y 52; y, b) el grado de ejecución del delito, quedando derogada la expresa referencia que aquí se hacía a la temibilidad del autor. La supeditación de la imposición al grado de la ejecución, permite reconocer nuevamente la influencia de la teoría objetiva y la supresión de la referencia a la temibilidad del autor, que recuerda a las instituciones del positivismo y en particular al peligrosismo, pone en clara evidencia la fundamental reorientación político criminal operada en el Código Penal que afirman los principios de culpabilidad y de tipicidad y reconocen para la individualización penal a los principios de la prevención general y especial, procurando superar la influencia del peligrosismo positivista."<sup>34</sup>

Asimismo, resulta menester acotar que la reforma de 1984 introdujo la posibilidad de eximir la conducta típica cuando se configure el desistimiento voluntario y el arrepentimiento. Dicha reforma mencionaba al tenor, lo siguiente, a saber:

---

<sup>34</sup> Malo Camacho, *op. cit.*, p. 477.

“Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito no se impondrá pena o medida de seguridad alguna, por lo que a éste se refiere, sin perjuicio de aplicar la que corresponda a los actos ejecutados u omitidos que constituyen por sí mismos delitos”.

Por otra parte, en lo que hace a la aplicación de la pena, tenemos que el precepto 63 del Código Penal para el Distrito Federal, a raíz de la reforma del 13 de mayo de 1996 al párrafo tercero, quedó de la siguiente manera:

**“Artículo 63.** Al responsable de tentativa punible se le aplicará a juicio del juez y teniendo en consideración las prevenciones de los artículos 12 y 52, hasta las dos terceras partes de la sanción que se le debiera imponerse de haberse consumado el delito que se quiso realizar, salvo disposición en contrario.

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

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.”

De lo anterior, tenemos que para asumir el criterio para la aplicación de la pena, contenida en el numeral 63, también resulta menester interpretar el artículo 51, párrafo II del mismo ordenamiento penal en cita, que se refiere:

**“Artículo 51. ...**

En los casos de los artículos 60, fracción VI, 61, 63, 64, 64 bis y 65 y en cualesquiera otros en que este Código disponga penas en proporción a las previstas para el delito intencional consumado, la punibilidad aplicable es, para todos los efectos legales, la que resulte de la elevación y disminución, según corresponda, de los términos mínimo y máximo de la pena prevista para aquél. Cuando se trate de prisión, la pena mínima nunca será menor de tres días.”

A este respecto, podemos señalar que de la interpretación de tales ordenamientos, “... es de entenderse que la aplicación de la pena en el caso de la tentativa, deberá ser hasta las dos tercera partes de la pena prevista para el delito

consumado, tomando como base mínima, el mínimo de punibilidad previsto para el delito de que se trate y sólo en aquellos delitos en donde no exista un mínimo de pena en el intervalo de punibilidad previsto, deberá entenderse que nunca será menor de tres días.”<sup>35</sup>

Por último, a manera de refuerzo consideramos importante mencionar el contenido de diversas ejecutorias emitidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, lo anterior para determinar la noción y los alcances que para ese Alto Tribunal tiene la figura en cuestión:

**“TENTATIVA. ELEMENTOS DE LA.** Según el artículo 12 del Código Penal Federal, la tentativa es punible cuando “se ejecuten hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente”. Como se aprecia de esta definición, los elementos que integran la naturaleza de la tentativa son: a) un elemento moral o subjetivo que consiste en la intención dirigida a cometer un delito; b) un elemento material u objetivo, que consiste en actos desarrollados por el agente tendiente a la ejecución del delito, y c) un resultado no verificado por causas ajenas a la voluntad del sujeto. Asentado lo anterior, resulta evidente que la tentativa punible, para surtirse, requiere no de meras actitudes que hagan suponer que se va a cometer un delito, sino de actos positivos que constituyan un principio de ejecución, es decir, de iniciación de un delito que no llega a su fin lesivo por el concurso de una tercera fuerza que lo impide y que es ajena a la voluntad del delincuente. Estos actos que son ya un inicio de penetración en el núcleo del tipo, a que la tentativa se refiere, han de ser realizados empleando el agente un medio objetivo idóneo a causar lesión en el bien jurídico tutelado, conforme a su determinación subjetiva previa; lo que no ocurre cuando

---

<sup>35</sup> Pavón Vasconcelos, Francisco, “Breve Ensayo sobre la Tentativa”, Edit. Porrúa, S.A., México, D.F., 1991, p. 43.

sólo se trata de actos meramente preparatorios, previos a la ejecución.”

Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, Tomo 169-174, p. 54.

Amparo directo 5627/82, Joel Rosales Villa, 26 de enero de 1983, 5 votos. Ponente: Francisco Pavón Vasconcelos.

**“TENTATIVA. ELEMENTOS DEL DELITO DE.”** La tentativa se integra con dos elementos, el subjetivo consistente en la intención dirigida a cometer un delito y el objetivo consistente en los actos realizados por el agente y que deben ser de naturaleza ejecutiva, y un resultado no verificado por causas ajenas a la voluntad del sujeto.”

Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, Mayo de 1994, página 74.

Amparo en revisión 323/91. Pedro Tlalmis Robles. 13 de agosto de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: Humberto Schettino Reyna.

**“TENTATIVA. ELEMENTOS ESENCIA DE LA.** La tentativa tiene como elemento esencial una acción de parte del agente para que pueda ser punible, y no puede jurídicamente establecerse dicha figura cuando hay una absoluta pasividad de parte del que resulta inculcado.”

Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Séptima época, Tomo 70, página 36.

Amparo directo 1558/74. Juventino Cavazos Ramos. 16 de octubre de 1974. Ponente: Huitrón y Aguado.

Unanimidad de 4 votos. Secretario: Julio César Vázquez Mellado.

De lo anteriormente expuesto, podemos afirmar que un delito será tentativo cuando el autor dolosamente haya dado comienzo a la ejecución, pero no lo consuma por circunstancias ajenas a la voluntad.

Esta situación rige tanto para el caso en que la consumación no se produzca porque la acción no resultaba adecuada para la realización íntegra del tipo (tentativa inidónea), como para el caso de que la acción tuviera materialmente posibilidad de consumar el delito (tentativa idónea), por ejemplo el delito de robo no se consuma por circunstancias ajenas a la voluntad del autor, tanto cuando no encuentra la cosa de la que iba a apoderarse en el lugar donde supuso erróneamente que estaría (tentativa inidónea), como cuando el autor es sorprendido con la cosa, antes de salir de la esfera de custodia del dueño (tentativa idónea). En ambos casos se cumple con la hipótesis prevista en el artículo 12 del Código Penal para el Distrito Federal.

Por tanto, en la tentativa no se cumple totalmente el tipo objetivo. En cambio debe existir totalmente el tipo subjetivo (dolo). No hay dolo de tentativa. En consecuencia, si el tipo consumado admite el dolo eventual es viable la tentativa de ese delito con dolo eventual.

Así mismo, resulta menester indicar que el primero de octubre de 1999, entraron en vigor diversas reformas al Código Penal para el Distrito Federal así como al Código de Procedimientos Penales, respectivamente, destacándose para nuestro estudio la que se realizó al artículo 268, fracción III del segundo ordenamiento en cita, y que para su mejor comprensión se considera necesario la transcripción del mismo, que al tenor señala lo siguiente:

**\*Artículo 268.- ...**

I. a II. ...

III.- ...

Para todos los efectos legales son graves los delitos sancionados con pena de prisión cuyo término medio aritmético exceda de cinco años. Respecto de estos delitos no se otorgará el beneficio de la libertad provisional bajo caución prevista en la fracción I del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. El término medio aritmético es el cociente que se obtiene de sumar la pena mínima y la máxima del delito de que se trate y dividirlo entre dos.

La tentativa punible de los ilícitos que se mencionan en el párrafo anterior también se considerara delito grave si el término medio aritmético de las dos terceras partes de la pena de prisión que se debiera imponer de haberse consumado el delito excede de cinco años.

Para calcular el medio aritmético de prisión se tomarán en consideración las circunstancias modificativas de la penalidad del delito de que se trate.

Cuando se señalen penas en proporción a las previstas para el delito doloso consumado, la punibilidad aplicable



es, para todos los efectos legales la que resulte de la elevación o disminución, según corresponda de los términos mínimos y máximos de la pena prevista para aquel.”

De la anterior transcripción se desprenden los siguientes aspectos:

- a) Tenemos que la figura de la tentativa tiene dentro del sistema penal mexicano un carácter accesorio, no teniendo autonomía alguna, ya que la misma únicamente quedará configurada cuando exista la conexión con otro tipo penal específico.
- b) Respecto al beneficio de la libertad provisional bajo caución de los delitos graves, las reformas en cuestión resultan inconstitucionales, ya que no se apegan a lo dispuesto por la fracción I, del artículo 20 de la Constitución Política Federal, toda vez que las reformas al Código Penal para el Distrito Federal, no observan los lineamientos constitucionales para el caso en comento. Esta situación no debe persistir, ya que el Código de Procedimientos Penales no debe estar por encima de la Carta Magna.
- c) Asimismo, las reformas señaladas han seguido las directrices de sus antecesoras de las de 1993, ya que el legislador vuelve otra vez a considerar la media aritmética para imponer la sanción a un determinado delito, tal situación además de contravenir los principios constitucionales, confunden a la ciudadanía en general.

**CAPITULO CUARTO**  
**LA LIBERTAD PROVISIONAL EN EL PROCESO RESPECTO DE**  
**LOS DELITOS GRAVES.**

- 4.1. LA LIBERTAD PROVISIONAL EN LA AVERIGUACION PREVIA.
- 4.2. LA LIBERTAD PROVISIONAL EN EL PROCESO.
- 4.3. SISTEMA DE LIBERTAD EN EL DERECHO COMPARADO.
- 4.4. ANALISIS AL ARTICULO 20 CONSTITUCIONAL, FRACCION I.
- 4.5. COMENTARIOS Y CONSIDERACIONES FINALES RESPECTO A LA  
LIBERTAD PROVISIONAL.

## **CAPITULO CUARTO**

### **ANALISIS DE LA POSIBLE LIBERTAD PROVISIONAL EN EL PROCESO RESPECTO DE LOS DELITOS GRAVES**

#### **4.1. LA LIBERTAD PROVISIONAL EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA**

Las figuras del arraigo y la libertad bajo caución, se trataron en el capítulo correspondiente a la averiguación previa.

En este apartado, podemos aseverar que la figura de la libertad bajo caución es la forma de obtener la libertad provisional en la averiguación previa. Dicho de otra forma, la libertad provisional en la averiguación es efecto o consecuencia de una fianza.

La libertad provisional en la averiguación previa, procede y se concede en vista de dos consideraciones medulares; una de ellas de carácter estrictamente jurídico y otra de carácter socio-jurídico.

El Ministerio Público podrá conceder la libertad provisional durante la averiguación previa siempre y cuando se trate de delitos no graves, como por ejemplo los ocasionados por el tránsito de vehículos.

Es importante que el Ministerio Público otorgue la libertad provisional en la averiguación previa principalmente en los delitos culposos como lo señala Sergio García Ramírez:

"Se ha tratado aquí de afrontar, desde cierta vertiente, los problemas que causa la moderna y extendida delincuencia culposa, con motivo del tránsito de vehículos. No hay en la especie, una criminalidad peligrosa, que amerite sanciones severas y regímenes cautelares rigurosas. Es indispensable, no amedrentar a estos "automovilistas culposos", y no inducirlos a que abandonen su deber, de auxiliar a los accidentados con sus percances."<sup>36</sup>

Es natural que los que se ven envueltos en este tipo de accidentes, destilen temor a someterse a la acción de la justicia. Piensan que la sanción será extrema, que los tratos policiacos serán insufribles, y dejan en el abandono extremo a los accidentados. Estos hechos aisladamente contemplados, no son tan reveladores como lo son visualizados en conjunto.

Estos accidentes constituyen una importante causa de mortandad, y para controlarla, se ha pensado en conceder máximas facilidades a los involucrados.

---

<sup>36</sup> García Ramírez, Sergio. 'La Reforma Penal de 1971'. Ed. Boras, México, 1971, p. 420

## 4.2. LA LIBERTAD PROVISIONAL EN EL PROCESO

"Con el nombre de libertad provisional, se conoce en el Derecho Procesal Penal una situación jurídica bien definida por su carácter y por el momento procesal de su acaecimiento. Puede definirse esta situación como aquella en que se condiciona el disfrute natural de un real, expreso o presunto, al ampliamiento de una determinada conducta personal. Si esta condición se impone a un inculpado o procesado, esto, es un reo expreso o presunto, al ampliamiento de una determinada conducta personal. Si esta condición se impone a un inculpado o procesado, esto es, un reo presunto, la condición consiste en que deberá comparecer el llamamiento judicial de modo regular y continuo, cuantas veces fuera llamado o en los plazos que le impusiesen. Tiene por finalidad asegurar, la comparecencia del mismo a responder de los cargos que se le hicieren, y en último término, al ampliamiento de la sanción a que se hubiere hecho acreedor, y su carácter es marcadamente procesal".<sup>37</sup>

La libertad provisional en el proceso, responde al dogma liberal de que el acusado es inocente hasta que se le demuestre lo contrario y responde a la necesidad de que no se aplique la prisión preventiva, en caso de ser ésta estrictamente indispensable.

---

<sup>37</sup> *ibidem*, p. 150

La libertad provisional en el proceso, es consecuencia de la libertad caucional que otorgó el inculpado, o de la protesta que rindió, para prometer solemnemente su comparecencia al juicio, y fijación en el lugar que éste efectúe. Es la máxima ampliación que logra alcanzar en nuestro sistema procesal penal, la garantía del artículo 20, fracción I, pero a la vez, es la máxima obligación que contrae el beneficiado con la libertad en vista de la fianza o caución.

La libertad provisional en el proceso se basa en tres presupuestos fundamentales: uno de ellos es el otorgamiento de la garantía o protesta previa para obtenerla; el otro es la suposición de que el inculpado no querrá perder su garantía o quebrantar su promesa, y el otro, consiste en suponer que el acusado afrontará con más aplomo, sin presiones ni vejaciones, su responsabilidad ante la sociedad, gozando del beneficio de la libertad provisional. Podemos decir, a manera de conclusión de este apartado, que todas las consecuencias, requisitos y condiciones que hemos venido estudiando en estos dos últimos capítulos, su importancia, la razón de ser que les detectamos para hacer posible, que el inculpado goce de su libertad durante el proceso en tanto se determine si es culpable o inocente.

#### **4.3. SISTEMA DE LIBERTAD EN EL DERECHO COMPARADO**

En éste apartado haremos un breve examen a los puntos más destacados que nos ofrece el Derecho Internacional Penal, o Derecho Comparado, sobre el sistema de libertad para el acusado.

El sistema de libertad para el inculpado, en el plano internacional, tiene su fundamento en el artículo 9, párrafo tercero, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966. Ese artículo 9 nos dice que:

Toda persona detenida o presa, a causa de una infracción penal, será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada, dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas, no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto de juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales, y en su caso, para la ejecución del fallo."<sup>38</sup>

Este es el punto de partida que inspira las legislaciones, a reglamentar sus sistema de libertad. Todos los países, en sus respectivas legislaciones, reconocen este derecho del acusado a su libertad provisional. Estados Unidos, Inglaterra y Argentino, por mencionar algunos países, son celosos observantes de estas garantías del inculpado, y acatan casi fielmente, las disposiciones del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos.

Sin embargo, hay países como Brasil, que no han implantado un adecuado sistema para que los acusados pueda lograr el beneficio de libertad

---

<sup>38</sup> Rodríguez y Rodríguez, Jesús. "Boletín Mexicano de Derecho Comparado. UNAM, Número 42, 1981, p. 1411

caucional. En el procedimiento brasileño, aparentemente se consagran los elementales derechos de defensa del inculpado: el derecho a que la detención se haga por medio de mandamiento escrito, el castigo de abusos de autoridad, inclusive el recurso del habeas corpus, y por supuesto la libertad provisional en el proceso, reciente instauración en aquel sistema jurídico. No obstante, al parecer esenciales tales derechos, con coartados en forma notable por las facultades hipetróficas que se le conceden a su policía judicial y por una supresión de hecho que se hace, del recurso de habeas corpus, la libertad provisional es ampliamente consagrada por la legislación de los diversos países.

Cabe apuntar, que en las legislaciones extranjeras se estila otorgar garantía prendaria, para obtener libertad provisional. Tal garantía, no es acogida por nuestro sistema jurídico. Empero, la posibilidad de que se otorgue esta garantía está latente, toda vez que las reglas del Código Civil, que también rigen a la fianza penal, prevén la potencial sustitución de la fianza judicial por la prenda o por la hipoteca. Del Derecho extranjero, nuestro sistema legal recibe los fundamentos o hipótesis que justifican la sustitución de la prisión preventiva por la libertad provisional. Particularmente de la doctrina italiana, tal como se refleja en la siguiente cita:

"En reemplazo de la prisión preventiva, podemos proponer las siguientes obligaciones particulares: no ausentarse de determinado lugar; no concurrir a determinado sitio; presentarse a las autoridades los días que se le fijen; no salir de su domicilio o no hacerlo a determinadas horas. Si es aplicable



también alguna inhabilitación especial, podrá disponerse además, de que se abstenga preventivamente de esa actividad. Las obligaciones indicadas se asentarán, en el auto de procesamiento o posteriormente.

Dichas obligaciones, no podrán imponerse sin que se haya llamado al imputado para el efecto. A los fines de la vigilancia, se remitirá el auto de la policía. El auto no causa estado (así como en nuestro Derecho, en el amparo puede solicitarse la libertad provisional): el juez puede, con arreglo a su criterio, eximir al imputado de las obligaciones que se le han impuesto o atenuarlas, o agravarlas o dictar prisión preventiva.<sup>39</sup>

Como es evidente, la influencia doctrinaria extranjera es notable en nuestro dispositivo para conceder la libertad provisional.

#### **4.4. ANÁLISIS AL ARTICULO 20 CONSTITUCIONAL, FRACCIÓN I**

El artículo 20 constitucional establece un conjunto de garantías para los procesados penalmente.

Este artículo desde su creación a sufrido varias reformas, anteriormente se hablaba de la media aritmética, para que una persona lograra obtener su libertad provisional y dicho artículo señalaba lo siguiente:

---

<sup>39</sup> Fizini, Marcelo. 'La Prisión Preventiva', Edt. Santiago Serries, 4a. ed. Buenos Aires, Argentina, 1969, p. 6

"Inmediatamente que lo solicite será puesto en libertad provisional bajo caución, que fijará el juzgador, tomando en cuenta sus circunstancias personales y la gravedad del delito que se le impute, siempre que dicho delito, incluyendo sus modalidades, merezca ser sancionado con pena cuyo término medio aritmético no sea mayor de cinco años de prisión, sin más requisitos que poner la suma de dinero respectiva...."<sup>40</sup>

"La fracción I del artículo 20 Constitucional es el texto más frecuentemente reformado, de aquellos que integran el capítulo de las garantías individuales. En efecto, el texto original ha sido reformado por Decretos publicados en el Diario Oficial de 2 de diciembre de 1948, de 14 de enero de 1985, y 3 de septiembre de 1993. La reforma que estamos es, pues la cuarta.

La comparación del texto de la iniciativa con el texto anterior de la fracción I nos permite identificar dos temas en los cuales incide la reforma y que requieren comentario: A) La identificación de las personas que pueden gozar de la libertad caucional y B) Las cauciones que deben otorgarse para poder gozar de esa libertad."<sup>41</sup>

Este artículo establece un conjunto de garantías para los procesados penalmente.

---

<sup>40</sup> "Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada", Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 1985 p. 50

<sup>41</sup> Zamora Pierce, Jesús. "La Libertad Caucional en la Reforma Constitucional de 1996".

Sus diez fracciones contenían las más severas indicaciones a efecto de que tan pronto como comparezca un indiciado en una acusación criminal, inmediatamente que lo solicite será puesto en libertad provisional bajo fianza o caución que fijará la autoridad judicial que tenga a su cargo la responsabilidad de juzgar. Esto, siempre que el delito que le sea imputado al acusado merezca ser sancionado con pena cuyo término medio aritmético no sea mayor de cinco años.

Para otorgar la "libertad provisional aludida, en caso de proceder, puede obtenerse otorgando a través de compañía debidamente autorizada por la ley una fianza que ampare la cantidad fijada por el juzgador, quien tiene pleno arbitrio para ello, guiándose solamente por la naturaleza del hecho delictuoso y la gravedad del mismo. La caución, que el otro medio por el cual se puede obtener la libertad provisional, se obtiene exhibiendo íntegra la cantidad fijada por el Juez en efectivo a través de un billete de depósito que se adquiera a través de una institución de crédito que en especial es Nacional Financiera, S.A."<sup>42</sup>

En éste artículo se establecía también, objetivamente, en la propia Constitución, los casos en que podía otorgarse este beneficio, que son aquellos en que el término medio de la pena aplicable no sea mayor a cinco años. La ley penal establecía mínimos y máximos de tiempo de prisión para diversos delitos.

---

<sup>42</sup> "Nuestra Constitución". *Historia de la Libertad y Soberanía del Pueblo Mexicano*. Tomo 9. Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana, México, 1990, p. 134.

El término medio aritmético se obtenía sumando el mínimo con el máximo y dividiendo entre dos.

El texto vigente del artículo 20 fracción primera señala lo siguiente:

"En todo proceso de orden penal, tendrá el inculpaado las siguientes garantías:

I. Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando no se trate de delitos en que, por su gravedad, la ley expresamente prohíba conceder este beneficio. En caso de delitos no graves, a solicitud del Ministerio Público, el juez podrá negar la libertad provisional, cuando el inculpaado haya sido condenado con anterioridad, por algún delito calificado como grave por la ley o, cuando el Ministerio Público aporte elementos al juez para establecer que la libertad del inculpaado representa, por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad.

El monto y la forma de caución que se fije, deberán ser asequibles para el inculpaado. En circunstancias que la ley determine, la autoridad judicial podrá modificar el monto de la caución. Para resolver sobre la forma y el monto de la caución, el juez deberá tomar en cuenta la naturaleza, modalidades y circunstancias del delito; las características del inculpaado y la posibilidad de cumplimiento de las obligaciones procesales a su cargo; los daños y perjuicios

causados al ofendido; así como la sanción pecuniaria que, en su caso, pueda imponerse al inculpado.

La ley determinará los casos graves en los cuales el juez podrá revocar la libertad provisional; ..."

De la transcripción del la fracción del artículo en comento se desprende el siguiente análisis:

1.- La caución en sí, es la forma más efectiva y práctica para obtener la libertad provisional. Resulta difícil pensar en otra forma más efectiva para sustituirla. Empero, su uso frecuente por compañías afianzadoras, por los mismos inculpados, y la imposibilidad de contar con otra forma de garantía más eficaz, son circunstancias que provocan su enjuiciamiento en los procedimientos penales. Otorgar una fianza o caución significa en la jerga penal, "una mercantilización del sagrado valor de la libertad". Este enjuiciamiento se encuentra magníficamente censurado en la siguiente cita:

"La libertad es lo máspreciado para el hombre. El liberalismo le dio tónica privilegiada, y a partir de esa corriente histórica, todas las Constituciones basadas en la corriente liberal, luchan por protegerla. Pero a partir del liberalismo, el dinero llega a adquirir un rango semejante al de la libertad. Spengler con mucha razón, manifiesta que el símbolo de la "sangre ha dejado paso al símbolo del dinero". Esta importancia que adquirieron los factores económicos, a raíz de la

Revolución Francesa, se subraya en la institución que estamos estudiando, en donde un valor tanpreciado como es la libertad, es sustituido por otro muy apreciado, que es el dinero. La situación indicada provoca, que los depauperados lancen una fuerte protesta contra la libertad bajo caución, fiel reflejo del sentir burgués".<sup>43</sup>

2.- La Constitución habla, de que el juez se abocará a determinar la procedencia o improcedencia de la caución, inmediatamente que lo solicite el inculpado. Esa expresión de "inmediatamente", constituye otro punto de censura para la fracción I del artículo 20 porque eso debe entenderse como un imperativo para el juez, y en ese sentido, el juez se ve forzado a conceder la libertad bajo caución, a "todo el que lo solicite". De la manera como está redactada nuestra Constitución, siempre que el delito no sea clasificado como grave por la ley; si el delito no es considerado como grave alcanza la libertad sin más trámite, que poner la garantía a disposición del juez. El criterio para otorgar la libertad provisional, con el imperativo de inmediatamente, no es integral por parte del juez, que se olvida que tiene que tomar en consideración no sólo la penalidad del hecho cometido y el monto de la caución, sino también circunstancias personales, como los antecedentes del inculpado, que sea la primera vez que éste delinque, que pueda tener mayor o menor oportunidad de sustraerse a la acción de la justicia, etc.

---

<sup>43</sup> Arilla Bos, Fernando. "El Procedimiento Penal en México". Edit. Krotas, 10a. ed. México, 1986, p. 165

3.- La fracción I del artículo 20, fue diseñada pensando en los mismos presupuestos que inspiran al otorgamiento y concesión de la libertad protestatoria, y nada más erróneo que esto. Por las mismas condiciones objetivas de la libertad bajo protesta, es más factible que el beneficiado opte en afrontar clara y responsablemente su obligación con la justicia, que evadirla. Sin duda, que el beneficiado no se atreverá a cargar los mayores peligros de la evasión, y prefiere soportar incluso, la mínima penalidad del delito que se le atribuye. No sucede lo mismo en la caución, y el beneficiado suele evitar su obligación, con muchas artimañas, que llegan a inducirle hasta la intención de sustraerse de la acción de la justicia.

4.- En la fianza, no hay suficientes requisitos para asegurarse de que el fiador sea solvente, y todavía más que esto, de que el otorgante de la fianza o caución cumplirá con su obligación. El otorgante de la caución, sobre todo cuando es un fiador, puede en todo tiempo dejar en estado de indefensión a aquel por quien contrajera la obligación. El otorgante de la caución puede, de un día para otro, devenir en la insolvencia, contraer obligaciones judiciales al por mayor, no cumpliendo al final, con ninguna o pedir que se le releve de su obligación, presentando ante la autoridad a aquel por quien hubiera otorgado la caución.

5.- Se establecen también, objetivamente, la propia Constitución, los casos en que puede otorgarse este beneficio (libertad provisional), que son en los delitos no graves considerados en nuestra legislación penal.

6.- La Constitución también señala que el único requisito será el otorgamiento de la garantía y que el acusado será puesto inmediatamente en libertad. Esto quiere decir que no deberá abrirse un incidente en el proceso para determinar si se otorga o no la libertad caucional.

7.- Debe mencionarse que la Constitución abre diversas posibilidades para el otorgamiento de la caución. Esta puede consistir en el depósito de una cantidad o el establecimiento de una hipoteca sobre un bien inmueble; o bien una fianza, que es la forma más común, consistente en que un tercero que se constituye en fiador, responda por el acusado y en caso de que éste se sustraiga a la acción de la justicia, cubra la cantidad fijada. De la frecuencia del empleo de la fianza, en términos comunes se denomina también a esta forma de libertad, libertad bajo fianza, como sinónimo de libertad bajo caución.

8.- Por último en los delitos con efectos económicos en los que el autor obtiene un beneficio o causa un daño patrimonial, se prevé la aplicación de una regla distinta en cuanto al límite de la caución, pues de no ser así esta podría resultar significativamente menor al beneficio obtenido o a los daños y perjuicios causados. Por eso se indica que en este caso, siempre que el delito sea doloso, el monto de la caución será por lo menos tres veces mayor que los beneficios o los daños y perjuicios producidos. Se da tratamiento diferente en los casos de los delitos culposos, éstos son aquellos en que el resultado rebasa el efecto que se propuso el autor sin el concurso de su voluntad, pues se considera que sería



demasiado severo aplicar el mismo criterio de triplicar los efectos económicos y por eso establece que bastará con que se garantice la reparación de los daños y perjuicios patrimoniales.

#### **4.5. COMENTARIOS Y CONSIDERACIONES FINALES RESPECTO A LA LIBERTAD PROVISIONAL.**

El concepto que nos da Carneluti, acerca de la libertad provisional, nos permite tener una concepción exacta de la libertad provisional, que difiere de la condicional y de la preparatoria, en vista de su carácter eminentemente procedimental, a contraposición de éstas, que son post-procesales y que no son determinadas ni por el Ministerio Público, ni por el juez, sino por las autoridades administrativas que rigen el sistema penitenciario y de prevención social. Se estudió la libertad en la averiguación previa, y con esta es una excelente medida, que libera al inculcado de los rigores de la prisión preventiva, y contribuye en cierta medida a frenar el alto número de accidentes vehiculares. Sobre este último punto, nosotros pensamos que sería muy conveniente reducir un poco el gran número de requisitos que se piden, para conceder la libertad provisional en la averiguación previa. Esta reducción, creo sería un valioso incentivo para que los individuos tuvieran menos temor a la acción de la justicia policiaca, y consecuente estímulo a los involucrados para que prodiguen un poco más de sentimiento solidario a la víctimas de los accidentes que sufren.

En el desarrollo de éste capítulo, comprobamos cómo casi todos los países, son celosos observantes del Pacto Internacional de los Derechos Económicos y Sociales, para instrumentar su sistema de libertad provisional, con excepción de algunos países latinoamericanos, como Brasil, por ejemplo.

Constatamos, cómo nuestro sistema de libertad provisional está profundamente influido por la doctrina italiana. Y entramos al examen de la polémica fracción I del artículo 20, la cual yo creo que requiere reformas, como la de suprimir la obligación del juez de "conceder inmediatamente" la libertad caucional, si ésta procediera. Esa obligación de inmediatez, deteriora gravemente el criterio valorativo del juez, que no atiende conjuntamente a la persona del hecho y el hecho a la vez, sino solamente atiende al hecho, considerado llana y escuetamente. Una buena medida para quitar ese "tinte" materialista al artículo 20, fracción I, es la de triplicar la fianza, no sólo en caso de daños patrimoniales, sino también cuando la comisión del delito importe lesiones, muerte, o en general, ataques a la integridad personal. Pienso que debería proscribirse del beneficio de la caución, al que es sorprendido en flagrante delito, al condenado en primera instancia, a los prófugos y reincidentes, y cuando la fianza sea inefectiva, para controlar la amenaza social que representa un determinado sujeto.

Es importante tomar en consideración las últimas reformas hechas a la Constitución sobretudo a lo que se refiere al otorgamiento a la libertad provisional, porque como se puede apreciar, hoy en día es más fácil para los presuntos responsables de un delito que obtenga su libertad provisional ya sea

desde la averiguación previa, o al iniciarse el proceso siempre y cuando no se trate de delitos graves.

Es importante entrar al estudio de las siguientes tesis jurisprudenciales, para mayor comprensión del tema en comento, ya que en ellas se puede apreciar que la Suprema Corte de Justicia de la Nación no considero en nuestro derecho a la tentativa como un delito autónomo.

## **JURISPRUDENCIA**

### **DELITO IMPOSIBLE**

#### **Localización**

Instancia: Primera Sala  
Fuente: Semanario Judicial de la Federación  
Epoca: 5A  
Tomo: CXXIX  
Página: 27

#### **Texto:**

Para resolver los casos de delito imposible, deben distinguirse dos hipótesis: a) Delitos imposibles en que el agente emplea medios idóneos 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 homicidio imposible lo es por causas totalmente ajenas al agente, el hecho debe ser clasificado y punible dentro del grado de tentativa; y 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 unirse 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 por causas propias de la voluntad del agente, se justifica por razones de política criminal favorecedoras del desistimiento.

Precedente:

Amparo directo 1869/52. 4 de julio de 1956. Cinco votos.

Amparo directo 1879/52. 4 de julio de 1956. Mayoría de tres votos.

## **LIBERTAD PROVISIONAL, IMPROCEDENCIA DE LA. EN LOS CASOS DE DELITOS CALIFICADOS COMO GRAVES, AUN CUANDO SE HAYAN COMETIDO EN GRADO DE TENTATIVA**

Localización :

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Época: 9a.

Tomo: III, enero del 96.

Tesis: IX.2o.2 P

Página: 311

Texto:

Para los efectos de la procedencia o improcedencia del beneficio de la libertad provisional bajo caución el artículo 20, fracción I, de la Constitución General de la República, establece que inmediatamente que se solicite, cualquier persona podrá obtener ese beneficio, siempre y cuando "... no se trate de delitos en que por su gravedad la ley expresamente prohíba conceder este beneficio." Ahora bien, el artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales califica a los delitos como graves, cuando afectan valores fundamentales de la sociedad, para lo cual debe estimarse cada tipo legal que se señala, en sí mismo considerado, sin que tenga que ver con ello el grado de ejecución del delito. La tentativa no constituye un delito autónomo, sino que consiste solamente en un grado de ejecución directa e inmediata de un delito que no llega a su total consumación por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo, pues es obvio que la intención de éste es cometer el delito que ya se encuentra en etapa de ejecución. Así, mientras que el delito consumado se realiza con todos sus actos, en el delito tentado se actualiza una causa externa ajena al sujeto activo que impide que se consume. Por tanto, aquellos delitos calificados como graves comprenden cada tipo legal que se señala en sí mismo considerado y la tentativa de éstos, porque donde la ley no distingue no puede hacerlo el juzgador.

**SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL NOVENO CIRCUITO.**

Amparo en revisión 237/95.-Leticia Cabrera López.-30 de noviembre de 1995.-

Unanimidad de votos.-Ponente: María del Carmen Torres Medina.-Secretario:

Victor Pedro Navarro Zárate.

**LIBERTAD CAUCIONAL, EN LOS DELITOS GRAVES EN GRADO DE TENTATIVA CON ANTERIORIDAD A LA REFORMA DEL ARTICULO 268 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL EN VIGOR 14 DE MAYO DE 1996, PROCEDENCIA DE LA.**

Localización:

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito  
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta  
Época: Novena Época  
Tomo: IV, Noviembre 1996.  
Tesis: I. 4o.P. 5. P.  
Página: 462

Texto:

Antes de la reforma al artículo 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, publicada en el Diario Oficial de la Federación, el trece de mayo de mil novecientos noventa y seis, en vigor al día siguiente de su publicación, únicamente se consideraban graves los delitos consumados que al respecto señala dicho precepto; es decir, el propio numeral no contemplaba como grave la tentativa de esos delitos, por consiguiente, era procedente el beneficio de la libertad caucional, establecida en la fracción I del Artículo 20 constitucional; y si la resolución recurrida en la cual se negó dicha libertad provisional se dictó antes de que entrara en vigor la aludida reforma, es incuestionable que la negativa decretada al respecto, resulta violatoria de la garantía individual de legalidad, prevista en el párrafo segundo del artículo 14 de la Constitución Federal.

**CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.**

Precedente:

Amparo en revisión 664/96.- Juez Cuadragésimo Segundo Penal del Distrito Federal.- 17 de septiembre de 1996.- Unanimidad de votos.- Ponente: María Eugenia Estela Martínez Cardiel.- Secretaria Beatriz Alejandrina Tobon Castillo.

Nota: Sobre el tema contenido en esta tesis existe denuncia de contradicción de tesis número 80/96, pendiente de resolver, en Primera Sala.

## **LIBERTAD CAUCIONAL NO PROCEDE OTORGARLA TRATÁNDOSE DE LOS DELITOS GRAVES.**

Localización:

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito  
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta  
Época: Novena Época  
Tomo: III, Junio de 1996.  
Tesis: I. 3o.P. 6. P.  
Página: 866

Texto:

No viola garantías determinación del Juez instructor que niega la libertad caucional al presunto responsable por la comisión de un delito grave en grado de tentativa, toda vez que el último párrafo del artículo 268, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, al enumerar los delitos que son considerados como graves no excluye en forma alguna el grado de tentativa a que se llegue en ejecución de los mismos; por tanto, si el legislador no distinguió entre la tentativa y la consumación de un delito grave, por no referirse a un grado de ejecución específico, no es válido el argumento que sostiene que la enumeración legal se refiere sólo a delitos consumados.

### **TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.**

Precedente:

Amparo en revisión 759/95. Victor Manuel Ruiz Median. 29 de febrero de 1996.  
Unanimidad de votos. Ponente: Manuel Morales Cruz. Secretario: Oscar Martínez Mendoza.

## CONCLUSIONES

**PRIMERA.-** La libertad es la facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra, y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos, dicha facultad se realizará sin más limitaciones que las señaladas por la moral y por el derecho. En tanto, la tentativa es la ejecución incompleta de actos encaminados, directa e inmediatamente, a cometer un delito que no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.

**SEGUNDA.-** La libertad provisional del procesado reviste dos formas: libertad provisional bajo protesta y libertad provisional bajo caución. La primera también es conocida como libertad potestatoria, y es aquella que se concede al procesado bajo palabra de honor, siempre que se llenen o cubran determinados requisitos preestablecidos al efecto. Mientras que la libertad provisional bajo caución es aquella a que tiene derecho todo acusado siempre que el delito de que se trate, no sea considerado como grave por la ley.

**TERCERA.-** La libertad bajo caución, data, como gran parte de las instituciones jurídicas, del antiguo Derecho Romano; desde la Ley de las XII Tablas, se estableció que, en determinados casos, las personas con posibilidad económica otorgarán una caución en favor de los pobres para obtener su libertad provisional. En nuestro país, esta figura se regula en los Códigos de Procedimientos Penales de 1880 y de 1884. El primero indicaba que procedía

cuando la pena correspondiente al delito no excediese de cinco años; en el segundo ordenamiento, se amplió el término señalado hasta siete años. En 1996, se realizaron diversas reformas en las cuales se exigía que el procesado otorgará tres diversas garantías para poder gozar de libertad caucional: a) Por el monto estimado de la reparación del daño; b) Por las sanciones pecuniarias, que en su caso, puedan imponérsele, y c) Una tercera para caucionar el cumplimiento de las obligaciones a su cargo.

**CUARTA.-** En contraposición a la libertad bajo caución, la libertad provisional bajo protesta, no es una garantía instituida en la Constitución Política Federal; es un derecho establecido en las normas legales del procedimiento, para cuya obtención no se requiere satisfacer ningún requisito de tipo económico, como aquélla, sino de orden moral. Siendo así, es un derecho potestativo para el beneficiario, en cambio, para el juez es un deber concederla, siempre y cuando estén satisfechas las exigencias legales del caso.

**QUINTA.-** La libertad por desvanecimiento de datos, es considerada en la legislación procesal penal como un incidente, y consiste en una resolución judicial, a través de la cual el juez instructor basado en prueba indubitable, considera que se han desvirtuado los elementos fundamentales en que sustentó el auto de formal prisión o de sujeción a proceso y ordena la libertad del procesado. Es importante advertir que este incidente fue regulado en los Códigos de Procedimientos Penales, anteriores al vigente. En el de 1880 se señalaba que,



en cualquier estado del proceso, cuando se hubieren desvanecido los fundamentos en que se apoyó la detención o la privación preventiva, previa audiencia del agente del Ministerio Público procedía a decretar la libertad del procesado. Mientras tanto, el ordenamiento procesal de 1894 conservó el mismo término, agregando que en los supuestos anotados procedía la libertad bajo protesta, confundiéndose esta última con la libertad por desvanecimiento de datos. Por último, la legislación vigente, enmendó este error y por ello, las considera en forma separada.

**SEXTA.-** En la práctica procesal penal, comúnmente a los vocablos caución y fianza se les atribuye el mismo significado; no obstante, la caución denota garantía y fianza una forma de aquélla; por lo tanto, caución es el género y fianza una especie, siendo que la primera significa que la garantía debe ser en dinero en efectivo; y la segunda constituye la póliza expedida por una institución de crédito, capacitada legalmente para otorgarla.

**SÉPTIMA.-** Existe una pluralidad de formas para garantizar la libertad provisional, a través de diversos contratos accesorios de garantía, tales como la fianza, el arraigo, entre otras; las cuales aseguran el cumplimiento de una obligación mediante la afectación pecuniaria para que se determine la libertad del procesado.

**OCTAVA.-** La tentativa se constituye a través de los actos ejecutivos encaminados a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas al querer del sujeto. Nuestro Código Penal se refiere expresamente a ejecutar u omitir la conducta en la tentativa. Ahora bien, para que la tentativa sea sancionable, el numeral antes citado precisa que la resolución de delinquir se exteriorice ejecutando la conducta que debería producir el resultado delictivo, u omitiendo la adecuada para evitarla, si no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente. Por lo tanto, si el delito no se consuma por causas dependientes de la voluntad, habrá impunidad.

**NOVENA.-** Los delitos graves son aquellos en los cuales la conducta antijurídica vulnera con sumo perjuicio para el agente pasivo, los bienes jurídicamente tutelados, tales como la vida, la seguridad, la moral y los bienes, siendo su transgresión en múltiples ocasiones de difícil o imposible reparación.

Ahora bien, es importante advertir que en el artículo 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, únicamente se hace alusión a que éstos afectan de manera significativa los valores fundamentales de la sociedad, y clasificándolos posteriormente en los siguientes, a saber: homicidio por culpa grave, terrorismo, evasión de presos, ataques a las vías de comunicación, corrupción de menores, trata de personas, explotación del cuerpo de un menor de edad por medio del comercio carnal, violación, homicidio, secuestro, robo calificado, extorsión y despojo.

Ya que antes de la reforma hecha al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, publicada el 13 de mayo de mil novecientos noventa y seis, consideraba graves los delitos consumados, no contemplaba grave la tentativa de esos delitos por eso era procedente la libertad provisional, como lo señala la jurisprudencia que no constituye un delito autónomo por lo tanto es accesoria.

**DÉCIMA.-** Por lo anteriormente expuesto, resulta menester la modificación y adecuación de la normatividad procesal penal conducente, para que se constituya la procedencia legal de la libertad provisional en la tentativa de los delitos graves. Ya que si bien es cierto, que el Estado pretende en forma loable salvaguardar valores de suma trascendencia para la sociedad, no se puede equiparar la comisión material de un delito, con la pretensión (en múltiples ocasiones frustrada) del agente activo, por lo tanto resultaría idóneo una sanción efectiva, pero menos coercitiva para este tipo de delitos.

**DECIMA SEGUNDA.** En el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, el artículo 268, clasifica a los delitos graves y se sobre entiende que los no contemplados en dicho precepto serán no graves, es decir en lo que respecta a la tentativa, de algún hecho ilícito grave, se toma como base la punibilidad de un delito consumado, por lo que considero que es inadecuado ya que en la tentativa sólo se dan actos encaminados a la ejecución de un delito, pero no se constituye el tipo penal, por lo que solo se hace referencia el Código

Penal que en caso de tentativa se podrá imponer la pena que puede ser de la mínima y hasta dos terceras partes de la sanción máxima de la pena, según el delito que se trate.

**DECIMA TERCERA.-** En el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en la clasificación de delitos graves, el inculpado no gozará del beneficio de otorgarle la libertad provisional que aplicándolo a la tentativa de estos delitos, el acusado se ve en la imposibilidad de gozar de éste beneficio de libertad provisional ya que nuestra legislación toma como base la punibilidad del delito cometido.

**DÉCIMO CUARTA.-** Es importante tomar en consideración que jurisprudencialmente y legalmente la tentativa no es un entidad típica autónoma sino el grado de ejecución de un delito, que desde luego es inacabado por circunstancia ajenas al sujeto activo, por lo cual considero que al lograrse cometer el delito el daño causado es menor, y que por lo tanto se le debe otorgar la libertad provisional.

## BIBLIOGRAFIA

1. Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto. Derecho Procesal Mexicano, Tomo I, 2ª ed., Edit. Porrúa, S.A., México, 1985.
2. Arilla Bas, Fernando, El Procedimiento Penal en México, Editores Mexicanos Unidos, México, 5a ed., 1993.
3. Barrita López, Fernando, A. Averiguación Previa, 2ª ed., Edit. Porrúa, S.A., México, 1993.
4. Carrancá y Trujillo, Raúl y Carrancá y Rivas Raúl. Derecho Penal Mexicano, Parte General, 18a. ed. Editorial Porrúa, México, 1995
5. Código Penal Anotado, 18a. ed. Editorial Porrúa, S.A. México, 1995
6. Castro Juventino, V. El Ministerio Público en México, 2ª. ed., Edit. Porrúa, S.A. México, 1995.
7. Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Edit. Porrúa, S.A. México, 1997.
8. García Ramírez, Sergio, El Nuevo Procedimiento Penal Mexicano, 1ª. ed., Edit. Porrúa, S.A. México, 1996.
9. González de la Vega, Francisco. Derecho Penal Mexicano, Los Delitos, 26a. Ed. Editorial Porrúa, S.A. México, 1996.
10. Herrera y Lasso, Eduardo, Garantías Constitucionales en Derecho Penal, Instituto de Ciencias Penales, México, 1994.
11. Islas, Olga y Ramírez, Elpidio, El Sistema Penal en la Constitución, Edit. Porrúa, S.A., México 1990.
12. Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal. Tomo VII Edit. Lozada, Buenos Aires, Argentina, 1987.
13. Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Tomo IV, Edit. Porrúa, S.A. México, 1993.
14. López Betancourt, Eduardo. Delitos en Particular, Tomo II, 3a. ed. Edit. Porrúa, S.A. 1997.

15. Madrazo, Carlos, A. La Reforma Penal, 2ª. ed., Edit. Porrúa, S.A., México, 1989.
16. Osorio y Nieto, César Augusto, La Averiguación Previa, 7ª de., Edit. Porrúa, S.A. México, 1996.
17. Orellana Wiarco, Octavio. Manual de Criminología, 6ª ed. Edit. Porrúa, S.A. México, 1997.
18. Zamora-Pierce, Jesús. Garantía y Proceso Penal. 5ª ed. Edit. Porrúa, S.A. México, 1991

### **OTRAS FUENTES**

Diccionario Jurídico Mexicano, Edit. Porrúa, S.A. México 1998.

Enciclopedia Jurídica OMEBA, , Editorial Driskill, Argentina Buenos Aires, 1990.

### **LEGISLACION**

CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, 2000.

CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMUN, Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL, 1999

CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL, 1999.

JURISPRUDENCIA EN CD. EDITADO POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION.