

472



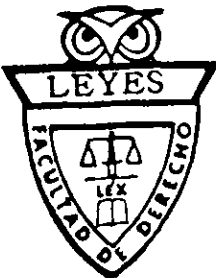
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

"ESTUDIO ANALITICO DE LA TENTATIVA DEL
DELITO EN LA LEGISLACION PENAL MEXICANA"

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
CESAR REYES CABELLO



ASESOR: LIC. CARLOS BARRAGAN SALVATIERRA,

MEXICO

282976

2000



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PENAL

DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACION
ESCOLAR DE LA U.N.A.M.
P R E S E N T E.

El alumno CESAR REYES CABELLO, ha elaborado en este Seminario a mi cargo y bajo la dirección del LIC. CARLOS BARRAGAN SALVATIERRA, la tesis profesional intitulada "ESTUDIO ANALITICO DE LA TENTATIVA DEL DELITO EN LA LEGISLACION PENAL MEXICANA", que presentará como trabajo recepcional para obtener el título de Licenciado en Derecho.

El profesor LIC. CARLOS BARRAGAN SALVATIERRA, en su calidad de asesor, nos comunica que el trabajo ha sido concluido satisfactoriamente, que reúne los requisitos reglamentarios y académicos, y que lo aprueba para su presentación en exámen profesional.

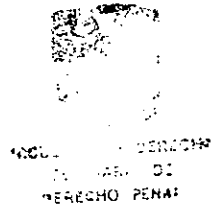
Por lo anterior, comunico a usted que la tesis "ESTUDIO ANALITICO DE LA TENTATIVA DEL DELITO EN LA LEGISLACION PENAL MEXICANA" puede imprimirse, para ser sometida a la consideración del H. Jurado que ha de examinar al alumno CESAR REYES CABELLO.

En la sesión del día 3 de febrero de 1998, el Consejo de Directores de Seminario acordó incluir en el oficio de aprobación la siguiente leyenda:

"El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad"

A T E N T A M E N T E
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
Cd. Universitaria, D. F., 25 de mayo del 2000


DR. LUIS FERNANDEZ DOBLADO,
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO PENAL



IN MEMORIAM DE MI PADRE,
QUIEN FUÉ UN HOMBRE DE GRANDES VIRTUDES Y
EXQUISITA SENCILLEZ,
DE AQUÉL SER GENEROSO QUE ENCONTRÓ LA PAZ
EN LA DICHA DE SUS HIJOS,
A QUIEN DESEO EXPRESARLE INFINITAMENTE MI AMOR
Y AGRADECIMIENTO,
POR DARME EL INVALUABLE REGALO DE LA VIDA,
Y... POR TODO LO QUE ELLO SIGNIFICA EN MI,
DOY GRACIAS AL EJEMPLO DE SU VIDA.

A MI MADRE,
PILAR INVALUABLE EN LA QUE SIEMPRE
ENCONTRÉ EL APOYO INCONDICIONAL Y
DESINTERESADO, PARA TOMAR EL BUEN
CAMINO Y EL SABIO CONSEJO, Y LLEGAR
A LA META TRAZADA.

A MIS HERMANOS Y HERMANAS,
ESPECIALMENTE A EMILIA, POR SU
GRAN CORAZÓN Y EL ALIENTO QUE
ME OFRECIÓ EN LOS MOMENTOS
DIFÍCILES.

A MIS HIJOS Y A SU MADRE,
POR LA DICHA Y EL CARIÑO QUE ME TRAJÓ
SU LLEGADA, Y DE QUIEN LES DIO LA VIDA.
GRACIAS.

A MI ASESOR,
AGRADEZCO INFINITAMENTE SU NOBLE
Y FRUCTUOSA LABOR, SIN LA CUAL, NO
PODRÍA HABER REALIZADO EL TRABAJO
DE INVESTIGACIÓN PRESENTADO.

A LA UNAM, ALMA MATER,
QUE GENEROSAMENTE ME ABRIÓ SUS PUERTAS Y ME
BRINDÓ LA OPORTUNIDAD DE PERTENECER A ELLA Y
CULMINAR MIS ESTUDIOS PROFESIONALES, POR QUIEN
SIENTO UN PROFUNDO CARIÑO Y MAYOR ORGULLO.

A MÉXICO.

ESTUDIO ANALÍTICO DE LA TENTATIVA DEL DELITO EN LA LEGISLACIÓN PENAL MEXICANA.

ÍNDICE

PÁGINA

INTRODUCCIÓN.....	1
-------------------	---

CAPÍTULO PRIMERO

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA TENTATIVA DEL DELITO

1.1. CONCEPTO DE TENTATIVA.....	2
1.2. ORIGEN HISTÓRICO DE LA TENTATIVA.....	6
1.3. LA TENTATIVA EN LA LEGISLACIÓN PENAL MEXICANA.....	11
1.3.1. EN EL CÓDIGO PENAL DE 1871.....	12
1.3.2. EN EL CÓDIGO PENAL DE 1929.....	16
1.4. MARCO CONSTITUCIONAL DE LA TENTATIVA.....	19

CAPÍTULO SEGUNDO

CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA TENTATIVA

PÁGINA

2.1. NATURALEZA JURÍDICA DE LA TENTATIVA.....	28
2.2. EL FUNDAMENTO DE LA TENTATIVA.....	33
2.3. LA PUNIBILIDAD DE LA TENTATIVA.....	37
2.4. LA TENTATIVA IMPUNE.....	42
2.4.1. EL DESISTIMIENTO.....	44
2.4.2. EL ARREPENTIMIENTO EFICAZ.....	47

CAPÍTULO TERCERO

LA TENTATIVA Y SUS CARACTERES GENERALES

3.1. LAS FASES DEL ITER CRIMINIS.....	61
3.1.1. FASE INTERNA O SUBJETIVA.....	63
3.1.2. FASE EXTERNA U OBJETIVA.....	65
3.2. ASPECTOS POSITIVO Y NEGATIVO EN EL DELITO TENTADO.....	65

	PÁGINA
3.2.1. CONDUCTA Y AUSENCIA DE CONDUCTA.....	68
3.2.2. TIPICIDAD Y ATIPICIDAD.....	70
3.2.3. ANTIJURIDICIDAD Y CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.....	74
3.2.4. CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD.....	78

CAPÍTULO CUARTO

LA TENTATIVA EN EL CÓDIGO PENAL DE 1931

4.1. TENTATIVA ACABADA Y TENTATIVA INACABADA, CONCEPTO.....	83
4.2. EL ARTÍCULO 12 DEL CÓDIGO PENAL.....	86
4.3. LA TENTATIVA EN LA REFORMA PENAL DE 1984.....	90
4.4. LA TENTATIVA EN LA REFORMA PENAL DE 1994.....	94
4.5. LA TENTATIVA EN LA REFORMA PENAL DE 1996.....	97
4.6. ALGUNAS PERSPECTIVAS SOBRE EL DELITO TENTADO.....	102
CONCLUSIONES.....	113
BIBLIOGRAFÍA.....	117

INTRODUCCIÓN.

El presente trabajo intitulado: "**Estudio Análítico de la Tentativa del Delito en la Legislación Penal Mexicana**"; representa para nosotros una búsqueda de la esencia de una figura jurídica tan compleja pero a la vez interesante y de gran importancia no sólo en nuestras Leyes Penales, sino en la gran mayoría de los países que cobijan el sistema del Derecho Penal Liberal. Esa búsqueda orientada a su estructura legal encuentra un enorme sendero y una gran cantidad de vertientes, que convergen, finalmente, en la manera en que el legislador la ha particularizado en nuestro país.

Orientando el análisis a la mejor comprensión del todo mediante el análisis de las partes, como el método de estudio más adecuado para entender la gran síntesis en la cual consiste el acto u omisión que sancionan las Leyes Penales, como célebremente lo expresara el maestro Jiménez de Asúa, buscamos diversas definiciones sobre la tentativa del delito, que es conceptualizada por los autores en forma muy particular, acorde a como es estimada en cada Legislación Penal; con ello logramos aventurar una definición muy propia a los elementos que fuimos tomando de lo que se entiende por el delito tentado. Buscamos, asimismo, encontrar los orígenes y antecedentes de la figura en estudio, encontrando que ellos se remontan a la antigüedad en una forma muy difusa en el Éxodo XXI-12, dónde aún no se tenía una idea más o menos clara entre la diferenciación de consumación y delito tentado, lo cual se hace extensivo incluso en el Derecho Romano, con la salvedad de que en el Digesto Romano, Ulpiano da vida a la célebre máxima de que el pensamiento no delinque, bajo la fórmula "*Cogitationis Poenam Nemo Patitur*", pilar indiscutible junto con la definición que sobre el particular nos ofrece el Código de la Carolina y el "*principio de ejecución*" del Código Napoleónico de 1810.

Dentro de los orígenes de la tentativa del delito en la Legislación Penal Mexicana, apreciaremos su desarrollo que inició con el Código Martínez de Castro de 1871, donde se hablan estimado cuatro grados en los delitos intencionales sujetos a pena, entre los que destacaron el *conato*, el *delito intentado*, el *delito frustrado* y el *delito consumado*. Tal distinción sobre los grados del delito, encuentra nuevo cause en el Código Penal de 1929, también llamado "Código de Almaráz" y particularmente en la concepción que sobre el delito tentado se tenía primeramente, ya que en las nuevas disposiciones se retoma la llamada *bipartición clásica del delito*, esto es, al considerar sólo tentativa y consumación. Dentro de esa línea de pensamiento, podremos ir dilucidando los avances o retrasos que se han desarrollado por virtud de la concepción que el legislador ha concedido al Instituto Penal de la tentativa del delito, inmersa ésta dentro del marco jurídico de nuestra Carta Magna, y de las leyes que de ella devienen.

De gran importancia resulta el conocimiento de los elementos que dan esencia doctrinal y jurídica al delito tentado; tales como su naturaleza legal y el fundamento en que se sustenta su previsión y punibilidad, así como los referentes a su impunidad y que son fundamentales para su debida interpretación legal. Consideraciones que abordamos siguiendo los criterios doctrinales más relevantes sobre el particular.

Por otra parte, ahondamos en el presente trabajo de investigación, sobre el lugar en que se encuentra inmerso el delito tentado dentro del llamado *iter criminis*, apreciando, en consecuencia, un aspecto fundamental en su estudio, que es referente al momento en que *inicia* el acto de tentativa punible, es decir, el acto ejecutivo del delito; que es representativo en sí, de su división o separación de los actos preparatorios y de la impunidad inherente a éstos.

Abordamos, dentro de los caracteres generales de la tentativa del delito, sus aspectos positivos y negativos, que son perfectamente configurativos dentro de la teoría del delito; ello en virtud de que el delito tentado tiene actividad típica singular y objetividad propia que está prevista de precepto y sanción por nuestras Leyes Penales, cuando el proceso de subsunción del artículo 12 del Código Penal para el Distrito Federal, entra en función con alguno de los tipos penales de la parte de la especial de éste que admite su forma de ejecución.

Del estudio y análisis que podremos observar de la estructura del delito tentado, habremos de proponer un nuevo texto al artículo 12 del Código Penal para el Distrito Federal, pues de ello se infiere que el desarrollo que hasta nuestros días ha tenido, no ha sido el mejor ni el más adecuado, a juicio nuestro. Ello se evidencia de las múltiples y variados reformas y adiciones que en la materia ha concebido el legislador; primeramente, en la reforma penal de 1984 y posteriormente en las de 1994, 1996 y 1999, respectivamente. El desarrollo que habremos de apreciar en dichas reformas penales, estimamos fué poco significativo en virtud de concebir dentro de la estructura de la tentativa del delito, elementos que no le favorecen y si causan confusión a una adecuado interpretación legal.

En ese contexto, podremos advertir sobre los inconvenientes que trae aparejada una inadecuada concepción sobre la naturaleza y fundamentos legales en que se ha sustentado la previsión del delito tentado, no sólo en el pasado sino en el presente y futuro que es previsible a ello; ya que, de acuerdo a nuestra posición, tentativa y consumación están acercándose invariablemente a la equiparación, no obstante que tal consideración ha sido ampliamente superada siglos atrás por virtud precisamente a las notables y claras diferencias existentes entre ambas especies del delito intencional.

Finalmente, punto igualmente medular en el trabajo desarrollado, está encaminado precisamente a ofrecer soluciones, no sólo con el texto que se propone, sino

también a observar otro aspecto fundamental en la tentativa punible, es decir, a ubicar las sanciones que en la actualidad están estimadas para el delito tentado, y hacer propuesta del sentido que debe observarse en su punición.

En esa tesitura, habremos de advertir sobre las inconveniencias además de las incongruencias en la Legislación Penal citada, de que se estime a la tentativa del delito como un *delito grave*, en virtud de que, como podremos observar, no es asequible al delito tentado tal nomenclatura que le confirió el legislador en las reformas precedentes; sobre dicho particular hemos hecho algunos comentarios, que a nuestro juicio, subyacen en el hecho indiscutible de que la tentativa del delito debe seguir un principio de *atenuación* con respecto a la consumación, ampliamente reconocido desde la Edad Media en el Derecho Italiano, bajo la fórmula del "*Cogitare Agere, Sed Non Perficere*", debiendo reconocerse en ello la relación de lo realizado con el resultado no producido, y que Beccaria observó ampliamente en su estudio sobre la debida proporción a guardar entre las penas y el delito realizado.

Así, abundaremos sobre las perspectivas que apreciamos deben vislumbrarse al Instituto Penal de la tentativa del delito; no sin antes comentar sobre lo que, de acuerdo a nuestro punto de vista, consideramos ha orientado que el legislador haya previsto sanciones cada vez mayores a los responsables de tentativas punibles. Lo cual, advertimos con amplitud, se aparta inexorablemente del rumbo naturalístico que ésta figura tan interesante debe observar en su evolución jurídica y conceptual.

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA TENTATIVA DEL DELITO.

1.1. CONCEPTO DE TENTATIVA.

1.2. ORIGEN HISTÓRICO DE LA TENTATIVA,

1.3. LA TENTATIVA EN LA LEGISLACIÓN PENAL MEXICANA

1.3.1. EN EL CÓDIGO PENAL DE 1871

1.3.2. EN EL CÓDIGO PENAL DE 1929

1.4. MARCO CONSTITUCIONAL DE LA TENTATIVA

1.1. CONCEPTO DE TENTATIVA.

¿Que debemos entender por tentativa del delito? Con esta interrogante, de las muchas que habremos de observar en el presente estudio, damos inicio de este trabajo que busca entrar en el laberinto jurídico que representa el delito tentado, no solo en nuestra Legislación Penal, sino en aquellas otras que también lo prevén y contemplan. El Instituto Penal de la tentativa es, sin duda, una figura legal muy compleja que requiere del análisis y estudio minucioso y exhaustivo, que no empieza ni termina con un trabajo dedicado a su comprensión y conocimiento, pero que no obstante, representa para nosotros el intento loable de ofrecer algunas aportaciones a su mejor entendimiento y hacer observaciones a su estructura jurídica que converge, finalmente, en la manera en que el legislador ha interpretado y concebido a la tentativa del delito en la Ley Penal Mexicana.

En esa tesitura, creemos que de la diversidad de ideas y pensamientos que sobre determinado concepto jurídico se tiene, es mayor el alcance para comprender y conceptualizar a un ente jurídico determinado; y sobre la tentativa del delito son bastantes los conceptos que sobre ella se tienen, y mayores los aportes que sobre el particular han ofrecido muchos grandes juristas que la han estudiado en sus obras.

Así, todo concepto que pretenda darse sobre la tentativa, ha de extraerse dogmáticamente del concepto jurídico del delito y desde el punto de vista de su perfección; como atinadamente puso de relieve en su momento el maestro Jiménez de Asúa. Criterio que podemos apreciar en diversas definiciones que sobre ella existen y que se distinguen de la siguiente manera:

De acuerdo con el Diccionario Jurídico de la Lengua Española, tentativa (del latino *temptatus*, tentado) significa: "Principio de ejecución de un delito por actos externos que no llegan a ser suficientes para que se realice el hecho, sin que haya mediado desistimiento voluntario del culpable".¹

El Diccionario Jurídico Mexicano define a la tentativa del delito de la manera siguiente: "El delito será tentativo cuando el autor dolosamente haya dado comienzo a la ejecución, pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad".²

¹ Diccionario Jurídico de la Lengua Española. Madrid, Talleres Gráficos de la Editorial Espasa-Calpe, S.A., tomo II, vigésima edición, 1984, p. 1298

² Diccionario Jurídico Mexicano. México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Editorial Porrúa, S.A., sexta edición, 1993, p. 3059.

En la Enciclopedia Jurídica Omeba, podemos apreciar que por delito tentado se entiende como: "Si los actos preparatorios inician la fase externa del *iter criminis* un nuevo paso en él, la tentativa del delito constituye la ejecución del último".³

Uno de los grandes Juristas Clásicos Italianos, el ilustre Carrara, define a la tentativa (conato, atentado) de la siguiente forma: "Cualquier acto externo que por su naturaleza conduce unívocamente a un resultado criminoso, y que el agente dirige con explícita voluntad a ese resultado, pero al cual este no le sigue, ni tampoco la lesión de un derecho superior o equivalente al que se quería violar".⁴

A su vez, Carmignani empieza por observar que la tentativa o conato (llamada así por la voz latina *conare*), "significa un esfuerzo de la intención y del cuerpo, mediante el cual, con el propósito de cometer un delito, se emprenden los actos oportunos, salvo solo aquellos que constituyen su consumación". Atinadamente el insigne Tratadista Italiano aprecia la enorme dificultad de ofrecer una definición de la figura de la tentativa, sin embargo, es definida en su opinión como: "Un hecho humano que tiene carácter extrínseco de medio, realizado con el propósito malvado e idóneo para alcanzar su fin, en la consumación de cierta y determinada ofensa social".⁵

Von Liszt, por su parte, comprende a la tentativa del delito como: "La manifestación de voluntad dirigida a la ejecución del hecho".⁶ Considerando sustancial de ésta, señala el insigne Tratadista Alemán, la relación objetiva y subjetiva de lo ejecutado, con el resultado no producido del hecho criminal deseado.

Para Edmundo Mezger, determinar conceptualmente la figura de la tentativa, sólo puede entenderse bajo el concepto de la acción que (subjetivamente concebida desde el punto de vista del autor) debe servir, expresa, para realizar en el mundo externo una resolución de voluntad del agente.⁷

³ Enciclopedia Jurídica Omeba. Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, tomo XVI, primera edición, 1962, p. 927

⁴ Carrara, Francesco. Programa de Derecho Penal. Bogotá-Colombia, tomo I, volumen I, reimpresión, Editorial Temis S.A., (traducción José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero), 1960, p. 248.

⁵ Carmignani, Giovanni. Elementos de Derecho Criminal. Bogotá, Editorial Temis, primera edición, 1979, p. 93.

⁶ Von Liszt, Franz. Tratado de Derecho Penal III. Madrid, Editorial Reus, S.A., segunda edición (traducción Luis Jiménez de Asúa), 1929, pp. 3, 6 y 7.

⁷ Mezger, Edmundo. Tratado de Derecho Penal II. Madrid, Revista de Derecho Privado, segunda edición, (traducido por José Arturo Rodríguez Muñoz), 1949, p. 246.

Por su parte, Jiménez de Asúa expresa que: "Cuando la voluntad criminal se traduce en un caso externo que entra en la esfera de consumación del delito, sin llegar a llenarla, y va dirigido claramente a conseguir la objetividad jurídica del delito, pero sin llegar a lesionarla, el acto se llama ejecutivo y la figura a que da lugar se denomina tentativa. Esta puede definirse sintéticamente -expresa el referido autor- como la ejecución incompleta de un delito".⁸

Cuello Calón a su vez menciona que: "Habiendo dado comienzo a la ejecución del delito es interrumpida ésta por causas ajenas a la voluntad del agente, surge la figura jurídica de la tentativa".⁹ Haciendo notar el citado Penalista, tres principios esenciales en la existencia del delito tentado: a) intencionalidad delictiva; b) principio de ejecución, y ; c) su interrupción por causas independientes de la voluntad del agente.

Para Fontán Balestra la tentativa puede ser definida como: "Comienzo de ejecución de un delito determinado, con dolo de consumación y medios idóneos, que no llega a consumarse por causas ajenas a la voluntad del autor".¹⁰ Agregando que la acción de la tentativa es típicamente antijurídica y culpable.

Eugenio Raúl Zaffaroni, empieza por observar que los actos de tentativa son los que se extienden desde el momento en que comienza la ejecución, hasta el momento de la consumación. Se trata , señala, de una extensión de la prohibición a la etapa ejecutiva del delito que alcanza, por consiguiente, desde el comienzo de la ejecución hasta que están dados todos los caracteres de la conducta típica. Esta ampliación de la prohibición típica, sugiere el maestro, opera en función de una fórmula que se aprecia en la parte general de los Códigos, y que no hace más que recoger un concepto óntico, pues, añade, la noción de tentativa tampoco es una creación legislativa.¹¹

Reyes Echandía da a la tentativa el carácter de dispositivo amplificador del tipo, explicando que: "La necesidad de sancionar los actos que penetran en los predios del delito llevó al Estado a ensanchar la esfera de los tipos comunes, mediante la creación de otros que, ubicados en la parte general del Código Penal y predicables por lo mismo de todos aquellos,

⁸ Jiménez de Asúa, Luis. La Ley y el Delito. Buenos Aires-Argentina, Editorial Sudamericana, novena edición, 1979, p. 474.

⁹ Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal. Barcelona-España, Editorial Bosch, tomo I, volumen segundo, décima octava edición (revisado y puesto al día por César Camargo Hernández), 1980, pp. 642-643.

¹⁰ Fontán Balestra, Carlos. Tratado de Derecho Penal. Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, tomo II, segunda edición, 1990, p. 373.

¹¹ Zaffaroni, Eugenio Raúl. Tratado de Derecho Penal IV. México, Cardenas Editorial y Distribuidor, primera edición, 1988, p. 412.

ampliaron su normal alcance mediante la descripción de fases comportamentales previa a la conducta descrita en los tipos de la parte especial".¹²

En el sentido anterior, es considerada también la tentativa en opinión de Porte Petit, al establecer que ésta se origina por la complementación de una norma "principal" y una norma "secundaria" produciéndose una extensión de la norma "principal", al no aplicarse ésta última norma sólo al delito consumado, sino también por la relación con la norma "secundaria" a la etapa de ejecución del iter criminis de un delito determinado.¹³ Mientras que para González Quintanilla, la tentativa es: "La voluntaria puesta en peligro en forma típica de un bien jurídicamente tutelado". Expresa que la integración de un tipo no sólo se constituye por el artículo descriptivo, sin que, dentro de su contenido se encuentre implícito el dispositivo sancionador, lo conducente en la parte general del Código y, las normas de la parte especial que para sí requiera. En este supuesto, señala el tratadista, y como verdadero tipo, se encuentra la tentativa.¹⁴

Finalmente, y sobre el particular, Ignacio Villalobos considera que existe una tendencia a reducir la importancia de las antiguas distinciones nominales, al considerar que todo acto externo que se encamine a la realización de un tipo penal puede llamarse "tentativa" y sólo interesa distinguir en que momento es punible; hace notar que por tal razón nuestro Código se limita a declarar cuando el delito tentado es punible.¹⁵

Por nuestra parte, por tentativa entendemos: ***"La adecuación típica entre dos normas: Una de carácter secundario y general, y otra de carácter específico y principal; que al unirse ambas dan vida a un nuevo título del delito, cuya punibilidad se hace presente con el inicio de ejecución de los actos que lo acompañan y distinguen de los puramente preparatorios. Ejerciendo el agente en tal sentido, influencia de poder sobre el bien jurídicamente protegido, que se caracteriza por su puesta en peligro y ausencia de lesión, por virtud de detenerse la conducta delictuosa en un punto previo a la consumación del propósito criminal por causas ajenas a este"***. Así, el delito tentado es una conducta típica, antijurídica, culpable y punible, si el agente ha rebasado inequívocamente el último acto preparatorio para entrar y situarse dentro de los que inician la ejecución del delito.

¹² Reyes Echandia, Alfonso. Derecho Penal. Bogotá-Colombia, Editorial Temis, segunda reimpresión de la undécima edición, 1990, pp. 118-119.

¹³ Porte Petit Candaudap, Celestino. Programa de Derecho Penal. México Editorial Trillas, tercera edición, 1990, p. 751.

¹⁴ González Quintanilla, José Arturo. Derecho Penal Mexicano. México, Editorial Porrúa S.A., primera edición, 1991, p. 427

¹⁵ Villalobos, Ignacio. Derecho Penal Mexicano. México, Editorial Porrúa S.A., quinta edición, 1990, p. 456.

1.2. ORIGEN HISTÓRICO DE LA TENTATIVA.

Toda figura jurídica a la luz del Derecho, tiene su origen en la historia, cuya evolución la van marcando las grandes transformaciones en el mundo y concretamente cada sociedad; donde el hombre en su eterna lucha por armonizar las relaciones intersubjetivas y de convivencia entre sí, van modificando sus leyes que con el paso del tiempo tienden a perder el sentido de justicia y equidad que en un principio las caracterizó; cualidad inherente y característico al amplio campo del Derecho Penal. Tal es el caso del delito tentado, Instituto Penal que al decir del maestro Ramón Palacios, encuentra su antecedente más remoto en el Éxodo -XXI, 12-, olvidando su criterio talional, decreta: "El que hiere a un hombre, queriéndolo matar, muere por ello". Donde la intención del acto no requiere del resultado para sancionar la conducta ilícita.¹⁶

En opinión de varios autores, entre los Romanos no se llegó a precisar criterio distintivo entre consumación y tentativa, ni se creó término alguno para diferenciar los grados del delito. Al respecto el célebre jurista Franz Von Liszt,¹⁷ cita a Mommsen expresando que: en el Derecho Romano "faltó el concepto y la palabra técnica de tentativa". No obstante, algunos actos de tentativa y preparación de determinados delitos fueron sancionados como delito consumado. Reglamentándose en épocas posteriores en la *Lex Cornelia de Sicariis et veneficis*, y por un *Rescripto de Adriano*, en la *Lex Julia Majestatis*, en la *Pomponia de Parricidiis* y de *Calumniatis*.

En el Digesto, Ulpiano incluye la célebre máxima ***Cogitationis Poenam Nemo Patitur*** (Nadie sufre pena por el solo pensamiento criminal) en atención al principio de que no hay delito sin actividad manifestada en la causación de un daño. Sin embargo, en el mismo libro *callestratus refiere in malefisis voluntas spectatur non exitus*, del que se desprende la innecesariedad del resultado material al atenderse a la voluntad criminal y no a éste último, tratándose de determinados delitos particularmente graves; donde de existir el ánimo de consumir el hecho ilícito equivalía a la consumación del mismo, envolviendo pena idéntica. Encuadrando en éste supuesto tanto los actos preparatorios, tentativa y consumación del delito. Debido a que precisamente desde Adriano, fue acentuándose cada vez más el lado subjetivo del delito.

Durante la vigencia del Derecho Penal privado se atendía siempre al daño causado, sancionándose únicamente los delitos consumados, regla que va modificándose con el transcurso del tiempo, adquiriendo cada vez mayor importancia el aspecto subjetivo del delito. Para el Derecho Penal público no tuvo validez absoluta la regla anterior, pues aún

¹⁶ Palacios, J. Ramón. Tentativa. México, Editado por la UNAM, primera edición, 1951, p. 19.

¹⁷ Liszt, op. cit. p. 4.

cuando se exigía que el *ánimus* tuviese exteriorización material, no se requirió siempre el resultado caracterizado por un daño material. Posteriormente, la falta de consumación fue estimada como atenuante de la pena.

Sobre el particular, Mezger nos señala en relación al Derecho Penal Germánico el panorama siguiente: "No conoce -la Dogmática Alemana- al principio un concepto general de la tentativa. Sin embargo, aparece como substitutivo, principalmente en la época franca, la equiparación de la tentativa con la consumación en el delito flagrante y la pena especial en los casos de puesta en peligro de la vida, de la paz general ..." ¹⁸

Es en el Derecho Italiano de la Edad Media, donde los Juristas Italianos generalizan la idea bajo la fórmula del "*cogitare agere, sed non perficere*"; reconociendo en ella la relación de lo realizado con el resultado no producido en ella, y piden, en oposición a la concepción jurídica romana, el castigo atenuado de la tentativa. En el Derecho Longobardo se considera a la tentativa como una lesión jurídica de menor importancia a la consumación sancionando con pena atenuada (*extra ordinem*), reglamentando la tentativa inidónea y el desistimiento espontáneo, como lo menciona el autor de referencia. ¹⁹

Otro antecedente del delito tentado, observa Pavón Vasconcelos, lo encontramos en el Código de las Siete Partidas, distinguiendo entre *delitos graves* (homicidios, traición, raptó, violación y otros) y "*yerros menores*", equiparándose respecto de los primeros tentativa y consumación, salvo que en aquella diérase el desistimiento o el arrepentimiento ("*Si comenzase a semeter en obra, magüer non lo cumpliese, meresce ser escarmentado bien asi como si lo hubiese cumplido, porque non fincó por el de lo cumplir si pudiera*").²⁰ Observándose del criterio "*comenzase a semeter en obra*", lo que podría considerarse como un antecedente del inicio de ejecución de la tentativa punible.

La Novísima Recopilación, observa Malo Camacho, en el libro XII, título 21 de los homicidios y heridos se reafirma el principio de la ley del talión, sin embargo, en la ley 1, título 22 del Ordenamiento de Alcalá, se refería : "*Acaese algunas veces, que algunos hombres están acechando para herir o matar a otro y hacen habla o consejo para ello, y hieren a aquellos a quienes están acechando y atendiendo para herir o matar, sobre que fue hecho el consejo o la habla; y estos tales deben haber mayor pena que los que hieren en pelea.* (Ley 2, título 23, Libro 8 R.).²¹ En este sentido, la integración previa y el inicio del acto ilícito que no llega a su consumación, es castigado en mayor grado que si hubiese sido en riña.

¹⁸ Mezger, op. cit. p. 212.

¹⁹ *ibidem*. p. 213.

²⁰ Pavón Vasconcelos, Francisco. Breve Ensayo Sobre la Tentativa. México, Editorial Porrúa S.A., cuarta edición, 1989, p. 27.

²¹ Malo Camacho Gustavo, Tentativa del Delito. México, Editorial UNAM, primera edición, 1971, p. 40.

Donde se da una definición con mayor claridad de la figura de la tentativa y de los elementos que conforman dicho Instituto Penal, aprecia Pavón Vasconcelos en su estudio sobre la tentativa, es en la Constitutio Criminalis Carolina o Código de la Carolina de 1532, dictado por Carlos V, cuyo artículo 178 expresa: *"Así, si alguien se atreve a realizar un acto malo mediante algunas obras externas que puedan ser apropiadas para la consumación del acto malo, y sin embargo, en la consumación de dicho acto malo fuera impedido contra su voluntad por otros medios, será castigada esta voluntad maliciosa de la cual resulta, como se dice, alguna obra mala; pero en un caso más severamente que otro, en vista de las circunstancias y forma de la cosa"*.²²

Texto del que se observan, aunque aún sin una definición precisa, elementos de la tentativa, como actos externos tendientes a la consumación del delito y falta de consumación del resultado por causas ajenas a la voluntad del agente; distinguiendo entre actos preparatorios, actos de ejecución (tentativa inacabada) y tentativa acabada, favoreciendo el desistimiento voluntario. Así, las disposiciones de la Carolina, al decir del reconocido Jurista Teutón Franz Von Liszt, "constituyen el fundamento del Derecho común y de los Códigos Penales de Alemania, que sobre éste descansan".²³

Gran importancia e influencia ejerció el Código Penal Josefino, dictado en 1787, el cual refiere la realización de actos dirigidos a la consumación del delito como premisa para la punibilidad de la tentativa; disposiciones que fueron tomadas por la Ley Francesa del 22 Prairial, Año IV, que a su vez sería fundamento del Código Penal Francés de 1791, y de allí la fórmula sería recogida por el Código Napoleónico de 1810, consagrado el principio de ejecución: *"toute tentative de crime qui aura, éte manifestée par un commencement d'exécution est considerée comme le crime meme"*.²⁴

Para precisar la tentativa, acota el maestro Pavón Vasconcelos, fue recogido el concepto por el Código Prusiano de 1851, el de Baviera de 1861 y el Alemán de 1871. Iniciando la evolución de los Códigos Europeos del siglo XIX en esta materia.²⁵

Por otro lado, la influencia francesa del Código Napoleónico se dejó sentir en los Códigos Españoles, concretamente en el Código de 1822, fiel al espíritu de las Partidas, posteriormente en el de 1848, sufriendo reformas en 1850 y en el mismo sentido, en el Código de 1870. Cabe destacar de los ordenamientos señalados, la influencia ejercida en gran medida por el Código Josefino para su inspiración.

²² Pavón Vasconcelos, op. cit. p. 27.

²³ Liszt, op. cit. p. 6.

²⁴ cf. Malo Camacho, op. cit. p. 41.

²⁵ Pavón Vasconcelos, op. cit. p. 28..

En lo que respecta al desarrollo histórico que ha tenido la doctrina en los diversos países en torno al encuadramiento de la tentativa del delito, el ilustre Penalista Mexicano Gustavo Malo Camacho,²⁶ ofrece un breve análisis, observando el panorama siguiente: En Italia, ya desde la época de Romagnosi se acepta como criterio de punición del delito tentado, la división entre actos preparatorios y ejecutivos. El mismo criterio fue sostenido y discutido por Carrara, Napodano, Paoli y otros más, para ser recogidos y nuevamente ser objeto de debate por Alimena, Manzini, Massari, Maggiore, Battaglini, hasta la más reciente doctrina con Vannini, Bettiol, Bricchetti, Antolisei, Petrocelli, Vasalli, Siniscalco, Scarano y otros estudiosos más, algunos de los cuales nos han ofrecido profundos y serios trabajos en torno a la cuestión.

Hace notar Malo Camacho de las diversas opiniones de la Doctrina Italiana, se observa que en línea de máxima se presenta regularmente como objeto esencial de las discusiones: La delimitación al máximo del concepto de acto ejecutivo, la precisión del momento inicial del mismo, la crítica consiguiente a la dificultad de encontrar un criterio de distinción plenamente válido y la necesidad de buscar nuevas vías para la delimitación de la tentativa punible.

La Doctrina Alemana, señala el maestro, desarrollada también sobre la base del mismo problema del inicio del momento ejecutivo al que se refiriera el Código Napoleónico ha buscado igualmente el esclarecimiento del arduo problema. Así, desde la época de Mittermaller, hasta los estudios más recientes pasando por Zimmerl, Schmidt, Frank Hippel, Mayer, Graf Zu Dohna, Beling, Liszt, y en fecha más reciente Mezger y Welzel, entre varios más; han observado las dificultades presentes, al grado de que Cohn ha llegado a parangonar la difícil cuestión con el problema de la cuadratura del círculo.

La Doctrina Francesa, por su parte, asimismo se ha visto en la necesidad de afrontar al problema, bastando recordar que ha sido el criterio sustentado en el artículo 2º de su Ordenamiento Penal, el que ha dado origen a estas discusiones, puntualiza el insigne Jurista Mexicano. Mientras que en España, hace la precisión, también se han hecho presentes las dificultades que son más cercanas a nosotros, como consecuencia de la influencia directa sobre nuestra doctrina, principalmente por la similitud de lengua y por la presencia de grandes juristas que han convivido en nuestros medios.

Malo Camacho, al referirse a Italia, concretamente a la Corte de Casación, refiere que desde 1900, ha fijado su orientación expresando: "Toca al juez distinguir en concreto, caso por caso, y según la particular naturaleza de los hechos". La Ley con la frase genérica, *principio de ejecución*, ha querido dejar al juez el poder de señalar en las diversas especies del hecho, el punto en el cual, según su apreciación, la acción dirigida a violar el

²⁶ Malo Camacho, op. cit. pp. 41-43.

derecho ha empezado a manifestar la intención del agente de violar el derecho. El mismo orden de ideas, finaliza el autor, fue seguido por el Reichsguericht, cuando se afirmó la imposibilidad de distinguir en abstracto los actos preparatorios del efectivo delito tentado, y dejó tal actividad en la apreciación del juez que debería de pronunciarse tomando en cuenta, en relación al caso concreto, la naturaleza del delito y la intención del legislador.

Como se aprecia del panorama anterior, el camino que ha tenido que recorrer el Instituto Penal de la tentativa del delito ha sido muy arduo y complicado, puesto que en la antigüedad, y específicamente en el Derecho Romano, no se logró aún distinguir el acto propio y característico de tentativa punible con respecto a los actos preparatorios y aún el mero pensamiento criminal. Lo cual evidenció la equiparación entre el delito consumado y aquellos actos exteriorizados que dejaban entrever una conducta maliciosa. Por ello, en el Derecho Romano no se aprecia aún desarrollo alguno de la figura del delito tentado, aunque no podemos negar en lo absoluto, que para la luminosa sabiduría de los Juristas Romanos era perfectamente claro el hecho que significaba *consumar* el delito y cuando éste sólo quedaba en intención, dicho lo cual fue observado siglos después con fino sentido analítico por los herederos del enorme legado jurídico-romano. No obstante, con el transcurrir de los años van apareciendo algunos elementos diferenciadores y constitutivos de la tentativa del delito, aunque claro, de manera aún muy difusa; más se empieza a estimar imponer sanciones con pena atenuada el hecho de la inconsumación del delito en contraposición con el delito consumado.

Es por ello, que la célebre máxima de Ulpiano: "***Cogitationis Poenam Nemo Patitur***", de que nadie debe sufrir pena por el solo pensamiento, junto con el controvertido "***comienzo de ejecución***" del Código Napoleónico de 1810 y la concepción del delito tentado del Código de la Carolina de 1532, constituyen su punto de partida en las modernas Legislaciones Penales de Europa, y *a posteriori* en las de América.

Tal es el desarrollo que ha tenido históricamente el delito tentado que aún en la actualidad no ha logrado unir criterios a su mejor comprensión y concepción en los diversos Códigos Penales, debido a su compleja naturaleza jurídica que le acompaña.

1.3. LA TENTATIVA EN LA LEGISLACIÓN PENAL MEXICANA.

En este punto haremos referencia de la tentativa del delito en el texto de las Leyes Penales Mexicanas; que al igual de los demás países latinoamericanos en el continente, han heredado la influencia de la doctrina y los cuerpos legales de los países que determinaron la conquista y la colonia, con algunas características ya propias del país, que se han ido acentuando conforme el mismo fue conformándose como nación independiente y soberana; y en ese sentido, a través de los grandes hombres reformistas e impulsores del cambio, nuestro Derecho Penal y, específicamente el delito tentado, ha adquirido una conceptualización más propia acorde a nuestra realidad jurídica.

Así, se hace necesario afrontar la problemática que implica la tentativa del delito, "el inicio de ejecución", principio ineludible en que debe basarse su punición; pues de lo contrario se puede incurrir en el error de castigar también a los actos preparatorios, independientemente de las tentativas que por sí mismas constituyan un determinado ilícito. Ya que a través de nuestra historia penal codificada ha prevalecido el criterio de la impunidad de los actos preparatorios, el cual nuestra Suprema Corte de Justicia se ha encargado de afirmar por medio de la jurisprudencia.

Es por ello que en el presente capítulo analizaremos la tentativa del delito en los diversos ordenamientos legales que han sido vigentes en su época. La evolución que han experimentado en sus textos acorde al pensamiento filosófico de cada época, comenzando por el Código Martínez de Castro de 1871; posteriormente con el de Almaráz de 1929; y por último en nuestro cuarto capítulo, con el vigente de 1931; tocando la serie de reformas que ha ido sufriendo dicha figura penal hasta nuestros días, de manera tal, que podamos apreciar los logros, avances y atrasos que en la materia se han dado al respecto.

De igual manera, resulta conveniente establecer el marco Constitucional de la tentativa, ya que sólo sobre dichos lineamientos se puede hablar de la legalidad y aplicabilidad de esta; puesto que precisamente de nuestra Carta Magna emanan las leyes y reglamentos que rigen las relaciones económicas, políticas, sociales y consecuentemente, de Derecho Penal. Facultad que en esta materia, es otorgada a cada entidad federativa, incluyendo al Distrito Federal, unidas por el pacto federal en materia de Fuero Común. Indudablemente, la legalidad de toda figura de carácter punitivo con todas las consecuencias que en dicha virtud trae aparejada su previsión, encuentra sustento y fundamento en una ley suprema, de la que emana su certera vigencia en el marco de la ley, cuando el legislador ha concebido ya, individualizarla en un tipo penal codificado.

1.3.1 EN EL CÓDIGO PENAL DE 1871.

También llamado Código Martínez de Castro, por ser el distinguido maestro el encargado de su formación y supervisión. Se distinguieron en dicho ordenamiento legal en su artículo 18, cuatro grados en los delitos intencionales sujetos a pena:

- I.- Conato
- II.- Delito intentado,
- III.- Delito frustrado, y
- IV.- Delito consumado.

Conforme a esta legislación el conato de delito consiste: "En ejecutar uno o más hechos encaminados directa e inmediatamente a la consumación del delito, pero sin llegar al acto que lo constituye" (artículo 19). El siguiente precepto establece el requisito necesario para punir la conducta ilícita al señalar: "Solamente cuando no se llega al acto de la consumación del delito por causas independientes de la voluntad del agente". Redacción que describe lo que conocemos nosotros como tentativa inacabada.

El artículo 21 exigía su vez, para castigar la acción en grado de conato, las siguientes disposiciones:

a) "Que los actos ejecutados den a conocer por sí solos o acompañados de algún indicio, cual era el delito que el reo tenía intención de perpetrar", y

b) "Que la pena que debería imponer por él, si se hubiese consumado, no baje de quince días de arresto o quince pesos de multa".

En el primer caso, se habla de la voluntad delictuosa del agente ligada a los actos ejecutivos o indicios del hecho, y en el segundo, se refiere a un elemento material de mínima sanción para que penalísticamente surja su punibilidad de haberse consumado el hecho descrito.

En el artículo 22, se aprecia el principio de presunción de inocencia al establecerse que el acusado, mientras no se pruebe lo contrario, se considera suspendió la ejecución espontáneamente, desistiendo de cometer el delito. Criterio distinto al apreciado en el Código Penal de 1931 (separado desde el 1o. de Octubre de 1999, el ámbito de aplicación Local del ámbito Federal), donde el agente debe probar el desistimiento del ilícito imputado.

El artículo 23 expresa que son actos preparatorios del delito, los que carecen de las circunstancias exigidas por los artículos 20 y 21, y por tanto no son punibles; y el artículo 24 reafirma lo anterior, con la salvedad que por sí mismos constituyan delito.

Al delito imposible le fue dado el nombre de "delito intentado", al señalar el artículo 25: "Es delito intentado el que llega hasta el último acto en que debía realizarse la consumación si ésta no se verifica por tratarse de un delito irrealizable por que es imposible, o porque son evidentemente inadecuados los medios que se emplean".

Finalmente el artículo 26 de la referida legislación de 1871, llamó "delito frustrado" como: "Aquél que llega hasta el último acto en que debió verificarse la consumación, si ésta no se verifica por causas extrañas a la voluntad del agente, diversas de las que se expresan al artículo que precede".

El maestro Ramón Palacios, hace una crítica de la citada legislación, en su exposición general sobre el tema, aludiendo que el legislador de 1871, trató de incriminar el acto preparatorio, siguiendo la dirección sintomática positivista, al crear el delito intentado junto al conato; y la postura del legislador Martínez de Castro, contenida en la exposición de motivos, cuando establece que debe castigarse "*el querer malo*" la perversidad del reo, olvidándose la antijuridicidad objetiva, sin acudir al presupuesto de la responsabilidad pues el legislador sanciona el síntoma, la perversidad que revela la intención de delinquir, por cuanto que proviene de un sujeto perverso.²⁷

Al respecto, el distinguido maestro Malo Camacho, opina de dicho ordenamiento legal, que: "Aún cuando intentó evitar el principio expreso del *inicio de ejecución*, no logró dejar de utilizar el concepto de la bipartición clásica de los actos que se observa a la base de su texto, no obstante lo cual, intentó variar el sistema para la delimitación de la tentativa punible bajo un criterio diverso de dirección y tiempo".²⁸ Señalando el insigne Jurista la concepción objetivista en torno a la palabra ejecución, recordando el binomio clásico de ejecución y preparación.

²⁷ Ramón Palacios, op. cit. pp. 144-145.

²⁸ Malo Camacho, op. cit. p. 46.

Por su parte el ilustre Juspensalista Mexicano Raúl Carrancá y Trujillo, expresó del citado ordenamiento, que: "Tuvo el acierto de haber creado un grado intermedio entre la tentativa inacabada y la acabada: El delito intentado; y de haber incluido en el nuevo grado el delito imposible como revelador de la temibilidad del mismo sujeto, llamando a ese grado con una denominación que lo hizo constituir un especie más de la tentativa: la que podría llamarse también tentativa imposible, notable creación del legislador de 1871".²⁹

Sobre el particular, nos permitimos hacer algunas observaciones en relación a las primeras tres figuras descritas en el artículo 19 de la citada legislación:

a).- El *conato*, es lo que conocemos como tentativa inacabada, es decir, ambas se caracterizan por la no consumación del hecho delictivo por causas ajenas de la voluntad del delincuente, a través de uno o mas actos ejecutivos, quedando subjetiva y objetivamente imperfecto el delito pretendido. Se alienta desde entonces el desistimiento de su comisión como se aprecia del texto del artículo 20.

Asimismo, se sustituye el criterio "*inicio de ejecución*", por el de "*dirección e inmediatez*" de los actos; de tal manera que dichos actos demuestren la intencionalidad ilícita del hecho y que sean punibles en razón a un mínimo de sanción exigido.

En cuanto a los *actos preparatorios*, se dice que son aquellos no ejecutivos. Concepto demasiado superficial que de ninguna manera aclara la naturaleza impune que estos encierran. No obstante, desde la previsión de nuestro primer Código punitivo queda claro que exclusivamente los actos ejecutivos de la conducta criminal deben ser castigados.

En general, en la prevención que se hace sobre el conato se evita aludir al principio del *inicio de ejecución* por un criterio diverso; que si bien, representa otra perspectiva de estudio; de ninguna manera mejora los textos que le sirvieron de fuente inmediata.

b).- El *delito intentado*, es caracterizado por la realización de todos los actos que debieron producir el resultado deseado, y su falta de consumación por ser un delito de imposible realización o por la idoneidad de los medios utilizados. Figura que representa la tendencia positivista del legislador, al tratar de incriminar una especie más del *iter criminis*

²⁹ Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano. México, Editorial Porrúa S.A., décimo sexta edición, 1988, p. 665.

que, en nuestra opinión, debe ser no punible; pues, objetivamente, carece de resultado material, y en ese sentido, del peligro corrido. Algunos autores, como Pavón Vasconcelos y Malo Camacho, entre otros, estiman que en relación a los medios, cuando estos son relativamente inidóneos, se debe castigar el delito imposible, como en el caso de quien suministra a su víctima, veneno en cantidad insuficiente o que debido a la constitución física de ésta, no se produce el resultado deseado. Discutible a nuestro entender, pues si bien, creemos que no existe duda alguna en sancionar la conducta del hecho en comento, por haber realizado el agente todo el proceso ejecutivo tendiente a la producción del resultado; pensamos que dicha hipótesis encuadrarla en forma más precisa en el delito frustrado o tentativa acabada, por virtud de que se ejecutaron todos los actos necesarios para la producción del delito, que, sin embargo, no se consuma por causas ajenas a la voluntad del sujeto, ya que este se encontraba en la creencia de haber hecho lo necesario para conseguir su finalidad.

c).- El *delito frustrado*, como se observa, es contemplado subjetivamente perfecto o completo y objetivamente imperfecto, previsto en forma individual y en oposición del señalado en el inciso anterior, figuras ambas, que sería excluidas del ordenamiento legal que precedió al Código Penal de 1871.

1.3.2. EN EL CÓDIGO PENAL DE 1929.

Este Ordenamiento Penal también llamado y conocido como Código de Almaráz, en su artículo 10, distingue dos grados en los delitos intencionales:

- a) El delito consumado, y
- b) La tentativa o conato.

En el artículo 21 de dicha legislación, se define el delito consumado como : "El acto pleno para la práctica de todos los medios de ejecución según el tipo legal establecido para cada una de sus especies, en el Libro Tercero de este Código".

El artículo 22, describe a la tentativa punible al señalar: "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 sean propio y espontáneo desistimiento".

Por su parte, en el dispositivo 23, encontramos similitud con el texto relativo de su antecesor, al establecer que los actos ejecutados revelen la intencionalidad delictiva aunada al mínimo de temporalidad exigida en la aplicación de la sanción.

Acertada observación de los subsecuentes numerales nos ofrece el notable jurista Pavón Vasconcelos, quien textualmente refiere de ello: "Excelentes en su texto, aunque innecesarios e inconvenientes a nuestro juicio, los artículos 24 y 25. El primero por cuanto declara impune el desistimiento, *si no fuere impuesto por circunstancias diversas y si nació de un arrepentimiento en el deseo, más bien que de apreciado error en el cálculo, supuesto que su impunidad -acota el distinguido Penalista- va implícita en el concepto mismo del conato, excluyendo las circunstancias ajenas a la libre voluntad del autor por no formar parte de éstas del propio y espontáneo desistimiento.* El segundo, por imponer la obligación de la prueba a quien le beneficie, cuando lo lógico es que la pretensión de su inexistencia, al hacer surgir la figura del conato, deba correr a cargo del Órgano encargado de la Acusación".³⁰

³⁰ Pavón Vasconcelos, op. cit. 145.

Los artículos 26 y 27, demuestran la clara tendencia positivista del anotado Ordenamiento Penal; pues por una parte, se faculta al juzgador de exigir al agente, de medidas extraordinarias, cuando se trata de *tentativa impune por desistimiento*, tales como caución de no ofender o someter al agente a la vigilancia de la policía o confinamiento, cuando se trate de sujetos de máxima temibilidad. Por otra parte, se determina que si el autor de una *tentativa frustrada por arrepentimiento*, incurre posteriormente y dentro de un plazo de cinco años, en nueva tentativa, sea desistida, suspendida, fallida o consumada, además de la sanción que a ésta última deba imponerse, se observará la que hubiera correspondido también a la primera.

Por último, el artículo 28, determina que los actos ejecutados en grado de tentativa que por sí mismos constituyan un delito de los especificados en el Libro Tercero del mismo Código, deberá aplicarse la sanción que en dicha virtud le corresponda por ello.

De la citada legislación de 1929, se observa con respecto a la tentativa del delito la adopción de la fórmula del "*inicio de ejecución*", lo que en principio nos parece atinado por virtud de que supera al texto anterior, en razón de que dicha fórmula representa, sin duda, la separación entre actos preparatorios y los ejecutivos del delito tentado; puesto que donde terminan los primeros, comienzan los segundos, con sus caracteres genéricos de tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad. No obstante lo anterior, dicho Código Penal adoleció de muchas deficiencias y contradicciones substanciales en materia de tentativa y en sí, en toda su normatividad, lo cual le valió que fuera sustituido por su predecesor de 1931.

En ese contexto, el delito intentado y el delito frustrado dejan de tener previsión legal en el nuevo texto del Código Penal de 1929, lo cual resulta paradójico por el perfil positivista del citado ordenamiento; sin embargo, por lo que respecta al primer caso, su ausencia nos parece correcta, pues como lo mencionamos con anterioridad, no se debe castigar la subjetividad del hecho criminal, sin que exista previamente y se tome en consideración la objetividad del mismo, que implique un resultado material o de peligro corrido en el mundo fáctico del Derecho Penal. Por lo que respecta al delito frustrado, resulta claro que en este caso el agente al realizar todos los actos que debieron producir el resultado deseado y si este no se consuma por causas ajenas a su voluntad, comete una tentativa punible, que contrariamente a nuestra posición sobre el delito intentado o mejor llamado "imposible", nos parece desacertada la ausencia del acotado primeramente, por virtud de su evidente contrariedad con las normas legales en que se inspiró dicha legislación.

Asimismo, se siguen sobre el particular algunos criterios anteriores y en forma individual, tales como: la univocidad y el mínimo de sanción para los actos delictivos realizados, la impunidad del desistimiento y el arrepentimiento, innecesario ello en virtud de los términos en que se encuentra expresado el texto que describe la tentativa punible. De la misma manera, es impuesto o sigue vigente el criterio de la obligación de acreditar el

desistimiento a la persona que pueda beneficiarle, lo cual y a nuestro parecer es discutible, pues si existe en un caso determinado, desistimiento o arrepentimiento de continuar con el propósito criminal inicialmente puesto en marcha, no existe conducta delictiva si la inconsumación del delito se debe a causas propias a la voluntad del agente, y en todo caso quien debiera probar lo contrario es el Órgano encargado de la Acusación.

Por último, cabe hacer mención a las facultades de que goza el juzgador en la citada legislación, de tomar determinadas medidas represivas en contra del agente del delito tentado, cuando se trate de tentativa impune por desistimiento, tomando en consideración para ello, la temibilidad como elemento condicionante.

Por otro lado, se considera que si una persona reincidiera dentro de un plazo de cinco años, en tentativa frustrada por arrepentimiento en nueva tentativa punible, además de la sanción aplicable a ésta, será tomada en consideración la que le hubiere correspondido a la primera; lo cual resulta paradójico si tomamos en consideración que el nuevo Código se excluye la tentativa frustrada, es decir, resulta manifiesta su falta de previsión como uno de los grados de los delitos intencionales, que no obstante, es tomado en cuenta para aplicar sanciones mayores.

No obstante las anteriores precisiones, nos parece que la descripción que el legislador realiza sobre la definición de la tentativa punible supera por mucho a su similar de 1871, al contemplar elementos esenciales de su estructura jurídica, tales como el inicio de ejecución y la idoneidad de los actos ejecutados en el hecho criminal inconsumado.

I.4. MARCO CONSTITUCIONAL DE LA TENTATIVA.

En este punto haremos referencia a la fuente principal, no solo de la tentativa del delito, sino de la Legislación Penal en general, dimanante de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de cuyos preceptos supremos correspondientes se desprende el expreso mandamiento de creación de nuestra Legislación Penal.

Nos parece conveniente sobre el particular, partir de lo general en la creación de la ley, ubicando en ese sentido a los órganos productores de la misma, precisando dentro del texto Constitucional a la figura legal que nos ocupa. Ley, que en sentido formal y en voz del ilustre Jurista Español Don Luis Jiménez de Asúa: "Es la manifestación de la voluntad colectiva, expresada mediante los órganos constitucionales, y publicada conforme a los preceptos vigentes".³¹ Y si de materia penal se trata, debemos añadir que en ella se definen delitos y se establecen penas o medidas de seguridad, específicamente descritas en el Código Penal.

Así, la Constitución Política, cuya vertiente en materia penal ha de desembocar dando forma, estructura y organización a la Ley Penal; encuentra acomodo primeramente bajo la tutela de los artículos 39, 40 y 41, donde se establecen las bases legales para que el Estado Mexicano sea erigido al brindarse el pueblo a través de su voluntad plasmada en una forma de gobierno, cuya operancia deberá tener absoluta vigencia en el territorio del país.

Siendo el pueblo de México el titular de la Soberanía Nacional, su voluntad se consagra en la Constitución, y en ella se establece: En la parte dogmática, los derechos que le son inherentes, pues sobre ellos no ha habido delegación, y; en la parte orgánica, se señala la forma de gobierno que nos ha de regir, así como los órganos del Estado que lo integran, las atribuciones que en virtud de ello le son asequibles para cumplir cabalmente con su función pública, que son, dicho de otra manera, la renuncia a esos derechos que originalmente pertenecen al pueblo.

Dentro de ese marco de referencia, el poder público en su origen es único. Conformado con la facultad que otorga el pueblo soberano a las autoridades para que cumplan con su mandato; entendido como la forma de gobierno que se ha dictado, significando ello una

³¹ Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal. Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., tomo II, segunda edición, 1964, p. 286.

renuncia, una delegación y menoscabo de derechos de los gobernados en favor de los gobernantes.

Así, el régimen de Gobierno Democrático, Representativo, Republicano y Federal, se divide en el Gobierno Federal y el Gobierno de las Entidades Federativas, incluyendo el Gobierno del Distrito Federal como parte del primero.

El Gobierno Federal, al igual que el de los Estados Federativos, tiene tres tipos de poder mediante los cuales se ejerce el poder público. De tal manera, el artículo 49 de la Constitución, dispone que los poderes de los gobiernos de la República son: Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judicial. Y en su párrafo final preceptúa que no podrán reunirse dos o más de los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, en un solo individuo, salvo el caso de facultades extraordinarias al Ejecutivo de la Unión, conforme a lo dispuesto en el artículo 29 del cuerpo legal citado. Y en ningún otro caso, salvo lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 131, se otorgarán facultades extraordinarias para legislar.

Con respecto a dicha disposición Constitucional, el reconocido Penalista Mexicano Ramón Palacios, citado por el notable maestro Celestino Porte Petit, expresa su examen sobre la Constitucionalidad del Código Penal vigente, expedido el 13 de Agosto de 1931, en uso de facultades extraordinarias otorgadas por decreto del 2 de Enero de 1931, al entonces titular del Ejecutivo, sosteniendo el autor en cita, su opinión en el sentido siguiente: "Toda esta legislación es absolutamente inconstitucional, porque faltando la declaración de estado de guerra, invasión, etc., con aprobación por el Congreso y la suspensión de garantías, y el estado real de anomalía del país, faltan los presupuestos del artículo 29 Constitucional, y la delegación de facultades no puede cobijarse en la teoría de la colaboración, porque tampoco es ilícito que el Poder Judicial sea investido verbigracia de poderes ejecutivos o de poderes políticos, como el de calificar elecciones, a pretextos de autorizaciones".³²

En ese contexto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sustentado lo siguiente: "Para que una disposición dictada por el poder público tenga carácter de ley, se necesita no solamente que sea de naturaleza general, abstracta, imperativa y permanente, sino que, además, emane del órgano constitucionalmente facultado para legislar, ya que en nuestro sistema de gobierno se ha otorgado exclusivamente al Poder Legislativo la facultad de legislar; está prohibido delegar esa facultad en otros poderes y enfáticamente está prohibida la concesión al ejecutivo, de facultades extraordinarias para legislar, salvo casos graves y

³² Porte Petit Candaup, Celestino. Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal. México, Editorial Porrúa, S.A., décimo cuarta edición, 1991, pp. 95-96.

excepcionales señalados expresamente. En consecuencia, la autoridad formal de una disposición, es requisito forzoso para que tenga el carácter de ley".³³

A su vez el artículo 29 Constitucional establece que en los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública o cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, únicamente el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, en acuerdo con los titulares de las Secretarías de Estado, de los Departamentos Administrativos y la Procuraduría General de la República y con aprobación del Congreso, en los recesos de éste, de la Comisión Permanente, podrá suspender en todo el país o en lugar determinado las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación; pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, por medio de las prevenciones generales y sin que la suspensión se contraiga a determinada individuo. Si la suspensión tuviese lugar hallándose el Congreso reunido, éste concederá las autorizaciones que estime necesarias para que el Ejecutivo haga frente a la situación, pero si se verificase en tiempo de receso, se convocará sin demora al Congreso para que las acuerde.

En ese orden de ideas, establecido el marco de referencia del poder público, y siendo el Legislativo, el de nuestro mayor interés, la Constitución en su artículo 71, señala que el derecho de iniciar leyes o decretos compete:

- I.- Al Presidente de la República;
- II.- A los Diputados y Senadores al Congreso de la Unión, y
- III.- A las Legislaturas de los Estados.

El artículo 72 Constitucional, dispone de las formalidades del procedimiento que reviste la creación de las leyes, al establecer: "Todo proyecto de ley o decreto, cuya resolución no sea exclusiva de alguna de las Cámaras, se discutirá sucesivamente en ambas, observándose el reglamento de debates sobre la forma, intervalos y modo de proceder en las discusiones y votaciones ..."

Se establece asimismo que al ser aprobado un proyecto en la Cámara de su origen, pasará para su discusión a la otra. Y si esta lo aprobare, entonces la remitirá al Ejecutivo, quien, si no tuviese observaciones que hacer la publicará inmediatamente.

³³ Semanario Judicial de la Federación, CXIX, Quinta Época, pp. 3278-3279.

De esa manera, se entenderá como aprobado todo proyecto que no sea devuelto con observaciones a la Cámara de su origen, dentro de un término de diez días hábiles; hecha excepción que corriendo dicho plazo, el Congreso hubiese cerrado o suspendido sesiones; en caso de que el proyecto de ley o decreto fuere desechado en todo o en parte por el Ejecutivo, será devuelto, sujetándose al procedimiento que el referido precepto señala.

El artículo 73 de la Constitución, a su vez, en su fracción XXI, otorga facultades al Congreso para definir los delitos y faltas contra la Federación, y fija los castigos que por ellos deban imponerse. Mientras, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal está facultada, en términos de lo descrito en el artículo 122 Constitucional, para legislar en materia penal.

Anteriormente y hasta antes de ser derogada la fracción IV del artículo 73 de nuestra Carta Magna (publicado en el Diario Oficial de la Federación el 22 de Agosto de 1996), el Congreso de la Unión estaba facultado para legislar en el Distrito Federal, así como en Territorios Federales; sin embargo, por lo que respecta al primero, ha adquirido una connotación especial y distinta, propia a su carácter local en sus diversos ámbitos de gobierno, es decir, en el Ejecutivo, Legislativo y Judicial.

En ese contexto, primeramente el artículo 44 Constitucional, nos indica textualmente: "La Ciudad de México es el Distrito Federal, sede de los poderes de la Unión y Capital de los Estados Unidos Mexicanos. Se compondrá del territorio que actualmente tiene y en el caso de que los poderes Federales se trasladen a otro lugar, se erigirá en el Estado del Valle de México con los límites y extensión que le asigne el Congreso General".

Definida la naturaleza jurídica del Distrito Federal, nos expresa el artículo 122 relativo de la Constitución Política General: "Su gobierno está a cargo de los poderes Federales y de los órganos Ejecutivo, Legislativo y Judicial de carácter local, en los términos de este artículo". Entendiéndose por autoridades locales del Distrito Federal, la Asamblea Legislativa, el Jefe de Gobierno del Distrito Federal y el Tribunal Superior de Justicia. Se comprenden, por ende, las atribuciones, facultades y obligaciones que dentro del marco Constitucional indicado, deben observar dichas autoridades, así como el Congreso de la Unión.

En el sentido expuesto, la Asamblea legislativa está facultada para legislar en materia penal en el Distrito Federal, acorde a lo dispuesto en el precepto citado, apartado C, Base Primera, fracción V, inciso h). Referente al Estatuto de Gobierno del Distrito Federal que rige dentro de su demarcación territorial, y sujeto a las bases legales ahí consignadas.

Evidentemente en la creación de las leyes y decretos debe seguirse la formalidad exigida dentro del marco Constitucional relativo, y por virtud de ello, corresponde al Poder Ejecutivo local, representado por el Jefe de Gobierno del Distrito Federal, publicar y dar observancia dentro de los causes legales correspondientes a estas leyes o decretos que hayan sido debidamente substanciados para dicho fin. Ello, atendiendo igualmente lo dispuesto en el artículo 122, apartado C, Base Segunda, fracción segunda, inciso b), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; así como lo que indique sobre el particular el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal.

Lo anterior es representativo en sí de la creación de la Ley Penal dentro del ámbito local para el Distrito Federal, separándolo indefectiblemente del Código Penal Federal, cuya ambivalencia comprendía anteriormente a las disposiciones *a priori* existentes, pero que debido a estas modificaciones Constitucionales, siguió su propio cause legal penalístico.

En consecuencia, de las disposiciones Constitucionales antes citadas, se desprenden las bases legales para la creación de la Legislación Penal y de la concepción en sí del delito, que a su vez resulta principio básico y fundamental para poder establecer el concepto y definición de la tentativa del delito, desde el punto de vista de la perfección del delito. Su concepción es siempre derivada, porque, aún dándole toda la amplitud de que es susceptible, es decir, haciéndola comprender la frustración, la tentativa no es más que un delito que no llega a consumarse, opina Jiménez de Asúa.³⁴ Es verdad que la tentativa depende del delito consumado o norma principal para su debida configuración estructural, y que es un delito que implica inconsumación del resultado; más ello no es razón suficiente para estimar que el delito tentado carece de objetividad jurídica y autonomía propia, como podremos apreciar en el capítulo siguiente; no obstante, nos parece adecuado fijar nuestra posición sobre el particular desde este momento.

Así, entendemos que la "Ley" es fuente inmediata del Derecho Penal por virtud de los principios conocidos como de "Reserva", de "Legalidad", de "Positividad" o de "Concentración Legislativa", diferenciándose en ese sentido de las fuentes del Derecho Civil.

La Ley Penal es fuente del Derecho Penal por virtud del mandato Constitucional que consagra el artículo 14, en sus párrafos segundo y tercero, los cuales señalan respectivamente: a) "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

³⁴ Jiménez de Asúa, Luis. La Ley y el Delito. Buenos Aires, Editorial Sudamericana, novena edición, 1979, p. 458.

a las leyes expedidas con anterioridad al hecho"; y, b) "en los juicios del 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 trata". Mientras que los artículos 7o. párrafo primero, tanto del Código Penal Federal, así como el vigente para el Distrito Federal, nos definen que: "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales".

También entre las fuentes inmediatas del Derecho Penal encontramos a los tratados internacionales, en virtud de que así lo señala el artículo 133 de nuestra Carta Magna, al establecer: "Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado, se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados".

En esta perspectiva, estima Porte Petit, las leyes penales especiales son también fuente inmediata del Derecho Penal, en virtud de su propia naturaleza basada en la exigencia de: "requisitos o cualidades personales"; a la "Índole de las relaciones jurídicas"; o a la "Índole de la materia". Y que son definidas como: "Aquella legislación que regula una materia penal de carácter especial, o bien, las normas penales que formando parte de ordenamientos de índole no penal, reglamentan igualmente materias penales particulares".³⁵

Sobre el particular la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sustentado lo siguiente: "Las leyes penales, no se circunscriben al contenido del Código de la materia, sino que hay muchas disposiciones de carácter específico, dispersas en la Codificación General que, por su naturaleza o por la calidad de los infractores o por su objeto, no pueden ser incluidas en una ley general, sino en disposiciones especiales, debiendo agregarse que así lo reconoce el artículo 6o. del Código Penal Federal, que expresa que cuando se cometa un delito no previsto en dicho Código, pero sí en una ley especial, se aplicará ésta, observando las disposiciones conducentes del citado Código Penal".³⁶

Por su parte, el artículo 6o. del Código Penal Federal, al referirse a la ley especial, establece: "Cuando se cometa un delito no previsto en este Código, pero sí en una ley especial o en un tratado internacional de observancia obligatoria en México, se aplicarán éstos, tomando en cuenta las disposiciones del libro primero del presente Código y, en su caso, las conducentes del libro segundo. Cuando una misma materia aparezca regulada por diversas disposiciones, la especial prevalecerá sobre la general".

³⁵ Porte Petit, op. cit. 95.

³⁶ Semanario Judicial de la Federación, XII, Sexta Época, Segunda Parte, p. 69.

Resulta indudable, en opinión nuestra, que dichas fuentes del Derecho Penal, al ser manantial que llena e integra con su esencia a éste, conforman a su vez la estructura y forma del delito en sí, el cual, y como antes lo mencionamos, es principio básico y fundamental para establecer técnicamente el concepto y definición de la tentativa del delito y, consecuentemente, esencia de la misma y de sus fuentes.

Por otro lado, de la lectura y contenido de los artículos 13, 14, 16, 18, 19, 20, 21 y 22, de la Carta Fundamental de la República, así como del 7o. del Código Penal Federal, se originan determinados "dogmas", "aforismos", "garantías", "teoremas" y "reglas máximas" que determinan la exclusividad de la Ley Penal como fuente inmediata del Derecho.

Dichos "dogmas" o "máximas penales", como apunta Porte Petit,³⁷ son llamados también "artículos de la fe penal", correlativos al "principio de reserva", "garantía de la pena y de las medidas de seguridad", "garantía del proceso", "garantía ejecutiva" y, finalmente, "garantía de igualdad ante la ley penal". Aunque algunos otros autores se refieren a dichos "dogmas" como: "de la personalidad de las penas", "de la decisión favorable", de la "interpretación favorable" y de la "presunción de la inocencia".

Los artículos 14 y 16 Constitucionales, consagran la garantía del delito o crimen, principio de estricta legalidad, de reserva, de positividad o de concentración legislativa; al disponer que todo acto de molestia y de privación a los derechos de las personas, para ser lícito en sus efectos, requiere encontrarse en una ley previamente establecida, que determine cuando una conducta o hecho constituya un delito, evitándose, en consecuencia, toda arbitrariedad en contrario por parte del poder público, y por virtud del principio jurídico universal que señala: **"No hay delito sin ley, ni pena sin ley"**.

Este llamado "principio de reserva" tiene su fundamento como se ha mencionado, en el artículo 14 Constitucional, párrafo segundo, que establece: "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". Mientras que: "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales", según dispone el primer párrafo del artículo 7o. del Código Penal Federal.

La garantía de la pena y de las medidas de seguridad, se encuentra expresada en el párrafo tercero del artículo 14 de la Constitución, que reza: "En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena

³⁷ ibidem. pp. 97-98.

alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata". Lo que significa que en todo juicio de carácter penal el juzgador, para imponer alguna pena, debe sujetar su resolución al catálogo que al efecto contempla la Ley Penal.

La garantía del proceso, se desprende de lo descrito en el párrafo segundo del citado artículo 14 de la Constitución General de la República, al expresar: "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 ..."

La garantía ejecutiva, se deriva de lo dispuesto en el artículo 18 Constitucional, al determinar en éste la forma y modalidades en que debe darse cumplimiento a la pena o medida de seguridad, con estricto apego a los preceptos relativos de la ley respectiva.

Del artículo 13, parte inicial, de la Constitución, se deriva la garantía jurisdiccional o de igualdad ante la ley penal, al disponer: "Nadie puede ser juzgado por leyes privativas, ni por tribunales especiales".

De todo lo expuesto debemos concluir que: La figura legal de la tentativa del delito encuentra sustento y apoyo en el marco jurídico de la Constitución; primeramente, de la estimación que como tal, es facultad expresa del legislador por ordenamiento y disposición del artículo 73, fracción XXI (con las salvedades sobre el particular); así como de lo descrito en los párrafos segundo y tercero del artículo 14 del cuerpo legal de referencia. Por virtud de lo cual se hace patente la exigencia Constitucional de que todo acto, conducta o hecho considerado delictivo, debe estar tipificado como "delito" y debe encontrarse previsto en una ley, exactamente aplicable al caso de que se trate; y en ese sentido, el artículo 12 del Código Penal Federal, así como el relativo del Código Penal para el Distrito Federal, determinan: "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".

Cabe mencionarse que la concepción del delito tentado que nos ofrece el artículo 12 citado, tanto en el ámbito Federal como Local, caracterizado por la inconsumación del resultado, en esencia, parte de la conceptualización que se tiene del delito en sí, cuya descripción legal se encuentra prevista en el párrafo primero del artículo 7o. del Código Penal Federal, así como del relativo para el Distrito Federal, al expresar: "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales". Y en dicha virtud, la tentativa del delito es estimada y sancionada por nuestras Leyes Penales.

CAPITULO SEGUNDO

CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA TENTATIVA

2.1. NATURALEZA JURIDICA DE LA TENTATIVA

2.2. EL FUNDAMENTO DE LA TENTATIVA

2.3. LA PUNIBILIDAD DE LA TENTATIVA

2.4. LA TENTATIVA IMPUNE

2.4.1. EL DESISTIMIENTO

2.4.2. EL ARREPENTIMIENTO EFICAZ

2.1. NATURALEZA JURÍDICA DE LA TENTATIVA.

Toda figura legal a la luz del Derecho Penal liberal debe, sin duda alguna, encontrar su vigencia en el marco de la Ley. Como riachuelo impetuoso que, habriéndose paso entre las veredas de la razón consigue, finalmente, penetrar los intrincados mares de la justicia y pasar a formar parte de su oceánica grandeza. Así ha sido la vida lenta y fatigosa que ha experimentado el Instituto Penal de la tentativa, desde su origen observado en la ciencia jurídica medioeval de Italia, hasta nuestros días, en que persiste la discusión sobre la naturaleza jurídica de la tentativa del delito.

En ese contexto ha sido estudiada la previsión de la tentativa en los Códigos y Legislaciones de diversos países, pues de no ser así, se corre el riesgo de que toda la actividad ejecutiva tendiente a la criminalidad no podría ser castigada. Lo cual, desde cualquier óptica razonable, sería inexplicable y absurdo. Por lo que en dicha virtud hácese necesaria la previsión de la tentativa en la ley.

Sobre dicho particular, con su acostumbrada claridad expositiva Ramón Palacios³⁸ expone las siguientes consideraciones:

a) La tentativa requiere, dentro del sistema expuesto por el Derecho Penal liberal, "una norma específica que prevea esa actividad, para poder ser incriminada";

b) La tentativa representa una norma accesoria que sólo cobra vida al contacto con la norma principal, de la que es un grado menor que no tiene vida por sí, en virtud de ser "el fruto de la combinación de dos normas incriminadoras; una principal y otra secundaria", que dan vida a un nuevo título del delito; y

c) En atención a los lineamientos de nuestro régimen jurídico-penal y dados los términos en que están expresados los preceptos supremos 14 y 16 de la Carta Fundamental de la República, la tentativa, para poder ser incriminada debe, por consiguiente, recibir previsión legal.

Hace referencia el citado penalista, de verdaderas tentativas que han sido elevadas a la categoría de delitos *per se*, por el legislador.

³⁸ Palacios, J. Ramón. Tentativa. México, Editado por la UNAM, primera edición, 1951, pp. 29-30.

Hechas tales precisiones resulta indudable, como antes anotara Jiménez de Asúa, que todo concepto que se pretenda ofrecer de la tentativa ha de ser en función del delito perfecto o consumado. Ya Carrara, el célebre maestro de Pisa, al exponer su teoría de los grados en la fuerza física del delito, consideró a la tentativa como un delito segregado en su fuerza física y por ende, imperfecto, ya por haber quedado imperfecta la acción (tentativa inacabada o conato) o bien, porque aunque la acción fuera perfecta, no se logró, señala, a causa de un imprevisto impedimento al propósito delictivo del autor (tentativa acabada o frustración); en virtud de la distinción romana entre *flagitium perfectum* y *flagitium imperfectum*.³⁹

Ilustres tratadistas como Edmundo Mezger, han considerado a la tentativa como una causa de ampliación de la pena, el decir del citado Penalista Alemán, y por virtud de que el parágrafo 43 del Código Penal Alemán representa, en atención a sus fundamentos legislativos, "una extensión de la pena de la realización típica total, al simple **peligro** de una tal realización, esto es, de la lesión del bien jurídico a su puesta en peligro".⁴⁰ Existiendo en dicha virtud, señala el referido autor, una amplificación al carácter delictivo de los hechos tipificados en la parte especial de los Códigos, estableciéndose una especial tipicidad ubicada más allá del círculo del delito consumado.

Pavón Vasconcelos,⁴¹ citando a Bettiol y Vannini, pone de relieve que de no existir la norma de tentativa del delito sería imposible sancionar conductas que, bajo el signo de la ilicitud no llegaran a su consumación.

De esa manera, existen dos criterios distintos en la doctrina sobre la tentativa del delito: Uno, que establece que la tentativa es un delito incompleto; y en segundo, que estima al delito tentado como un tipo independiente y con autonomía propia.

De entre los autores que niegan autonomía a la tentativa del delito se encuentra lo expuesto por Bricchetti, para quien la tentativa es solamente disminución cuantitativa del relativo delito consumado, del cual es, según su apreciación, una relativa cantidad de punición

³⁹ Carrara, Francesco. Programa de Derecho Penal. Bogotá-Colombia, Editorial Temis, S.A., volumen I, reimpresión, (traducción de José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero), 1988, pp. 237, 238 y 239.

⁴⁰ Mezger, Edmundo. Tratado de Derecho Penal II. Madrid, Revista de Derecho Privado, segunda edición, (traducido por José Arturo Rodríguez Muñoz), 1946, p. 247.

⁴¹ Pavón Vasconcelos, Francisco. Breve Ensayo Sobre la Tentativa. México, Editorial Porrúa, S.A., cuarta edición, 1989, pp. 30-31.

derivada de este último.⁴² A conclusión semejante arriba Eugenio Raúl Zaffaroni, quien refiere que en la tentativa no se dan todos los caracteres típicos (del delito), porque la conducta, señala, se detiene en la etapa ejecutiva, o bien, porque no se produce el resultado.⁴³ Considerando dicho autor a la tentativa como un dispositivo amplificador de la tipicidad penal.

Tal consideración de la figura en estudio es estimada también por Jiménez Huerta, para quien además, es fundamentador de la punibilidad de ciertos actos que de no ser así, quedarían impunes por su atipicidad. Negándole, en dicho sentido, autonomía a la tentativa, por virtud a su carácter accesorio y rango penal que, afirma el ilustre Penalista, ontológica y teleológicamente sólo entra en función cuando se conecta con un tipo específico.⁴⁴ Criterio que es también aceptado por otro insigne Penalista como Porte Petit, para quien la tentativa "es una extensión de la norma principal", así considerada.⁴⁵

La tesis contraria es seguida y adoptada, entre otros, por Massari, quien pone de manifiesto la inexactitud de poner en un mismo plano material tentativa y consumación, al hacer notar que si bien, en ambos supuestos la intención delictiva tiene idéntico fin, también resulta notable que el resultado en cada caso es independiente pero eficaz, por cuanto en uno existe la lesión (consumación), y en el otro (tentativa), se localiza el potencial de daño o peligro existente.⁴⁶ Tal postura es defendida por Vannini y Scarano, haciendo notar éste último la autonomía específica que tiene la tentativa del delito, vista desde el ángulo normativo que la prevé; rechazando en consecuencia, que sea ésta un fragmento del delito consumado.

Así, Malo Camacho citando a la Corte de Casación Italiana, pone en claro la reconocida autonomía que tan distinguida Institución hace de la tentativa del delito, al establecer que dicha figura legal es un delito por sí mismo, jurídicamente diverso del ilícito consumado, y que la razón de su punibilidad se encuentra en función de la violación a la norma penal a que va dirigida, por lo cual, afirmase, en el delito tentado no va insito el carácter de delito de peligro, sino, según los casos resueltos producidos.

Siguiendo esa misma postura se conduce Petrocelli, quien estima que el delito tentativo integra una figura perfecta del delito, entendiéndose como tal, el concepto de

⁴² Malo Camacho, Gustavo. Tentativa del Delito. México, Editado por la UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, primera edición, 1971, p. 7.

⁴³ Zaffaroni, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal. México, Cárdenas Editor y Distribuidor, segunda reimpresión, 1994, p. 640.

⁴⁴ Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano. México, Editorial Porrúa, S.A., tomo 1, primera edición, 1972, p. 226.

⁴⁵ Porte Petit Candaudap, Celestino. Programa de Derecho Penal. México, Editorial Trillas, tercera edición, 1990, p. 751

⁴⁶ Malo Camacho, op. cit. p. 6.

⁴⁷ ibidem. pp. 7-8.

perfección en su asepción clásica por cuanto significa: "terminar", "cumplir". Considerando su perfección bajo el entendido de haber llegado a su meta, expresando que sólo es válido denominarlo imperfecto, cuando dicha afirmación venga sostenida en relación a la particular característica del delito consumado.⁴⁸

Bettio, citado por Pavón Vasconcelos, sostiene igualmente el mismo criterio de la autonomía de la tentativa, al hacer la atinada observación de que el delito tentado en lo que se refiere a su estructura, es perfecto en sí, toda vez que éste presenta todos los elementos indispensables que requiere un delito: El hecho típico, la antijuridicidad y la culpabilidad. Hace notar el citado Jurista Italiano, la distinción con el delito consumado en razón a la objetividad jurídica del delito tentativo, en el cual, estima finalmente, no existe lesión efectiva al bien jurídico, sino solo peligro de lesión.⁴⁹ Apoyando esta tesis Antolisei considera a la tentativa, como el resultado de la combinación de dos normas: Una principal, y otra accesoria, que dan vida a un nuevo título del delito de carácter autónomo.

Entre otros notables Penalistas Mexicanos que se adhieren a la postura de referencia, Pavón Vasconcelos⁵⁰ estima la autonomía de la tentativa en virtud de la inconveniencia de relacionarla con el delito consumado, pues, advierte, de inmediato surge el contraste entre ambas normas, y que ciertamente le da a la tentativa una naturaleza imperfecta y subordinada. Más la tentativa constituye un delito perfecto, afirma certeramente el autor, pues considerada en sí misma, es una figura con caracteres propios y punible; que tiene objetividad propia, actividad típica singular, y una sanción específica.

En esta tesitura, Malo Camacho pone en consideración la autonomía de la tentativa en razón de su perfección como norma, en cuanto está compuesta de precepto y sanción, así como de contener un fin propio, no obstante que el objeto jurídico sea el mismo que en la consumación. Hace notar asimismo el insigne Juspenalista, que la particular forma de otorgar protección es precisamente lo que le da tal razón; esto es, evitar el peligro derivado de una acción criminal que de consumarse, produciría un resultado dañoso o peligroso. Aunque, no se puede dejar de observar el carácter accesorio, secundario y extensivo de la tentativa del delito.⁵¹

A tan sólidos argumentos que defienden la postura de la autonomía del delito tentado, solo podemos señalar que nos inclinamos por este criterio doctrinal, cuestión que se advierte en el desarrollo del presente estudio; en virtud de que consideramos que no obstante, y ciertamente que la tentativa tiene el carácter accesorio y secundario en comparación con la

⁴⁸ *ibíd.* pp. 8-9.

⁴⁹ Pavón Vasconcelos, *op. cit.* p. 31.

⁵⁰ *ibídem.* p. 32.

⁵¹ Malo Camacho, *op. cit.* pp. 8-9.

norma principal o delito consumado; ello no es obstáculo suficiente ni certero para desestimar la objetividad propia, característica e inherente al delito tentado, pues sus caracteres típicos, de antijuridicidad, culpabilidad y de punibilidad son los mismos que la ley penal contempla para el delito, llámese éste consumado o tentativa. Puesto que en ambos casos se viola un precepto penal y se contrarían las normas de Derecho, con la salvedad de que en el primero existe un resultado material; mientras que en la segunda se ha puesto en efectivo peligro el bien jurídico protegido; más también en ambos supuestos existe efectiva transgresión a las normas de Derecho, sin que en dicha virtud sea prudente considerar que tanto se violó éste para efecto de estimar si se trata de un delito autónomo o accesorio, pues tal distinción es inexistente en el Código Penal para el Distrito Federal, de acuerdo con el artículo 7o. párrafo inicial, que textualmente señala: *"Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales"*. Además, tentativa y consumación, tienen una punibilidad propia acorde a cada supuesto, por lo que nos parece no es dable entrar en comparación entre ambas especies del delito, ya que ahí si resulta evidente el contraste naturalístico pero inadecuado para distinguir la naturaleza jurídica del delito tentado.

Finalmente, y para concluir con el punto en estudio nos parece acertada y contundente la exposición brillante que plasma el ilustre Jurista Mexicano Ramón Palacios; quien comienza por hacer notar que en relación al concepto de perfección utilizado con referencia a la tentativa y consumación, puede tal concepto ser entendido desde un punto de vista natural y jurídico; precisando el autor su claro razonamiento en la forma siguiente: "Bajo el primero es obvio que la consumación es perfección, por corresponder al acto humano de voluntad con la lesión completa del bien contemplado en el precepto tipificador, y que la tentativa es imperfección, porque falta precisamente el resultado, el más importante de los requisitos del tipo; más jurídicamente estimado el tema -precisa-, es consumación y perfección el delito tentado, porque se ha violado la norma prohibitiva, pues substituido el resultado por el peligro, verificase ya la subsunción del hecho histórico en los preceptos que prevén y punen el actuar en el que está ausente el resultado".⁵² Hace notar, que la contradicción entre tentativa y consumación es más bien aparente, expresando que dentro del marco del Derecho tan se consuma el delito tentado, como el previsto en la norma principal. Tratándose de dos momentos diferenciados y de dos situaciones que el Derecho Penal capta para los efectos de la represión.

En virtud de lo expuesto y no obstante que para algunos brillantes tratadistas como Bricchetti, Mezger y Zaffaroni, así como Porte Petit y Jiménez Huerta, entre otros, han estimado a la tentativa del delito como una norma de carácter accesorio, dependiente de la norma principal incriminadora, y en dicho sentido le niegan autonomía al delito tentado; más nosotros consideramos la plena autonomía de éste, dado que ella se genera en el momento en que el proceso de subsunción de la norma genérica de la tentativa con la especie típica principal, dan vida al nuevo título del delito y a sus caracteres típicos y a la objetividad propia que le es inherente.

⁵² Palacios, op. cit. pp. 32-33.

2.2. EL FUNDAMENTO DE LA TENTATIVA.

Sobre el fundamento de la tentativa del delito existen varios criterios en la doctrina que atienden a diversas posiciones, cuya finalidad es precisamente la de encontrar y justificar su previsión y punición en los Códigos y Leyes Penales. De entre las diversas tesis doctrinarias, hace notar Pavón Vasconcelos,⁵³ se destacan las siguientes:

a) **En razón del peligro corrido.**- Esta teoría, la de más amplia aceptación, ha sido sostenida por un amplio grupo de eminentes Penalistas, inicialmente por Carrara, Ortolán y Feuerbach, basada esencialmente en la consideración de que si bien, la tentativa no es productora de un daño material de carácter lesivo e inmediato en virtud de su evidente inconsumación; si representa, por el contrario, "poner en peligro la seguridad de determinados bienes" cuya salvaguarda corresponde al Estado, a través de los mecanismos que la propia ley le encomienda y que si no llega al fin pretendido por el agente, lo fue por virtud de alguna causa totalmente independiente de la voluntad criminosa.

Primeramente Carrara, señala el autor referido, pone de relieve que el delito es perfecto cuando se ha consumado la violación del derecho tutelado por la Ley Penal; y es imperfecto, expresa, en virtud de la imperfección que le deriva de no verificarse dicha violación a pesar de haberse realizado los actos externos hábiles para procurarla. En dicho sentido y debido a la naturaleza imperfecta de la tentativa, refiere que ésta no puede presentar el elemento de daño inmediato, sino un daño inferior y en ocasiones ninguno. A pesar de ello, los delitos imperfectos son políticamente imputables en virtud de la sustitución del elemento daño inmediato, ausente en este caso, por el peligro corrido para la sociedad o el ciudadano atacado.

Carnelutti, en cita de Ramón Palacios, observa que el delito tentado es un concepto fincado en apreciaciones tanto sociológicas como políticas, surgido como consecuencia del ánimo ciudadano en contra de conductas de tal naturaleza; por lo que: "La tentativa, que pone en peligro la seguridad, produce un daño político, al cual se pone remedio político con el castigo de aquel a cuyos malos propósitos sólo faltó el favor de la fortuna".⁵⁴ Afirma el Jurista Italiano, que el fundamento de la previsión de la tentativa se encuentra en la base material adyacente al peligro real, no en el ideal, futuro, imaginario.

⁵³ Pavón Vasconcelos, op. cit. pp. 33-34.

⁵⁴ Palacios, op. cit. p. 37.

Feuerbach, entre otros autores alemanes, al decir de Pavón Vasconcelos, distinguió el fundamento de la punición del delito tentado, en la peligrosidad objetiva, revelada por los actos externos realizados, al hacer especial relevancia al carácter causal de la voluntad exteriorizada por el agente. Siguiendo dicha postura pero superando el anterior criterio Max Ernesto Mayer, le dio una mayor amplitud a la cuestión, al estimar a la tentativa punible, como la expresión de un acontecimiento constitutivo de peligro para un determinado bien jurídico, como consecuencia de una acción incapaz de conseguir sus fines. Por su parte V. Hippel, estima que la tentativa debe sancionarse en razón exclusivamente del peligro objetivo exhibido por el agente, al realizar actos tendientes a la consumación de determinado ilícito.

Mezger, hace patente la necesaria distinción entre concepto y punibilidad de la tentativa, ya que la primera, nos dice, sólo puede obtenerse desde el ángulo visual subjetivo del autor; donde concepto y valoración del concepto son evidentemente distintos, esto es, que lo que rige en orden al concepto de la tentativa no es aplicable igualmente a su punibilidad. Hace notar también que lo que caracteriza al delito tentado "es precisamente la existencia del dolo de lesión en el lado subjetivo, unido a la simple puesta en peligro en el lado objetivo".⁵⁵ Constituyendo ello para el Tratadista Alemán, la "teoría del peligro", el punto de arranque de toda correcta delimitación de la tentativa punible frente a la tentativa impune.

En esa línea de pensamiento Bettiol pone énfasis en la naturaleza de la tentativa al señalar que radica en el peligro, en la lesión potencial al bien jurídico protegido, y a la cual se dirige la acción del sujeto. Haciendo notar en tal sentido la potestad de los Estados de reprimir no solamente aquellas conductas de lesión efectiva a los bienes que interesan esencialmente a la vida en relación, sino también la lesión potencial a que están expuestos, esto es, su exposición al peligro de lesión. Bettiol, deja en claro que la única referencia que debe ser tomada en consideración para efectos de la represión lo constituye la "acción humana", es decir, la peligrosidad de la acción y no la del sujeto. Criterio éste fundamental que responde a una de las dos posiciones principales sobre las que descansa el particular.

Tomando como punto de partida las razones fundamentadoras de la punición del delito intentado, Manzini ofrece una visión puramente legalista sobre la cuestión, al afirmar que la tentativa es punible, "no por otra cosa sino porque constituye violación voluntaria de un precepto penal, cualquiera que sea el criterio político aceptado en la formación de la ley, y agrade o no agrade a quienes se dedican a buscar cosas abstractas y paradójicas". Tal posición le valió serias críticas, al decir de Antolisei, quien señala que no se puede soslayar el problema y que en poco ayudaba a comprender el porqué el Derecho se considera violado con la simple tentativa.⁵⁷

⁵⁵ Mezger, op. cit. pp. 245-247.

⁵⁶ Sobre dicho particular, Zaffaroni nos hace un interesante comentario al manejar el elemento "dolo" en la fundamentación de la tentativa, expresando que: "obedece a que en ella hay dolo (la concreta voluntad final que se dirige a un resultado afectante de un bien jurídico) y la exteriorización de ese dolo siempre implica la afectación de un bien jurídico", op. cit. p. 641.

⁵⁷ cf. Pavón Vasconcelos, Breve Ensayo Sobre la Tentativa, p. 37.

No obstante lo sólido y válido de los argumentos que sostienen el criterio del peligro corrido como fundamentador de la punibilidad de la tentativa del delito, existen otras posiciones en la doctrina basados en el señalamiento de que existe la imposibilidad de construir el delito tentado en los delitos de peligro, bajo la noción del peligro mismo. Asimismo se ha señalado la inexistencia del peligro en la tentativa por virtud de la inconsumación de su resultado, agregándose que aún tomando en consideración la base del peligro corrido, ésta podría configurarse también en los delitos culposos.

A pesar de las objeciones hechas a la Teoría del Peligro Corrido, nos parece que esta es la más acertada para fundar la punibilidad de la tentativa del delito, sin dejar de considerar con respeto a las distintas posiciones que sobre ella se derivan. Ello en virtud de que resulta notable de la teoría en cita, el hecho de que efectivamente la ley prevé a la norma de tentativa en razón del potencial peligro que le deviene como consecuencia de una acción humana y traducida en actos de ejecución que quedan en una etapa anterior a la consumación; de la que se desprende la efectiva y potencial puesta en peligro de los bienes jurídicos protegidos por la ley penal, y que de no ser así, devendría en contra del principio de seguridad jurídica de los gobernados. Puesto que tanto se viola el Derecho con una acción lesiva a determinado bien jurídico tutelado, como cuando éste es puesto en peligro en forma real e inminente.

Ya al tratar sobre el particular, Pavón Vasconcelos llama la atención sobre la confusión en que suele incurrirse al confundir la naturaleza del acto de tentativa con su punibilidad, lo cual es inexacto, como lo es también el argumento que refiere la inexistencia del peligro de la tentativa en base a su inconsumación, puesto que tal razón, nos dice el autor en cita: "No es creación artificiosa sino algo real producido por la acción y valorado normativamente por el aplicador de la ley". Observa que la noción del peligro, como la del daño, se encuentran ubicadas en el ámbito de lo objetivo, de lo antijurídico, siendo su referencia al hecho y al resultado material una forma de destacar el contraste guardado con el daño producido en la consumación, inexistente en la tentativa, que, sin embargo, en el orden jurídico "el peligro es lesión efectiva al ordenamiento legal, más no daño, tratándose de aquellos tipos en los cuales dicho resultado formal lo constituye la puesta en peligro de ciertos bienes; en el orden material -concluye- el peligro es la posibilidad de daño amenazante del bien jurídico objeto de protección penalística".⁵⁸

b) Otro criterio sostenido en la doctrina sobre el punto en estudio, es aquél que se basa en la **peligrosidad objetiva en concreto**.- Representado principalmente por Ferri y Garófalo, quienes sustentan la posición que funda la punición de la tentativa del delito en: "la voluntad criminal exteriorizada", esto es, en la peligrosidad revelada por quien los ejecuta.

⁵⁸ ibidem. p. 44.

Para los exponentes de esta tesis, el hecho material realizado por el agente, si bien consideran es necesario, resulta por sobre todo fundamental que este sea demostrativo de la intención criminal que lo acompaña, o sea, que demuestre la peligrosidad revelada por la mente del autor. Este criterio eminentemente positivista ha pugnado por la punición de todo acto humano externo que revele la intención de delinquir, comprendiéndose en dicha virtud también a los actos preparatorios. Así, la objetividad material de los actos es considerada bajo esta posición, como síntoma y expresión de la personalidad criminal de quien los produce y le son inherentes.

Dicha postura ha sido ampliamente cuestionada en virtud de considerar la exteriorización de los actos como síntoma y expresión de peligrosidad del delincuente, y no como fundamento de culpabilidad; lo que resulta incorrecto, ya que es claro que son los actos mismos realizados los que manifiestan la voluntad de delinquir, siendo necesaria pero no determinante la subjetividad particular atribuible de estos a su autor.

c) **En razón de la alarma social provocada.**- Esta teoría sobre la fundamentación de la tentativa, pretende sustentarse para ello, en, como el título lo describe, la alarma social que en el marco de una comunidad se despierta por la ejecución de actos de tentativa. Tal criterio se hace insostenible por sí mismo, puesto que podría o no presentarse en el delito tentado, así como también en el delito consumado; amen de que tal situación se puede presentar en igual sentido, en actos no constitutivos de ilicitud alguna o que no afecten bienes jurídicos protegidos. Por lo que de ser estimado este criterio serían punibles conductas en las que faltara el lado subjetivo de peligro, sin tomarse en cuenta que la tentativa puede resultar atípica si falta en ella el peligro objetivo de lesión al bien jurídico.

d) Otros criterios que sobre el particular también son contemplados por la doctrina son: **En razón de la turbación producida en el sujeto pasivo y la alarma en el ambiente que se produce, y; en razón de la disminución, por la turbación del orden jurídico, del sentimiento de la seguridad de los asociados.**- El primero, es referido a que la tentativa es manifestación concreta de una voluntad proclive a violar la ley, produciendo un doble perjuicio: turbar al sujeto y producir alarma en el ambiente social. Mientras en el segundo de los criterios acotados, se argumenta que una acción tentada "turba" el orden jurídico, disminuyendo de esa forma el sentimiento de los asociados sobre su propia seguridad.

En el primero de los casos, se refuta tal criterio, el hecho de que la tentativa tiene caracteres propios, que en caso contrario la ubicarían como una circunstancia del delito en forma atenuada, la cual no es factible, y en ese sentido, no puede ser considerada la alarma producida en el ambiente social por cuanto que dicha alarma también es producida por la voluntad del agente dirigida al delito. Y con respecto a la segunda tesis, se hace la objeción de que en la tentativa no hay peligro de violación al derecho, sino efectiva transgresión de lo prohibido por las normas penales, lo que es factible tanto en consumación como en la tentativa.

2.3. LA PUNIBILIDAD DE LA TENTATIVA.

Sobre dicho particular, cabe señalar en principio, que una vez aceptada por nosotros la "teoría del peligro corrido", como fundamentadora de la punibilidad de la tentativa del delito, ello nos orienta a dirigir nuestro análisis y comentarios hacia la cuestión de establecer cuales son los criterios principales que a través del tiempo se han seguido en nuestra Legislación Penal, para castigar el delito tentativo, esto es, los presupuestos legales que se han tomado en consideración para determinar la pena a ser impuesta.

En el Derecho Romano,⁵⁹ al distinguirse entre delitos públicos y delitos privados se siguió diversa tendencia con respecto a la punibilidad de la tentativa en uno y en otro caso. En los primeros, la regla general que se estimaba era la equiparación entre tentativa y consumación, por virtud de verse afectados los intereses superiores del Estado, salvo algunos casos de excepción en los que se estimaban penas benignas al delito imperfecto así considerado. En los delitos privados, por el contrario, la tentativa del delito fue apreciada de ordinario impune, bajo la razón de no existir en ella el daño efectivo justificante de la sanción y en consecuencia, no se castigaba con pena alguna a dichos actos.

Dicha tendencia se pudo apreciar aún mucho tiempo después aún en el Código Francés de 1791, en el cual, salvo los casos de delitos de asesinato y envenenamiento, cuya tentativa fue equiparada a la consumación, en general predominó la regla de impunidad absoluta en casos de imperfección del delito.

No obstante la citada referencia, en los Códigos Franceses de 1810, y principalmente en el de 1832, operó un criterio diverso y radical al antes acotado, al equipararse consumación y tentativa, bajo la consideración de otorgar facultades a los jueces para atenuar la pena del delito imperfecto.

En contra de la tendencia de equiparación de las penas observada en los Códigos Franceses, surgieron y se pronunciaron diversas legislaciones europeas; como el Código Español de 1822, donde se estimó aplicar reglas con menor rigidez en la aplicación de sanciones en los casos de tentativas punibles. Más tarde, al distinguirse y establecerse con perfiles aún no muy precisos la distinción entre tentativa y frustración en el Código de Nápoles, se estableció como criterio y regla general sancionar con penas inferiores a la tentativa del delito (conato) con relación al delito frustrado y a la consumación.

⁵⁹ cf. Pavón Vasconcelos, Breve Ensayo Sobre la Tentativa, pp. 95-97

Una vez cimentada la dualidad de los grados del delito, al diferenciarse conceptualmente tentativa y consumación; en los Códigos de Alemania de 1871, de Hungría de 1902, y otros posteriores como el de Argentina de 1921 y del Perú de 1924, cobra plena aceptación legislativa el criterio y regla general de sancionar con penas inferiores o atenuadas con respecto al delito consumado; al tomarse en consideración para tal efecto, tanto la tentativa o conato como la frustración, con las salvedades sobre el particular para determinados actos ejecutivos y aun preparatorios, como medida de política criminal en la protección de determinados bienes jurídicos.

Sancionar a la tentativa en sus dos formas de expresión (acabada e inacabada) en forma atenuada, obedece a un principio de justicia basado en la no consumación del hecho delictivo. Aunado a una medida de política criminal sustentada en la consideración de impedir, mediante la disminución de sanción, la reiteración de la conducta criminosa por parte del autor, quien observaría y experimentaría en su persona los beneficios legales de no haber consumado el hecho criminoso, comparativamente a la circunstancia hipotética de que si lo hubiera hecho o logrado. Lo cual se estima, incide favorablemente en que el agente no vuelva a repetir o intentar realizar la conducta delictuosa.

Sobre ese particular, existen diversas posiciones en la doctrina, las que pueden reducirse a las más importantes que a continuación se mencionan:

a) La tentativa debe ser sancionada **con pena inferior al delito consumado**.

Beccaria, hace notar la necesidad de ofrecer al delincuente motivos suficientes para apartarlo de la ejecución de nuevos actos que puedan llevarlo a consumir su propósito delictivo. Ya que en esa virtud, expone el ilustre tratadista italiano, y "aunque las leyes no castigan la intención, no por eso un delito que comience con alguna acción que manifieste la voluntad de ejecutarlo, deja de merecer una pena, así sea debida a la ejecución del delito. La importancia de prevenir una tentativa -expresa- autoriza una pena; pero como entre la tentativa y la ejecución puede haber un intervalo, la pena mayor, reservada al delito consumado, puede dar lugar al arrepentimiento".⁶⁰ De lo anterior, es evidente la posición admitida por Beccaria sobre la cuestión, sustentando acertadamente que: "el fin de las penas no es el de atormentar y afligir a un ser sensible, ni el de deshacer un delito ya cometido"; puesto que el delito cometido debe guardar proporcionalidad con la pena merecida. Abunda asimismo el hecho de que: "si una pena igual castiga dos delitos que ofenden desigualmente a la sociedad, los hombres no encontrarán un más fuerte obstáculo para cometer el delito mayor, si a él encuentran unida una mayor ventaja".⁶¹

⁶⁰ Beccaria, Cesare. De los Delitos y de las Penas. Bogotá-Colombia, Editorial Temis, segunda edición, 1990, pp. 30-31.

⁶¹ *ibidem*. p. 52.

Crivellari, citado por Pavón Vasconcelos,⁶² negó la tendencia de la adopción de paridad de penas entre tentativa y consumación, considerando válida no sólo una razón de justicia, sino además de política criminal, estimando que de ninguna manera podía ser justo y equiparar el peligro de un mal con el mal mismo, porque de sostenerse tal criterio el delincuente carecería de abstenerse de repetir la ejecución del delito; coincidiendo su posición con la defendida por Beccaria. Carrara, en mención del Penalista Mexicano, por su parte hace valer el principio de adecuación entre el hecho y la pena, pues siendo esta una tutela jurídica, debe estar acorde con la gravedad de la infracción a la ley, resultando claramente justificable, opina el autor, la medida de sancionar con pena inferior al delito imperfecto.

b) La tentativa debe ser sancionada con pena igual a la del delito consumado.

Para esta corriente doctrinaria, en opinión de Adolfo Prins, se establece y señala la igualdad del grado que en la representación del autor se da tanto en la tentativa como en el delito consumado, pues en aquella, refiere su autor, la imperfección se ha debido a causas independientes de su voluntad, justificándose en esas condiciones la igualdad de las penas. Puglia, otro de los exponentes de dicha corriente, igualmente argumenta en su favor la identidad de sanciones en virtud de que la falta de daño material en la tentativa no aminora la gravedad de la violación a la ley.⁶³

c) La tentativa debe ser sancionada de acuerdo con la peligrosidad revelada por el delincuente.

Esta postura es defendida por la Escuela Positiva, con la cual Garófalo, uno de sus máximos exponentes, sustentó la identidad de la tentativa con el delito mismo, cuando el peligro dimanante de ambos sean iguales. Enrique Ferri por su parte sostuvo que la sanción de una tentativa de delito debe depender de la mayor o menor peligrosidad manifestada a través de los actos realizados; mientras Florian, partidario de la menor punibilidad del delito tentado, por expresar un daño menor frente al delito consumado, considera conveniente la equiparación de sanciones en ambas expresiones del delito, en forma facultativa y en casos excepcionales, en atención a la extrema peligrosidad exhibida por el autor.⁶⁴

El Código Penal para el Distrito Federal, en su artículo 63, establece las reglas de punición para las tentativas punibles, señalando como sanción hasta *las dos terceras partes* de la sanción que se debiera imponer de haberse consumado el delito, salvo disposición en contrario. Excepción misma, que se hace presente en el referido precepto en su

⁶² Pavón Vasconcelos, op. cit. pp. 97.

⁶³ *ibidem*. pp. 97-98.

⁶⁴ *ibid.* p. 98.

párrafo final,⁶⁵ en que la pena de prisión no será menor a la *pena mínima* y podrá llegar hasta *las dos terceras partes de la sanción máxima* prevista para el *delito consumado*.

El dispositivo de referencia, siguiendo la tendencia general a que se refiere el artículo 51 en su parte primera, otorga al juzgador un amplio arbitrio para fijar las sanciones a los responsables de tentativas punibles, en atención a las circunstancias objetivas de su comisión y a las subjetivas propias del autor. Lo cual es ilustrativo y determinante, de conformidad al mandamiento consignado en el párrafo segundo del artículo 12 del Código Penal para el Distrito Federal, para estimar que el juez tiene el más amplio arbitrio en la individualización de las penas aplicables a quienes ejecutan delitos tentados, bajo las salvedades *a priori* señaladas; condicionando la imposición de la pena, además de las disposiciones previstas en el artículo 52, con *el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo del delito*. Ello subordinado, por supuesto, a la regla descrita en el segundo párrafo del citado dispositivo 51, que expresamente determina: "En los casos de los artículos 60, fracción VI, 61, 63, 64 bis y 65 y en cualesquiera otros en que este código disponga penas en proporción a las previstas por el delito intencional consumado, la punibilidad aplicable es, para todos los efectos legales, la que resulte de la elevación o 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".

Así, vemos que en la aplicación de sanciones en caso de tentativa punible, el juez tomará en consideración, según expresa el artículo 63 ya mencionado, además de: "las prevenciones de los artículos 12 y 52, hasta las dos terceras partes de la sanción que se le debiera imponer..." Además de considerar igualmente las reglas estimadas en el artículo 51, que antes citamos.

Todo ello aunado a la obscura redacción del tercer párrafo del artículo 63 de la Legislación Penal para el Distrito Federal, en relación a la regla para la aplicación de las sanciones en las tentativas, nos deja para la reflexión dos consideraciones: a) La primera, es que en nuestro Código Penal citado priva la falta de claridad y de una regla certera y eficaz en aplicación de sanciones para el caso de la tentativa punible, y; b) segundo, dados los términos en que el legislador concibió y adicionó el párrafo *in fine* del multicitado precepto 63, la tentativa puede ser un "*delito grave o no grave*". Acorde a lo especificado sobre dicho particular en los artículos 194 y 268, de nuestras Legislaciones Penal Procesal del fuero federal y del fuero común, respectivamente. Dicho lo cual nos parece poco adecuado por virtud a la naturaleza y fundamento jurídico propio al Instituto Penal de la tentativa del delito; ya que estimamos que la fórmula comentada al artículo 63, se aparta de los principios y la política criminal que desde hace ya mucho tiempo ha regido en nuestra Ley Penal, es decir, en el

⁶⁵Adicionado por virtud de las reformas en materia penal, publicadas en el Diario Oficial de la Federación, en fecha 13 de Mayo de 1996.

sentido de evitar la reiteración del acto delictivo por parte del agente y por los principios de justicia y proporción del delito a la pena que ya antes mencionamos; por virtud de tales razones es muy cuestionable dicha fórmula, siendo patente la desproporción entre el hecho y la pena, al irse acercando peligrosamente tentativa y consumación en la paridad de sanciones, so pretexto de considerar a la primera como "delito grave". No obstante tales precisiones, abundaremos en mayor medida al abordar nuestro cuarto capítulo, al entrar al estudio de la tentativa en el Código penal de 1931, y sus reformas subsecuentes.

2.4. LA TENTATIVA IMPUNE.

Dentro de los grados del *iter criminis* fácilmente podemos distinguir cuando aún no hemos penetrado a los campos típicos del acto ejecutivo, considerado éste en ese sentido irrefutable y fundamentador de la punibilidad del delito intentado; más un grado ulterior a él, es decir, en los actos preparatorios, invariablemente a las circunstancias previas al hecho criminal pretendido por el autor, es criterio dominante en la doctrina, la impunidad absoluta del pensamiento criminal aunque sea estimado de esa manera al igual que los actos puramente preparatorios del delito. Ello en virtud de la incuestionable necesidad de la separación de la tentativa impune de la tentativa que es punible.

Bajo esa concepción, el visionario Penalista Mexicano Ramón J. Palacios, haciendo alusión al Digesto de la antigua Roma, nos hace reflexionar generosamente al exponer lo siguiente: "La adopción del principio *cogitationis poenam nemo patitur*, por las normas jurídicas, tiene para nosotros toda la majestad de un Derecho del hombre; es una garantía individual, tal como nuestras Constituciones de 1857 y 1917 las conciben. Excluye de la incriminación el mero pensamiento delictuoso, y prohíbe al poder jurisdiccional la sujeción a procedimiento y la aplicación de pena al culpado, por fértil que sea su vida interna en resoluciones criminales".⁶⁶

Es preciso señalar sobre el particular, que la impunidad de la tentativa puede surgir en toda su amplitud negativa, aún en el caso de que el delito tentado sea de momento típico con todas las consecuencias jurídicas que ello implica, es decir, puede generarse la atipicidad de la tentativa, si la falta de consumación o producción del resultado se debe a causas determinantes y propias de la voluntad del agente, lo cual puede acontecer por desistimiento del propósito criminal, o bien, por el arrepentimiento eficaz del mismo. Ello en virtud de la interpretación a *contrario sensu* de la descripción que de la tentativa punible nos ofrece el artículo 12 del Código Penal para el Distrito Federal, y que expresamente señala al disponer "...si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente".

De esa manera el desistimiento y el arrepentimiento, Institutos propios de la tentativa del delito, son causas de impunidad que recoge nuestra Legislación Penal, en atención a un principio de política criminal basado en alentar el repudio a conductas delictivas aún no ejecutadas, y más aún, a aquellas que ya han sido realizadas. Cuestiones de las que abundaremos en los puntos siguientes.

⁶⁶ Palacios, op. cit. pp. 21-22.

Como antes apuntamos, es muy importante establecer la división entre actos preparatorios y actos ejecutivos del delito, ya que en virtud de tal consideración, nos encontraremos en presencia de la tentativa no punible y del delito tentado; así como también, tener muy en claro que no obstante que en principio nos encontremos en presencia del delito tentado con todos sus caracteres típicos y de antijuridicidad, aún aquí se puede presentar la impunidad del mismo, ya por virtud del desistimiento, así como del arrepentimiento eficaz, los cuales pueden ser originantes de su atipicidad.

Por ello, la enorme relevancia de separar con precisión a la tentativa impune del típico delito tentado, con toda la problemática que ello implica, ha sido una constante de análisis de los estudiosos del tema, y que nosotros nos permitimos resumir en las brillantes palabras del maestro Ramón Palacios, quien expresa: "Es mérito singular de Ferri y Vannini, el haber destacado el carácter de la frontera de la tentativa. Del primer estadio en el que el pensamiento no se pune, llegóse penosamente al que consagra *nulla crimen sine lege* y *nulla poena sine crimen*, que aparecen en los artículos 14 y 16 Constitucionales. Pero como la tentativa va adosada a todos los tipos -con las naturales excepciones que la dogmática enseña- puede extenderse su eficacia en peligrosa búsqueda de un castigo, hasta la imputación del pensamiento o de la palabra, o de la acción que no es nociva a la sociedad, pero que revela la intención".⁶⁷

⁶⁷ *ibidem*. p. 24.

2.4.1. EL DESISTIMIENTO.

Como antes anotáramos, la figura jurídica del desistimiento, Instituto inherente a la tentativa, constituye una de las causas que origina la impunidad del delito tentado, y que por dicha virtud es igualmente constitutivo de la atipicidad del mismo; y que Mezger, al analizar el parágrafo 46 del Código Penal Alemán, señalara que con arreglo a determinados presupuestos, el desistimiento en la tentativa puede ser una causa de impunidad; que no obstante el hecho de que se ha fundamentado su punibilidad, señala, ésta por especiales razones debe desaparecer de nuevo, estimando en dicho sentido al desistimiento como *una causa de suspensión de la pena*.⁶⁸

Liszt al tratar sobre el problema hace notar el hecho de que una vez que el agente ha traspasado la línea divisoria de los actos preparatorios para entrar a los ejecutivos del delito y, consecuentemente, que su conducta sea susceptible a la pena del delito tentado; el hecho ha cobrado ya relevancia en el mundo fáctico y represivo del Derecho, más, precisa, puede en la legislación y por razones de política criminal, construirse un puente de oro para la retirada del agente, que ya era susceptible de sanción,⁶⁹ en clara alusión por parte del reconocido Tratadista Alemán al interés del legislador por alentar el rechazo a la realización de actividades delictivas.

Por su parte, Jiménez de Asúa señala que tanto en la fase de la tentativa y hasta en la frustración, en ambos casos puede el sujeto detenerse o volverse atrás en su conducta criminal, más estima el insigne jurista, ésta debe verse favorecida con una excusa total o atenuación de la pena, en virtud de razones de política criminal. Lo que en el caso de la tentativa es constitutivo de impunidad del delito, y que en el Derecho Español opera como **una causa personal que exime de penalidad**, que favorece solamente a aquél que desiste.⁷⁰

Así, por desistimiento podemos entender: "La interrupción de la actividad ejecutiva realizada por el autor, como expresión de su libre voluntad de abandonar el designio criminal propuesto e iniciado". Concepción elaborada con todo acierto por Pavón Vasconcelos.⁷¹ A la que solamente agregamos que puede presentarse en la tentativa inacabada o conato.

⁶⁸ Mezger, op. cit. pp. 256-257.

⁶⁹ Von Liszt, Franz. Tratado de Derecho Penal III. Madrid, Editorial Reus, S.A., segunda edición, (traducido por Luis Jiménez de Asúa), 1929, p. 20.

⁷⁰ Jiménez de Asúa, Luis. La Ley y el Delito. Buenos Aires, Editorial Sudamericana, novena edición, 1979, pp. 484-485.

⁷¹ Pavón Vasconcelos, op. cit. p. 101.

En el Diccionario Jurídico podemos encontrar la definición del desistimiento como: "Interrupción o apartamiento voluntario del delito intentado, de aquél cuya ejecución se había iniciado".⁷²

En ese contexto y de acuerdo con la fórmula recogida por el artículo 12 del Código Penal para el Distrito Federal, la tentativa para ser punible requiere, como requisito fundamental, la inconsumación del delito *por causas ajenas a la voluntad del agente*. Redacción de la que se desprende con toda objetividad que no serán punibles aquellas tentativas en las que el resultado no se produce por el desistimiento, o cuando por la actividad voluntaria desplegada por el autor se interrumpe la actividad criminal, a pesar de haberse realizado todos los actos propios para ello. Y que ya sobre dicho particular Jiménez Huerta señalara que la tentativa, por determinación de la ley, es atípica en los casos en que la inconsumación del resultado se debe a la voluntad del mismo sujeto, estableciendo que la conducta no sería subsumible dentro de la ampliación típica descrita en este precepto.

De lo expuesto se observa que el desistimiento voluntario es originante de la impunidad del o de los actos ejecutivos realizados que nunca llegan a ser suficientes para consumar el delito ni subjetiva ni objetivamente (tentativa inacabada), pues en ese momento se interrumpe el proceso causal por parte del autor, surgiendo una causa de atipicidad, con la salvedad que los actos ejecutados no constituyan un delito diverso por virtud de que estos sí serían objeto de castigo.

Pavón Vasconcelos explica con gran nitidez sobre la cuestión, al señalar que: "Esta interrupción del proceso ejecutivo implica voluntariedad de abandonar el designio criminal traducido en actos futuros, pero próximos y necesarios para arribar al resultado".⁷³

En la doctrina se ha estimado que esa "voluntariedad" de abandonar la actividad criminal realizada, para que sea tomada en consideración a los efectos de su impunidad, debe operar, en el sentido psíquico de verse libre a autodeterminarse, es decir, para que sea viable el desistimiento no deben intervenir circunstancias que influyan en la conciencia del autor, de la imposibilidad de continuar con la actividad ejecutiva. Como podría distinguirse, por ejemplo, en el caso del ladrón que ha penetrado en el domicilio ajeno con la finalidad y el propósito de cometer un robo, pero que debido al sonido de la sirena de una patrulla, abandona el designio criminal, pensando que tal vez se percataron del hecho.

⁷² Palomar de Miguel, Juan. Diccionario Para Juristas. México, editorial Mayo Ediciones, S. de R. L., primera edición, 1981, p. 435.

⁷³ Pavón Vasconcelos, op. cit. pp. 102-103.

Federico Puig Peña, a cita de Pavón Vasconcelos, señala que en el desistimiento se destacan como notas típicas del mismo: a) que al autor interrumpa el proceso del delito, y; b) que esa interrupción sea debida a su propia y espontánea voluntad. Al respecto se pronuncia Jiménez Huerta destacando el hecho de que "el desistimiento es voluntario cuando una nueva y libre decisión del agente es causa determinante de la inconsumación del delito, pues opera como obstáculo interruptor del proceso causal".⁷⁴ Siendo la voluntad del autor una referencia subjetiva, se ha observado, bajo las sabias palabras de Pavón Vasconcelos, la problemática tendiente a determinar que criterio sería el más adecuado a los fines del desistimiento; estimándose que sería aquél referente al examen de las circunstancias del hecho, esto es, lo que Soler vislumbraba en los medios que estaban a disposición del sujeto, de manera que sin impedimento podía seguir usándolos hasta llegar al resultado y no lo hizo.⁷⁵

En virtud de lo expuesto, se distinguen como elementos del desistimiento:

- a) Una **voluntad inicial** respecto al resultado;
- b) Un **comienzo de ejecución** del delito;
- c) Una **voluntad subsecuente**, libre y espontánea de desistir de la ejecución;
- d) **Interrupción del proceso ejecutivo**; y
- e) **No verificación del resultado.**

De esta manera, el desistimiento encuentra su fundamentación en la reglamentación que de la tentativa punible se aprecia en el artículo 12 de la Legislación Penal del Distrito Federal, que implica a su vez, la atipicidad e impunidad de los actos ejecutivos que comienzan el delito. Dicho lo cual hace innecesaria la adición del párrafo tercero al primogéneo texto del referido numeral, al tenor vigente de que no se impondrá pena o medida de seguridad si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución; por virtud de que la impunidad del delito tentado despréndese de la descripción legal de lo que se entiende por tentativa punible, en el párrafo primero del anotado dispositivo.

⁷⁴ ibidem. p. 103.

⁷⁵ ibid. p. 104.

2.4.2. EL ARREPENTIMIENTO EFICAZ.

Como ya lo observamos en los puntos anteriores, al referimos al artículo 12 del Código Penal para el Distrito Federal, de su redacción inicial interpretada correctamente, se puede apreciar con claridad que ninguna tentativa será punible, cuando la no producción del resultado débese a causas propias de la voluntad del agente; por lo que, tanto el desistimiento del autor, como también la actividad voluntaria que nulifica la potencia causal de todos los actos ejecutivos realizados, son originantes de la atipicidad e impunidad de la tentativa del delito.

En ese contexto, Pavón Vasconcelos conceptualiza la figura del arrepentimiento eficaz bajo el señalamiento siguiente: Por el arrepentimiento eficaz podemos entender "la actividad voluntaria, realizada por el autor, para impedir la consumación del delito, una vez agotado el proceso ejecutivo capaz, por sí mismo, de lograr el resultado". Para el citado autor el arrepentimiento supone, por tanto, "la realización de todos los actos de ejecución necesarios para producir el resultado, elemento al cual viene a sumarse la actividad de carácter voluntario practicada por el sujeto para interrumpir el proceso causal puesto en movimiento e impedir así la consumación del delito".⁷⁶

De lo anterior cabe destacarse que el arrepentimiento en la tentativa, solamente puede originarse en la tentativa acabada o frustración, pues como ya se han ejecutado todos los actos que deberían producir el resultado, y este se ve interrumpido por la actividad eficaz y voluntaria del autor; es evidente de ello, que en éste caso no podemos hablar de desistimiento de actos ejecutivos totalmente realizados, acertadamente puso de relieve Porte Petit al hacer su comentario sobre dicho particular.⁷⁷ Criterio que es igualmente compartido por Jiménez de Asúa, quien señala con todo atino, que no es posible desistir lo que ya hemos terminado, en alusión hecha a los actos ejecutivos realizados plenamente por el autor.⁷⁸

Un ejemplo ilustrativo de lo anterior, podría ser el utilizado por algunos autores, en el caso de quien hace ingerir veneno a su víctima con la evidente finalidad de causarle la muerte, pero que sin embargo se arrepiente de su conducta al proporcionar un contraveneno a dicha persona, o bien, llama al médico para que atienda al pasivo del evento, proporcionándole la necesaria y debida atención que evita el fatal desenlace. De ello resulta que el autor impide el normal proceso causal de los actos ya realizados totalmente, impidiendo y evitando con su actividad que se consuma el resultado.

⁷⁶ *ibid.* p. 121.

⁷⁷ Porte Petit Candaudap, Celestino. Programa de Derecho Penal. México, Editorial Trillas, tercera edición, 1990, p. 766.

⁷⁸ Jiménez de Asúa, *op. cit.* p. 485.

De lo mencionado, se puede observar que la voluntad del agente constituye requisito esencial en la integración de la figura del arrepentimiento eficaz, cuyos elementos configurativos podríamos distinguir en la siguiente forma:

- a) Una **voluntad inicial** de causación del resultado;
- b) **Realización de todos los actos de ejecución**;
- c) Una **actividad eficaz voluntaria** para impedir el resultado; y
- d) **No verificación de dicho resultado**.

El artículo 12 del Código Penal para el Distrito Federal, al señalar que: "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". Resulta claro que al hablarse de "realizar totalmente los actos ejecutivos", se considera objetivamente el arrepentimiento eficaz como una causa de atipicidad o de inadecuación típica de la conducta. Y aunque, tanto el desistimiento como el arrepentimiento eficaz son regulados expresamente en el párrafo tercero del dispositivo anotado, en el sentido de que: "Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a éste se refiere, sin perjuicio de aplicar la que corresponda a actos ejecutados u omitidos que constituyan por sí mismos delitos"; ello resulta innecesario en virtud de las precisiones hechas sobre el particular.

Cabe agregar asimismo, que la voluntad de impedir el resultado, base ineludible de la actividad eficaz del arrepentimiento, debe tener lugar antes de ser conocida la actuación ejecutiva del autor, esto es, antes de que sea "descubierta" por alguien más; pues de otra manera perdería totalmente su eficacia para generar la atipicidad de la tentativa. Puesto que evidentemente, y si el autor interrumpe el proceso ejecutivo del hecho criminal al ser descubierta su actividad delictiva desplegada, resulta obvio que la inconsumación del delito se debió a causas ajenas a su propia voluntad, mismas que influyeron activamente del hecho, y no, consecuentemente, que se debiera a la espontánea y libre voluntad activa del agente.

La actividad que despliegue el autor de los actos ejecutados ha de ser igualmente idónea, de ordinario debida a la mano de éste, no importando que una fuerza extraña intervenga en el hecho de nulificar la potencia causal de los actos realizados, si ello es consecuencia de la decisión y voluntad desplegada por el autor.

Por último y para finalizar sobre el particular, cabe hacer el comentario de que el arrepentimiento eficaz sólo opera como causa de impunidad o atipicidad del delito tentado, para quien pone en movimiento una actividad eficaz de impedir la producción del resultado, es decir, que en el caso de la participación delictiva, quien interrumpe el proceso causal del resultado, no beneficia con su actividad desarrollada a los partícipes del delito, ya que en dicha virtud, éstos vieron impedida la consumación del delito "por causas ajenas a su voluntad". Lo cual puede observarse e interpretarse con toda claridad del texto en que se encuentra redactada la tentativa punible.

CAPITULO TERCERO
LA TENTATIVA Y SUS CARACTERES
GENERALES

3.1. LAS FASES DEL ITER CRIMINIS

3.1.1. FASE INTERNA O SUBJETIVA

3.1.2. FASE EXTERNA U OBJETIVA

3.2. ASPECTO POSITIVO Y NEGATIVO EN EL DELITO TENTADO

3.2.1. CONDUCTA Y AUSENCIA DE CONDUCTA

3.2.2. TIPCIDAD Y ATIPCIDAD

3.2.3. ANTIJURIDICIDAD Y CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

3.2.4. CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD.

3.1. LAS FASES DEL ITER CRIMINIS.

El estudio del *iter criminis*, también llamado "camino al delito" o "andamento criminal" por algunos autores, puede ser analizado desde dos perspectivas: bajo una concepción criminológica, y; en segundo término, bajo una concepción exclusivamente jurídica. En la primera, el objeto principal que se persigue lo constituye el fenómeno de la criminalidad como ente humano, como manifestación de la voluntad, vista a través del proceso psicológico que el delincuente va superando en las distintas etapas del delito hasta su culminación final. Bajo la concepción jurídica, que es la que representa nuestro real interés, el *iter criminis*, "supone la investigación de las fases por las que pasa el delito", desde su ideación hasta el agotamiento del hecho criminal, y que en palabras del jurista nacido en la tierra de Cervantes, Don Luis Jiménez de Asúa, "el *iter criminis* representa todo lo que ocurre desde que la idea nace en la mente del criminal hasta su posterior agotamiento".⁷⁹

Eugenio Raúl Zaffaroni considera el *iter criminis*, como aquél que se constituye del proceso o camino que va desde la concepción hasta el agotamiento del delito, donde dicho proceso abarca la concepción (idea criminal), la decisión, la preparación, la ejecución, la consumación y el agotamiento del delito; llegándose a afectar el bien jurídico tutelado en la forma descrita por el tipo.⁸⁰

Por su parte Fontán Balestra estima el *iter criminis* como: "el hecho delictuoso que se genera en la mente del autor y se exterioriza en actos, hasta llegar al agotamiento del delito".⁸¹ Haciendo la observación el citado Penalista que tal proceso psicofísico es denominado así desde la época de los prácticos.

En la misma tesitura y en opinión de Romero Soto, el *iter criminis* es aquél que: "comienza por el pensamiento delictuoso, con la idea de cometer el delito, elaborada por la mente de quien la perfecciona hasta convertirla en propósito. Esta es la etapa de resolución, que, como tal, -señala su autor- no es punible".⁸²

⁷⁹ Jiménez de Asúa, Luis. La Ley y el Delito. Buenos Aires, Editorial Sudamericana., novena edición ,p. 459.

⁸⁰ Zaffaroni, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal. México, Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor, segunda reimpresión, 1994, p. 639.

⁸¹ Fontán Balestra, Carlos. Tratado de Derecho Penal II. Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, segunda edición, 1990, p. 374.

⁸² Romero Soto, Luis Enrique. Derecho Penal. Bogotá, Editorial Temis, segundo volumen, D.E. primera edición, 1969, p. 283.

En el estudio del *iter criminis*, se distinguen dos fases: La fase interna o subjetiva, que es aquella que tiene su desarrollo en el interior del sujeto, esto es, en lo íntimo de su pensamiento, en la esfera mental del psique del individuo, y; la fase externa u objetiva, que representa ya, manifestación exterior de la intención delictiva desarrollada en el ámbito de la realidad física o material. En relación a estas fases del delito, Cuello Calón observa, que de tal desarrollo se distinguen momentos de diversa índole, unos de índole interna (en los que considera, deliberación, voluntad y resolución de cometer el delito) y otros de índole externa. Los internos están fuera del Derecho Penal, puesto que en tal sentido, advierte, todo cuanto no sale de la intimidad del individuo no tiene trascendencia jurídica. Lo contrario estima el referido autor, acontece con los actos externos, considerando que los momentos externos de la vida del delito son: La preparación, la tentativa (en la que estima a la frustración), y la consumación. Asimismo, refiere que "la preparación del delito no es punible por dos situaciones: Una, porque los hechos preparatorios son equívocos y no revelan de modo claro y preciso la intención de cometer un delito, y; dos, es que en la preparación no hay todavía un principio de violación de la norma penal relativo al delito que se quiere cometer".⁸³

Sobre el particular, Porte Petit estima que el *iter criminis* se integra por virtud de dos fases: Una esfera subjetiva en la que se distingue la concepción del acto ilícito, la deliberación de este y la decisión tomada; y por otro lado, una esfera exterior la cual contempla a su vez, primeramente, la manifestación de la resolución delictiva del sujeto, y después considera a los actos preparatorios y a los ejecutivos del delito. Dentro de éstos últimos aprecia a la tentativa inacabada, tentativa acabada y tentativa imposible, dentro de la cual esta última es caracterizada bajo dos vertientes: Inidoneidad de los medios, y por virtud de la inexistencia del objeto, que puede ser jurídica o material. Considerando el autor en cita que el agotamiento del delito representa un momento posterior al *iter criminis*.⁸⁴

Para Jiménez de Asúa la fase interna del *iter criminis* se integra por: Ideación, deliberación y resolución interna de delinquir; estimando que entre la fase interna y la fase externa existen varias zonas intermedias, como lo son la resolución manifestada y el delito putativo. A su vez, establece que los actos preparatorios, tentativa, delito frustrado, delito consumado y delito agotado, integran la fase externa del camino al delito.⁸⁵ Como se aprecia de las consideraciones que sobre el particular expresa el maestro Español, existen algunas diferencias entre la fase intermedia que éste señala, y quienes refieren que ésta pertenece a la fase exterior del *iter criminis*; no obstante, la doctrina generalmente se inclina por admitir como fase interna del mismo: Ideación, deliberación y resolución de delinquir, y; en la fase externa: Resolución manifestada, actos preparatorios y actos ejecutivos, delito consumado y delito agotado.

⁸³ Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal I. Barcelona-España, Editorial Bosch, volumen segundo, décimo sexta edición, (revisado y puesta al día por César Camargo Hernández), 1971 (1944), pp. 605-606.

⁸⁴ Porte Petit Candaudap, Celestino. Programa de Derecho Penal. México, Editorial Trillas, tercera edición, 1990, p. 740.

⁸⁵ Jiménez de Asúa, op. cit. pp. 458-459.

3.1. FASE INTERNA O SUBJETIVA.

Al decir de Jiménez de Asúa,⁸⁶ el primer momento en la vida del delito lo constituye su *ideación*, esto es, la idea criminosa que nace en la mente del agente, y que los escolásticos llamaban "la tentación de delinquir", originada en los pensamientos del futuro autor, dando posibilidad de dar cabida al ánimo negativo a través de una conducta que en su objetividad se manifestará como contraria al interés social o a una norma de cultura protegida penalísticamente a un momento histórico determinado.

Para el maestro Pavón Vasconcelos, esa primera fase se encuentra precedida de varios momentos siempre necesarios y citando a Enrique Ferri, menciona éste último, "si el curso de los sentimientos y de las ideas se agota pasivamente o se neutraliza con los sentimientos o ideas opuestas que tienen que tienen carácter inhibitorio, la idea queda como emoción íntima y posteriormente como recuerdo, sin llegar a ser decisión volitiva tendiente a una actuación exterior y material; pero, si las fuerzas inhibitorias no son bastantes, el proceso psíquico de las sensaciones entra a formar parte del sentimiento, determinado de una idea delictuosa".⁸⁷ Esta idea delictuosa viene a ser la concepción mental de realización del posible evento criminal por parte del sujeto, constitutivo en sí, de la ideación del delito.

A la *ideación* del delito le precede un segundo momento que se conoce como *deliberación* y que consiste en: "El proceso psíquico de lucha entre la idea criminosa y aquellos factores de carácter moral o utilitario que pugnan contra ella", concepción utilizada por Pavón Vasconcelos.⁸⁸ La *deliberación* es una lucha mental entre la idea criminal y los valores morales de la persona, donde se hace presente la capacidad de discernimiento y autodeterminación, que en un momento determinado ha de inclinarse hacia alguno de los extremos señalados. Este antagonismo surgido entre ambos factores, puede ser intenso o simplemente agotarse rápidamente en el pensamiento, es decir, que la idea criminal sea vencida y rechazada por virtud del temor a las penas que implican su futura realización, o en razón de ser más fuerte el carácter moral del pensamiento. Aunque también puede darse el caso de que una vez superada la idea criminosa, ésta vuelva a surgir con mayor ímpetu, orientando la voluntad del agente a tomar la determinación de continuar con el proceso ilícito en desarrollo y perfección.

Una vez superado el momento de la *deliberación* por parte del sujeto y en sentido progresivo, se ha llegado a la *resolución* de delinquir, esto es, que el individuo ha

⁸⁶ *ibidem*. p. 459.

⁸⁷ Pavón Vasconcelos, Francisco. Breve Ensayo Sobre la Tentativa, México, Editorial Porrúa, S.A., cuarta edición, 1989, p. 10.

⁸⁸ *ibidem*. p. 10.

resuelto el hecho delictivo contrario a las normas de cultura que protege el Derecho. Este tercer momento de la fase interna que recorre el delito puede, no obstante, ser suspendido por su autor, momentos antes de proseguir con los actos que le preceden, sin que ello implique sanción penal alguna, pues aún no se ha violado la norma legal, ya que aún permanece en el fuero interno del agente la idea criminal.

La fase interna del *iter criminis* no tiene trascendencia penal a la luz del Derecho Positivo, y en virtud de la imposibilidad de que sea factible probar las ideas delictivas; además de que al ser inexistente la materialización de la idea criminal en actos o palabras, hácese imposible la lesión de algún interés protegido penalísticamente, anota certeramente Pavón Vasconcelos,⁸⁹ puesto que mientras la idea criminosa permanece en lo íntimo de la conciencia, no se da infracción alguna al orden jurídico establecido, estimación que encuentra sustento y apoyo en el principio de la impunidad de las ideas, señalado en las Partidas y aún antes por Ulpiano, bajo la fórmula del *"cogitationis poenam nemo patitur"* (Digesto, lib. XLVIII, tit. 19, ley 18).

Máxima estudiada con singular maestría por Massari, de acuerdo a las palabras de Jiménez de Asúa, quien agrega que la fórmula de las Partidas que se complementa con la de Ulpiano, es terminante y clara al disponer: *"pensamientos malos vienen muchas vegadas en los corazones de los homes, de manera que no se afirma en aquello que piensa para lo cumplir, por fecho: et despues deso, asman que si lo cumpliesen que farlan mal, et rapientense. Et por ende decimos que cualquier home que se repintiese del mal pensamiento antes que comenace a obrar por el, que non meresce por ende pena ninguna, porque los primer movimientos de las voluntades no son en poder de los homes"* (Ley II, tit. 31, p. VII).⁹⁰

En la fórmula antes citada, se observa que en ésta se pone énfasis en el hecho de que el hombre, por su misma naturaleza, puede ser presa fácil del pensamiento criminal hacia sus semejantes, y que no obstante, la inexecución objetiva o material de tal intención o en su caso el arrepentimiento efectivo de dicho pensamiento delictivo, no debe merecer pena ninguna; pues muchas veces el pensamiento escapa a la voluntad del hombre.

Por virtud de las razones que se exponen, en la fase interna del *iter criminis* no es posible hablar de delito, ni por ende, de penalidad alguna.

⁸⁹ *ibid.* p. 11.

⁹⁰ Pavón Vasconcelos, *op. cit.* p. 460.

3.1.2. FASE EXTERNA U OBJETIVA.

Una segunda etapa en el camino del delito lo constituye la fase externa del delito, o sea, el momento en que el delito es exteriorizado del fuero interno del agente hacia el mundo material o físico por medio de los sentidos a través de actos o palabras, hasta llegar al agotamiento del delito que representa el momento último en su vida.

Algunos autores como Malo Camacho, ubican en forma genérica, dos momentos en la integración de la fase externa del *iter criminis*: El periodo que transcurre desde el inicio de la exteriorización de la voluntad, hasta el momento anterior a la consumación y la etapa de consumación del delito; esto es, la actividad desplegada por el agente como propósito de cometer el ilícito, como una primer división; y en segundo término, la etapa consumativa en donde el efecto deseado ha sido realizado.⁹¹ No obstante, es claro que una vez que el propósito delictivo ha sido exteriorizado por medio de actos o palabras, se está en presencia de la fase externa del delito.

Sobre el particular, distinguidos juristas como Carrancá y Trujillo y Carrancá y Rivas,⁹² al igual que Jiménez de Asúa, estiman que entre la fase interna y la fase externa del delito existen varias zonas intermedias, que salen del ámbito de la primera y no pueden ser consideradas como parte de la segunda; en clara alusión a los llamados "casos de resolución manifestada", como en el caso de la *conspiración* para cometer el delito de traición a la patria, tipificado en nuestra Legislación Penal Federal en el Libro Segundo, Título Primero, en el capítulo correspondiente.

Sin embargo, por nuestra parte, estimamos que en el *iter criminis* convergen solamente dos fases: interna y externa. Ello en virtud de considerar que toda actividad que salga del fuero interno representa en sí, expresión externa del delito, lo cual acontece, según nuestra apreciación, en los casos de "resolución manifestada".

La resolución manifestada del delito representa la primera expresión exteriorizada que contempla el camino del delito, pues si bien es verdad que no constituye

⁹¹ Malo Camacho, Gustavo. Tentativa del delito. México, Editado por la UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, primera edición, 1971, pp. 26-29.

⁹² cf. Carrancá y Trujillo, Raúl. Carrancá y Rivas, Raúl. Código Penal Anotado. México, Editorial Porrúa, S.A., décimo octava edición, 1995, pp. 389.

propiamente y en rigor actividad material ni acto material; sí es ya manifestación externa de la intención delictuosa encaminada al propósito criminal del agente, que podemos entender como: "El acto de voluntad mediante el cual el individuo exterioriza su idea criminal mediante la palabra", según concepción que es utilizada por Pavón Vasconcelos.⁹³ De lo anotado, podemos observar que la característica predominante de esta primer expresión externa del delito es verbal, surge del lenguaje, al manifestarse el propósito de delinquir; sin que en virtud de ello, exista aún violación a alguna norma de carácter penal, pues al igual que acontece con la resolución mental, no se vulnera objetivamente ningún interés jurídico tutelado. No obstante las precisiones hechas sobre la cuestión, existen una serie de figuras legales que bajo la denominación de *resolución manifestada*, encuadran hechos punibles, que si bien, no constituyen en puridad actos ejecutivos del delito, el legislador ha estimado tipificarlos por virtud de la protección de intereses jurídicos que son considerados fundamentales para la preservación del Estado.

Antes de mencionar algunos casos de resolución manifestada, nos parece conveniente apuntar que las también llamadas *meras manifestaciones de voluntad* en su sentido típico y antijurídico, al ser protegidas y sancionadas no sólo cuando le son lesivas al Estado, sino que su sola puesta en peligro configura su objeto y razón de existencia en el Código Penal Federal y en algunos casos en su similar para el Distrito Federal. Entre algunas de estas especies típicas que constituyen casos concretos, existen diversos casos de proposición, conspiración, provocación, incitación, invitación, inducción, instigación, excitación, apología del delito y amenazas; mismas que han sido elevadas a la categoría de delito en nuestras Leyes Penales. No obstante, observa Pavón Vasconcelos, en estricto rigor doctrinario y por su específica fisonomía inherente no constituyen propiamente delitos.⁹⁴

Así, en nuestro Derecho Penal se han elevado a la categoría de delito resoluciones manifestadas tales como la *proposición* del delito, que el Código Civil Español refiere como: "La invitación que se hace a otra u otras personas a cometer un delito, el que ha resuelto ejecutar".⁹⁵ Es relevante el propósito de hacer surgir en el ánimo de quienes se realiza ésta pretensión ilícita; por virtud de lo cual la *proposición* debe ser hecha de manera formal a su destinatario o destinatarios, pues de lo contrario no quedaría configurada ni a título propio, esto es, si tal acción resulta personal.

El artículo 123, fracción XI, del Código Penal Federal, contempla una clara muestra de resolución manifestada, al sancionar con pena de prisión de cinco a cuarenta años y multa hasta de cincuenta mil pesos, al mexicano que cometa el delito de traición a la patria que... "invite a los individuos de otro Estado para que hagan armas contra México o invadan el

⁹³ Pavón Vasconcelos, op. cit. p. 11.

⁹⁴ *ibidem*. p. 12.

⁹⁵ cf. Palomar de Miguel, Juan, Diccionario para Juristas, México, Editorial Mayo Ediciones, S. de R. L., primera edición, 1981, p. 1094.

Territorio Nacional, sea cual fuere el motivo que se tome; si no se realiza cualquiera de estos hechos, se aplicará la pena de cuatro a ocho años de prisión y multa hasta de diez mil pesos". El precepto en cita, encierra la *invitación* a delinquir, misma que debe ser hecha en sentido formal para su ideal integración, además a las personas a las que se les hace puede ser a una o varias; en virtud de lo cual el concepto "*invitación*", no puede ser considerado como ajeno a la *proposición*.

La *incitación* es otro tipo de resolución manifestada que es contemplada en nuestra Legislación Penal Federal, y que de conformidad con su artículo 142, puede hacerse presente bajo los delitos de traición a la patria, espionaje, rebelión, sedición, motín, terrorismo, sabotaje y conspiración. La *incitación* puede ser realizada por cualquier medio idóneo y por medios positivos para su debida integración fáctica.

La *instigación* es otra especie considerada en el precepto antes citado, que supone: "El delito que se comete por el simple hecho de instigar públicamente a cometerlos, aunque el acto criminal a que se instiga, no haya tenido realización", según el concepto que sobre el particular nos ofrece el Diccionario para Juristas.⁹⁶ Tal supuesto, implica además de la *proposición* e *incitación*, una reiterada actividad por parte del sujeto activo de la idea criminal, a mover el ánimo del sujeto pasivo de la realización, el cual, a diferencia de la *inducción*, no logra alcanzarse. Con relación al referido artículo, la *invitación*, representa no sólo la transmisión hecha a otro acerca de la idea criminosa, sino que ésta debe ser realizada de manera formal y por cualquier medio.

El artículo 141 del Código Penal Federal, prevé el delito de *conspiración*, según señala su texto: "Se impondrá pena de uno a nueve años de prisión y multa hasta de diez mil pesos a quienes resuelvan de concierto cometer uno o varios de los delitos del presente título y acuerden los medios de llevar a cabo su determinación". De manera tal que el delito de *conspiración* puede presentarse en los supuestos de traición a la patria, espionaje, rebelión, sedición, motín, terrorismo y sabotaje.

Así, la *conspiración* supone, de acuerdo con el Diccionario Jurídico: "Unirse algunos contra su superior o soberano; unirse contra alguien para perjudicarlo".⁹⁷ Pavón Vasconcelos define la *conspiración* como: "El acuerdo, el concierto entre dos o más personas para ejecutar determinado delito".⁹⁸ Sobre dicho particular, Malo Camacho la estima como la transmisión del propósito criminoso hecho por un sujeto a otros, con anuencia de estos respecto de tal fin, abundando el citado autor que: "En tal caso, parece presentarse no sólo la comunicación de un mero propósito aún no bien delineado, sino una resolución delictuosa

⁹⁶ ibídem. p. 728.

⁹⁷ ibídem. p. 307.

⁹⁸ Pavón Vasconcelos, op. cit. p. 13.

plenamente definida, en la que el propio agente o agentes que podrían considerarse como sujetos pasivos de la relación que determina el delito, al menos en su origen, se presentan también como posibles ejecutores. Existe un concierto entre la voluntad de los diversos individuos derivada de la aceptación a participar en el futuro hecho criminoso y puede afirmarse -señala- que opere un auténtico aunque tácito acuerdo criminoso, denominado en algunos países como conjura y en otros complot; su previsión se presenta asimismo siempre en tipos específicos que suponen la protección a bienes jurídicos de la más alta jerarquía, que se establecen a la base del derecho penal, de los valores considerados indispensables para el mantenimiento del Estado".⁹⁹ De tal suerte, la *conspiración* implica no una simple invitación formal a participar a otros del propósito delictivo por parte de su autor, sino que existe una resolución criminal fruto de la deliberación en concierto de sus participantes, sin la cual resultaría inexistente dicha especie criminal. Única figura delictiva de resolución manifestada que supone castigo tanto para quien dio origen a la conspiración, como a los miembros del grupo conspirador y que, como ya quedó apuntado, en nuestro Derecho positivo la *conspiración* solamente puede realizarse en virtud de los delitos que atenten contra la seguridad exterior e interior de la Nación.

Por su parte, Carrancá y Trujillo así como Carrancá y Rivas,¹⁰⁰ distinguen como elementos de la *conspiración* a los siguientes:

- a) Que dos o más personas resuelvan cometer alguno de los delitos tipificados en el Título Primero del Libro Segundo del Código Penal;
- b) Que establezcan entre sí un acuerdo consistente en los medios idóneos para ejecutar su delito, y;
- c) Que con su conducta quieran lesionar el objeto jurídico propio del delito a examen.

De las formas de resolución manifestada, resulta claro que únicamente pueden surgir a la luz del Derecho Penal por virtud de ser consideradas por el legislador como tipos especiales, cuya finalidad es la conservación del orden jurídico que entraña la protección de bienes jurídicos fundamentales para el Estado, cuya sola puesta en peligro es razón suficiente del legislador, sobre dicho particular.

⁹⁹ Malo Camacho, op. cit. p. 32.

¹⁰⁰ Carrancá y Trujillo, Carrancá y Rivas, op. cit. p. 388.

El delito de *amenazas*, previsto en el artículo 282 del Código Penal Federal, ha sido estimado por Jiménez de Asúa, como un tipo penal autónomo, por lo que rechaza sea una especie de la resolución manifestada, al hacer notar que mientras en éstas la manifestación es dirigida al posible codelincuente, en las *amenazas* la expresión de la voluntad criminal es encaminada y toma a la misma víctima como destinatario. Este delito de los llamados de expresión, reúne todos los elementos esenciales: "una manifestación de la voluntad y un resultado. Resultado que es una disminución de la propia tranquilidad".¹⁰¹ Ciertamente, y toda vez que el bien jurídico que se protege lo constituye la paz y seguridad de las personas, la conducta que atente contra dicho bien, no implica la consumación material de sus fines, sino que la lesión se integra en el momento en que el agente da a entender con palabras o con hechos, que desea inferir algún mal al pasivo del evento.

La *provocación* del delito constituye también un delito autónomo tipificado en el precepto 209 del Código Penal para el Distrito Federal, referido a la exaltación o alabanza pública de conductas descritas en la ley como delictivas o contrarias al orden legal establecido, las cuales son también extensivas a los vicios, salvo disposición en contrario; entendido ello como toda actividad humana tendiente a adquirir malos hábitos y costumbres que perjudican la salud física y mental. Cuya posibilidad de realización deviene en el peligro de influenciar a los demás a cometer actos delictivos y contrarios a las normas protegidas por el Derecho, que de acuerdo al Código Civil de España y según el Diccionario para Juristas, la *provocación* del delito es: "Incitación de palabra, por escrito o impreso, u otro medio de posible eficacia, a la perpetración de cualquier delito".¹⁰² Supone así, en opinión de Malo Camacho, un grado más avanzado en el *iter* que la *proposición*, pero menor que la *excitación*, ya que denota e implica el primer momento de transmisión de la idea criminal o respecto del hecho deseado.¹⁰³ Previendo en el artículo citado, una sanción aplicable de "... diez a ciento ochenta jornadas de trabajo en favor de la comunidad, si el delito no se ejecutare; en caso contrario se aplicará al provocador la sanción que le corresponda por su participación en el delito cometido".

En lo que respecta a la *inducción e instigación* el artículo 13 fracción V, del Código Penal para el Distrito Federal, señala como responsables de los delitos: A "los que determinen dolosamente a otro a cometerlo". De lo anterior se advierte que no se hace mención de los términos *instigar* ni tampoco el de *inducir*. La *instigación* supone, de acuerdo con el Diccionario para Juristas: "El delito que se comete por el simple hecho de instigar públicamente a cometerlos, aunque el acto criminal a que se instiga no haya tenido realización".¹⁰⁴ Esta especie delictiva implica, además de la *proposición e incitación*, una reiterada actividad por parte del sujeto activo de la idea criminal, a mover el ánimo del sujeto pasivo de la relación, el cual, a diferencia de la *inducción*, no logra alcanzarse. La *inducción*, por otro lado y según definición que aparece en el diccionario citado: Es "instigación o persuasión para que otro cometa delito".¹⁰⁵ No obstante, ambos términos gozan de la misma

¹⁰¹ Jiménez de Asúa, op. cit. 467.

¹⁰² Palomar de Miguel, op. cit. p. 1094.

¹⁰³ Malo Camacho, op. cit. p. 31.

¹⁰⁴ Palomar de Miguel, op. cit. 728.

¹⁰⁵ *ibidem*. p. 710.

esencia a los efectos del artículo de referencia, en virtud de lo cual, la actividad desplegada por el inductor o instigador debe ser encaminada dolosamente no solamente a mover el ánimo del sujeto a quien es dirigida, sino al pleno convencimiento de éste, quien albergará las posibilidades de éxito de la empresa criminal inducida por otro; aceptando, en tales condiciones, la idea delictuosa.

En otro orden de ideas, y como hemos apuntado en el desarrollo del presente estudio, la doctrina se muestra casi unánime en aceptar la impunidad de los *actos preparatorios del delito*, en virtud de argumentos bastantes sólidos en que se sustenta tal consideración.

Sobre esa estimación, los actos preparatorios son aquellos que tienden a preparar el delito, es decir, constituyen los primeros actos materiales desplegados por el agente, que tienden a allegarse de los medios o instrumentos necesarios para la consecución de sus fines ilícitos que también puede consistir en ir preparando el terreno idóneo para tal finalidad. Estos medios o instrumentos pueden consistir en la compra de ganzúas y cuerdas u otros objetos para realizar escalamientos; que bien podrían ser utilizados para cometer algún delito o bien con fines lícitos. Otro ejemplo de lo anterior, podría ser aquél en el cual el individuo realiza la compra de una arma de fuego, la cual podría estimarse bajo dos supuestos: Por una parte, podría tener por objeto adquirir el arma con el lícito propósito de la protección del hogar u otros bienes adyacentes; y asimismo, con la finalidad de cometer un delito de homicidio u otros ilícitos.

Evidentemente, este tipo de actos pueden tener una doble finalidad, lo que los hace objetivamente impunes a la luz del Derecho Penal liberal, no obstante el hecho de que subjetivamente pueda demostrarse la intencionalidad criminosa del agente. En dicho sentido Jiménez de Asúa,¹⁰⁶ ha expresado que ya desde entonces los autores clásicos defendieron la impunidad, en general, de los actos preparatorios, en virtud de considerar que no llegan a constituir violación de la norma jurídica, por su naturaleza indeterminada que hace peligroso su castigo, señala el citado autor, en cuanto se presta a la arbitrariedad judicial, y por razones de utilidad para favorecer los desistimientos. Citando al ilustre Carrara, hace notar que éste distingue los actos preparatorios de un modo absoluto en los que hace falta todo principio de ejecución, de manera que, aún existiendo confesión del reo, no deben castigarse como tentativa por un defecto que está en su naturaleza; ya que la falta de todo principio de peligro actual y apreciados los actos preparatorios de modo contingente que, respecto a una determinada intención del sujeto ofrecen un principio de peligro, pero deben considerarse las más de las veces como meramente preparatorios, por ser equívocos, y han de dejarse impunes por no tenerse seguridad de que tenían un delito.

¹⁰⁶ Jiménez de Asúa, op. cit. pp. 471-472.

En consecuencia, como lo hiciera notar Mezger¹⁰⁷ al afirmar que "a la tentativa no pertenecen los simples actos preparatorios", por ser de naturaleza equívoca y caracterizados por su ambigüedad y principalmente porque en estos hay inexistencia de todo principio de ejecución, esto es, hace falta el principio de peligro actual.

No obstante lo acotado, cabe hacer el comentario que existe una corriente doctrinaria proveniente de la escuela positiva con Garófalo y Ferri, que sostiene la punibilidad de los actos preparatorios con base en ciertas condiciones subjetivas referentes al índice de peligrosidad manifestada por el agente, delincuencia habitual y dirección real del propósito criminal. Posición que ha sido rechazada por virtud de los principios liberales del Derecho y bajo los razonamientos citados anteriormente al particular.

Para hablar de los *actos ejecutivos*, previamente hay que tomar en consideración que indudablemente la frontera indivisible entre la tentativa punible y la tentativa impune, lo constituye el "início de ejecución", auténtico elemento diferenciador observado ya en el Código Napoleónico de 1810; en la fórmula que prevé al delito tentado, sin embargo, en las distintas legislaciones y en la propia, si bien, dicho elemento diferenciador ha sido aceptado y servido de fundamento para la punición de la tentativa del delito, no ha sido suficiente el que dicho término se haya aceptado en las distintas legislaciones que así lo hicieron al igual que nuestro país, relativo a la descripción típica de la tentativa, mismo que la Suprema Corte de Justicia ha confirmado en reiterados ocasiones por medio de la jurisprudencia.

Los actos ejecutivos se distinguen de los preparatorios por ser generalmente unívocos, es decir, por cuanto por sí mismos resultan capaces de expresar objetivamente la intención de su autor de delinquir, y entrañan, por tanto, peligro de lesión. Aunado a su univocidad, estos actos además tienen la característica de ser idóneos en la realización pretendida del hecho delictivo. También se debe considerar al efecto, una vez demostrada la objetividad del acto tentado, el aspecto subjetivo del delito tentativo, consistente en la intencionalidad criminal fundamentadora de la culpabilidad, ingrediente necesario en la debida integración de la tentativa punible. Además de converger en el hecho de tentativa algunas otras circunstancias concomitantes, como la dirección y temporalidad, así como los elementos normativos descritos en la norma principal incriminadora.

Como es de sobra conocido, aún no existe en la doctrina un criterio suficientemente certero y aceptable, capaz del convencimiento pleno de ubicación o mayormente aproximado al momento en que comienza la violación típica de la norma principal incriminadora, cuyo proceso de subsunción se realiza a través de la especie genérica descrita en el artículo 12 del Código Penal para el Distrito Federal. No obstante, la tesis que nos parece

¹⁰⁷ Mezger, Edmundo. *Tratado de Derecho Penal II*. Madrid, Revista de Derecho Privado, segunda edición, (traducido por José Arturo Rodríguez Muñoz), 1949, p. 223.

más acertada es aquella que parte del “comienzo de ejecución” del delito, vista la objetividad típica y antijurídica del hecho o del acto realizados, así como el paso a el estudio que se desprende de la subjetividad de ello, y en general las circunstancias propias concurrentes al hecho criminal.

En ese contexto, existen diversas teorías sobre el particular, algunas de las más importantes son: El criterio objetivo de la *univocidad* de Klosting; la teoría de Carrara sobre la *univocidad*, así como su segundo intento doctrinario de mejorarla bajo la denominación del *ataque a la esfera de la víctima*; la teoría de Beling sobre el *comienzo típico de ejecución*, y sus intentos por perfeccionarla con su teoría de *los complementos de la acción*; la teoría de Manzini sobre el *inicio de la violación de la norma*; los denominados *actos precedentes*, necesarios a la tentativa; el criterio de *la causalidad operante*; el criterio *subjetivo* de la tentativa. Así como la actual posición de distinguidos Juristas Alemanes e Italianos, que indudablemente han enriquecido con sus obras la inagotable esencia del delito tentado; sin dejar de observar que en nuestro país y muchos otros, han sido recogidos dichos legados dándole una visión aún más allá de nuestras fronteras y de su controversial naturaleza.

Finalmente, cabe mencionarse el hecho de que la naturaleza ejecutiva del acto de tentativa es muy difícil de ubicar en un concepto general; sin embargo, estimamos, sin pretender que ello sea la solución, que el inicio de ejecución de un acto punible a título de tentativa, podría hallarse insito cuando el acto desplegado por el agente comienza a vencer la prohibición legal descrita en la norma principal incriminadora, en función de que realizado ese acto o actos, objetivamente, al tocar donde empieza el extremo de lo prohibido da origen a su ejecutividad, es decir, el estímulo material del acto ha traspasado la línea física de lo impune, para colocarse dentro de lo punible, al haber estimulado eficaz e idóneamente uno de los grados del *iter criminis*, que sin llegar a la consumación, adquiere todos los elementos genéricos y característicos del delito.

Por lo que respecta al *delito consumado*, podemos decir de este que cuando la conducta criminal alcanza sus fines perseguidos, produciendo el resultado descrito en la norma prohibitiva y existe una exacta adecuación típica entre el hecho realizado y el tipo legal concreto, es cuando nos encontramos en su presencia, es decir, que se han actualizado y configurado todos y cada uno de los elementos que requiere el tipo penal del delito en su amplia acepción legal. Mientras que Liszt lo representa como: “El acto mismo contrario al derecho, culpable, definido por la ley”, expresando el autor que deben haber concurrido todos los caracteres del hecho particular constitutivo del delito, y que, especialmente, se haya producido el resultado exigido por la ley en la definición del delito concreto.¹⁰⁸

¹⁰⁸ Von Liszt, Franz. *Tratado de Derecho Penal III*. Madrid-España, Editorial Reus, S.A., segunda edición, (traducido por Luis Jiménez de Asúa), 1929, p. 2.

En opinión de Edmundo Mezger: "El delito aparece consumado cuando se realizan todas las características del tipo".¹⁰⁹

Jiménez de Asúa, por su parte considera que: "Cuando el delito objetivamente se perfecciona, cuando el delincuente realizó la lesión jurídica que resolvió ejecutar su voluntad, se dice que el delito se encuentra consumado".¹¹⁰ Citando a Carrara, expone del delito consumado, que: "Consiste en haber alcanzado la objetividad jurídica que constituye el título especial de un delito dado"; y según Berner, a cita del Jurista Español, se alcanza cuando la acción ha realizado el llamado tatbestand o tipo legal en la doctrina Alemana.

Zaffaroni define al delito consumado en virtud de la adecuación típica de todos los elementos esenciales que conforman un tipo penal determinado y descrito en la Ley Penal como delito, observando así, que se deben tomar en cuenta los elementos de cada tipo de que se trate.¹¹¹

En voz de Ramón Palacios, el delito es consumado y perfecto en razón de corresponder el acto humano de voluntad con la lesión completa del bien contemplado en el precepto tipificador, y citando a Saltelli y Romano di Falco, señala que éste existe: "Cuando por efecto de la actividad del sujeto se han realizado todos los elementos exigidos por el tipo".¹¹²

Carrancá y Trujillo atinadamente anota que: "En nuestro Derecho no se define el delito consumado, lo que es lógico, pues cuando la acción causa el resultado el delito es consumado". Haciéndonos notar que el delito es consumado en función de la acción que reúne todos los elementos genéricos y específicos que integran el tipo legal a saber.¹¹³

Finalmente, para Porte Petit, al hacer la distinción entre consumación y agotamiento del delito, dice del primero, que implica la realización del delito, y que asimismo, constituye el final del *iter criminis*, dejando de esa manera fuera al agotamiento de dicho proceso.¹¹⁴

¹⁰⁹ Mezger, op. cit. p. 219.

¹¹⁰ Jiménez de Asúa, op. cit. p. 492.

¹¹¹ Zaffaroni, op. cit. p. 644.

¹¹² Palacios J., Ramón. Tentativa. México, Editado por la UNAM, primera edición, 1951, pp. 30-31.

¹¹³ Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano. México, Editorial Porrúa, S.A., décimo sexta edición, 1988, p. 669.

¹¹⁴ Porte Petit, op. cit. p. 796.

Dentro del llamado camino del crimen, existe una corriente doctrinaria que considera el *agotamiento del delito*, como la fase última del *iter criminis*, es decir, de dicho proceso ejecutivo. A su vez, existe otra posición, la mayoritaria, que es aquella que considera que el agotamiento no pertenece al camino del crimen, en virtud de su notable intrascendencia penal, y por ser estimada posterior a la consumación, esto es, que el delito no requiere para su perfección como tal, que el agente logre los fines propuestos.

Jiménez de Asúa hace notar que si después de la perfección del delito, continua el desenvolvimiento ulterior con nuevo daño, hasta lograrse el fin ilícito propuesto, se dice que el delito está agotado; pues de no agotarse el hecho, es detenerse en la violación jurídica, y agotarlo, es conseguir el propósito finalmente perseguido, finalizando de esa manera su punto de vista el autor en cita.¹¹⁵

Evidentemente no existe obstáculo alguno para no considerar el agotamiento como el último momento de la fase externa del *iter criminis*, independientemente de que ésta pueda aparecer o no, por su naturaleza misma, como ya antes se mencionó, no tiene ordinaria trascendencia penalística; puesto que sólo excepcionalmente los actos de tal carácter constituyen un delito autónomo o independiente, por virtud de lesionar un bien jurídico distinto o afectante de una persona diversa.

No obstante lo anterior, en la vida del delito el agotar es cumplir con los fines y objetivos que inicialmente se propuso el agente, como antes pudimos observar de lo expuesto por Jiménez de Asúa.

Por nuestra parte, consideramos que agotar el delito, visto como el momento en que el delincuente cumple con los fines criminales a que destinó su actividad progresiva, ciertamente ya no es muy trascendente para efectos de configurar el hecho típico, antijurídico, culpable y punible, aspecto suficiente para estimar la perfección del delito o del camino para llegar a éste; y en dicha virtud puede o no ser considerado como el momento último de la fase externa del *iter criminis*, dado que ya no trasciende para la realidad jurídico-penal que el delincuente cumpla cabalmente con los fines perseguidos; sin embargo, no está de más su apreciación en cualquier estudio que sobre el particular se deba realizar.

De esta manera concluimos con las fases interna y externa del *iter criminis*, cuyo conocimiento resulta fundamental en la apreciación que debe hacerse a la figura en estudio, en el entendido de poder ubicar dentro de su desarrollo progresivo donde aún no es punible el delito tentado, y donde comienza su referencia típica y fundadora de su punibilidad.

¹¹⁵ Jiménez de Asúa, op. cit. p. 493.

3.2. ASPECTO POSITIVO Y NEGATIVO EN EL DELITO TENTADO.

La teoría del delito es, sin duda alguna, parte fundamental y esencial en la comprensión de lo que debemos entender por *delito*, ya que ésta es igualmente estimada como: "La parte de la ciencia del Derecho Penal que se ocupa de explicar qué es el delito en general, es decir, cuales son las características que debe tener cualquier delito", según la concepción que sobre ello nos ofrece Zaffaroni.¹¹⁶

En dicha virtud, el delito representa, de acuerdo a su descripción legal expresada en el párrafo primero del artículo 7o. del Código Penal del Distrito Federal, un concepto unitario, es decir, simple y llanamente se expone que delito: "Es el acto u omisión que sancionan las leyes penales". Lo cual nos parece correcto, en razón de que su concepción es acorde a los fines de su previsión legislativa; sin embargo, y para los efectos prácticos que nos interesa, resulta insuficiente a todas luces tal significación, pues el contenido genérico de la infracción penal es lo que nos interesa conocer y consecuentemente, ubicar en ese contexto a la tentativa del delito, como una actividad o hecho representativo de la conducta.

El delito debe seguir también un orden determinado en su conocimiento, ya que la misma teoría del delito "es una construcción dogmática que nos proporciona el camino lógico para averiguar si hay delito en cada caso concreto", atinadamente ha puesto de relieve Eugenio Zaffaroni.¹¹⁷ Es por ello que, como dice el citado Penalista Argentino, se hace necesario estratificar el concepto del delito en un orden lógico y atento a los elementos constitutivos del mismo, esto es, bajo sus propios caracteres genéricos y específicos que lo integran, sin perder de vista que el delito es una unidad, no una suma de sus componentes.

En ese contexto y como sabemos, el delito implica un hecho desplegado e insito de una conducta humana, es decir, que solamente de la actividad del hombre puede surgir el delito, lo cual puede ser apreciado con toda claridad en los tipos penales previstos y descritos en el Libro Segundo del Código Penal para el Distrito Federal, así como en su similar de aplicación federal, que describen conductas o hechos criminales asociados a una pena.

Consecuentemente, **la conducta** se erige como el primer elemento configurativo del delito. En esa tesitura y entendida la conducta como una acción u omisión referida esa dicotomía a sus formas de expresión, la inexistencia o incomprobación de éste

¹¹⁶ Zaffaroni, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal. México, Cárdenas Editor y Distribuidor, segunda reimpresión, 1994, p. 333.

¹¹⁷ *ibidem*. p. 334.

hacer o no hacer positivo, hace nacer su aspecto negativo en virtud de la **ausencia de conducta**.

Y cuando la conducta se adecua a alguno de los tipos legales de referencia, decimos entonces que se trata de una **conducta típica**, esto es, surge un segundo elemento denominado **tipicidad**, la primera de carácter genérico y el segundo de carácter específico, siendo la conducta típica una especie del género conducta.

La atipicidad constituye el aspecto negativo del delito que se caracteriza por la falta de adecuación entre la conducta o hecho realizado por el individuo con la descripción típica descrita en el texto legal referido al delito concreto.

Sin embargo, no toda conducta típica es constitutiva del delito, puesto que en el artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal, se distinguen diversos casos que operan como causas de exclusión del delito que excluye el carácter delictivo de ésta, es decir, existen situaciones en que la ley permite realizar hechos típicos sin ninguna trascendencia represiva para quien los ejecute; o lo que es lo mismo, operan **causas justificantes** del delito en su favor, tal como acontece en la fuerza física irresistible, el estado de inconsciencia, algunos supuestos de error, el estado de necesidad, la legítima defensa y el cumplimiento de un deber, por citar algunos supuestos.

Pero cuando la conducta típica no está permitida por alguna de las causas de referencia, decimos que con ello se ha trastocado el orden jurídico establecido, al existir una contradicción entre el hecho típico realizado por el individuo y las normas de Derecho que son protegidas, lo que da origen a calificar el hecho típico como **antijurídico**, segundo carácter específico del delito. Resultando, pues, la antijuridicidad, como un elemento de contrariedad con el orden jurídico establecido que funciona como unidad armónica de la sociedad.

Amén de lo anterior, no podemos aún establecer con toda seguridad que toda conducta típica y antijurídica es constitutiva del delito, por virtud de que quien ha ya realizado el hecho típico y antijurídico, debe reunir además, los presupuestos de la **culpabilidad**: capacidad para entender la ilicitud de la conducta realizada (imputabilidad); exigibilidad de conducirse conforme a derecho y no contrariando sus normas (conciencia de antijuridicidad) y; reunidos ambos presupuestos, se determina erigir un juicio valorativo de la conducta (reprochabilidad). En consecuencia, si el hecho típico y antijurídico es caracterizado porque haya sido evidenciado por un sujeto que no tenía la capacidad de comprender y entender la ilicitud de sus actos, por padecer un trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, por ejemplo; no podemos decir que le haya sido exigible actuar de modo diverso a como lo hizo, y

por lo tanto, no es admisible enjuiciarlo de acuerdo al hecho acaecido. surge entonces el aspecto negativo de la culpabilidad, o lo que es lo mismo, la **inculpabilidad**.

De lo expuesto, coincidimos en la concepción que del delito nos ofrece Zaffaroni, quien distingue lo siguiente: "Delito es una conducta humana individualizada mediante un dispositivo legal (tipo) que revela su prohibición (típica), que por no estar permitida por ningún precepto jurídico (causa de justificación) es contraria al orden jurídico (antijurídica) y que, por serle exigible al autor que actuase de otra manera en esa circunstancia, le es reprochable (culpable). El injusto (conducta típica y antijurídica) revela el disvalor que el derecho hace recaer sobre la conducta misma en tanto que la culpabilidad es una característica que la conducta adquiere por una especial condición del autor".¹¹⁸

Es indudable que en el estudio analítico del delito debe existir, como antes quedó anotado, un orden lógico jurídico para su debida sistematización, lo que se conoce como "graficación del proceder analítico", por virtud de lo cual, no podemos comenzar a analizar si el causante de un hecho criminal es culpable sin verificar primero si existió una conducta que pueda ser atribuida al mismo, ya que de ser así, se trastocaría el orden que la dogmática penal ha enseñado sobre ello, lo cual sería un contrasentido. Y en dicha virtud, lo primero que debemos preguntarnos para determinar si hubo o no delito (aspecto positivo o negativo, según el caso), es si realmente existió una conducta, porque faltando el carácter genérico de la infracción penal, se hace presente un supuesto de ausencia de conducta, y en ese caso no tiene ningún sentido indagar en los subsecuentes elementos del delito, pues siendo éste una unidad indisoluble, la ausencia de cualquiera de los que lo integran destruye su existencia. Si hay conducta, se debe indagar sobre sus caracteres específicos, esto es, determinar si la actividad desarrollada por el agente está descrita o individualizada en un tipo penal, porque si no es así, no tiene objeto si está permitida o es contraria al orden jurídico, y menos aún si debe ser reprochable, lo cual sería estimado como atipicidad. Si la conducta es típica, entonces cabría analizar si resulta antijurídica, elemento objetivo de valoración que pugna contra las normas del Derecho, y si no es configurable la misma, no tiene sentido preguntarse si era o no reprochable al sujeto; más en caso afirmativo, corresponde distinguir el aspecto subjetivo del hecho delictivo, o sea, el elemento culpabilidad o bien, su sentido negativo, la inculpabilidad.

Este sencillo bosquejo sobre el delito y los elementos que lo constituyen, de acuerdo a la teoría del delito como construcción dogmática que nos ofrece el camino lógico a su entendimiento, es absolutamente inherente a la tentativa del delito, se considere delito perfecto o imperfecto, según las opiniones sobre ello, puesto que la **tentativa es delito** también, y por tanto, sus caracteres (genérico y específicos) son susceptibles de análisis tanto en el aspecto positivo como en su aspecto negativo, sobre lo cual versará la dicotomía de su existencia o inexistencia como infracción penal y susceptible de pena.

¹¹⁸ ibíd. p. 343.

3.2.1. CONDUCTA Y AUSENCIA DE CONDUCTA.

El delito, considerado como una conducta típica, antijurídica, culpable y punible, desplegado por una actividad humana, nace a la vida fáctica del Derecho en forma de un hecho concreto, es decir, desde un punto de vista temporal, sus elementos surgen simultáneamente, sin que por dicha virtud exista una realidad primordial del hecho con relación a sus caracteres específicos de antijuridicidad y culpabilidad, sin embargo debe darse una necesaria prelación lógica entre ellos.

En ese contexto, se hace necesario el análisis del delito, bajo la fórmula o concepción analítica o atomizadora del mismo, que entendida como la mejor comprensión del todo mediante el análisis de sus partes, se establece como el método más adecuado para el entendimiento de la gran síntesis en la cual consiste el acto u omisión sancionados por las leyes penales, fórmula acuñada célebremente por Jiménez de Asúa.

La conducta representa, por tanto, el primer elemento ha considerar por significarse como el soporte naturalístico del ilícito penal, y por ello, sobre el hecho típico habrá de recaer la calificación de antijuridicidad y culpabilidad, elementos de carácter específico y de examen a la subjetividad especial de la conducta del agente, que habrán de dar vida al delito.

Al nacer simultáneamente los elementos del delito, el hecho se distingue como una realidad temporal, que al mismo tiempo, exige un análisis posterior al mismo, para determinar la existencia o inexistencia de los elementos integrantes de la infracción penal, por virtud de las reglas que sobre el particular la dogmática nos ha ofrecido generosamente; y atendiendo igualmente el alcance de nuestros textos Constitucionales que son sustento y fundamento natural, además de exigencia *sine qua non* para verificarse en el mundo fáctico del Derecho Penal la existencia del delito acorde al texto legal, y discernir sobre la viabilidad o inviabilidad de sus demás caracteres.

Sobre la conducta, encontramos que es diseccionada brillantemente por Pavón Vasconcelos, que en una concepción genérica sobre sus dos vertientes, con admirable claridad y sencillez lo expone de la manera siguiente: "La acción y la omisión, *formas de expresión de la conducta*, habrán de ser, *el punto de partida de toda investigación sobre el delito y este principio ineludible lo mismo rige en cuanto al hecho consumado que respecto a la conducta encaminada a su consumación. El pruis lógico del delito* -precisa su autor- lo constituye la conducta típica con su carácter objetivo de injusticia para después dejar paso al examen conclusivo de su subjetividad. Lo contrario, señala con todo acierto, sería trastocar el

*orden lógico de los elementos integrales del delito, posición subversiva de la actual estructura analítica de mismo".*¹¹⁹

De esa manera, podemos decir, siguiendo la línea de pensamiento del maestro Pavón Vasconcelos, que en el hecho delictivo yacen sus elementos que le dan el carácter de delito, tocando al juzgador determinar su existencia o inexistencia, para hacer posible el mandato Constitucional en su artículo 21, en la aplicación de las penas.

Resulta, pues, inobjetable, que sin la existencia de una conducta o un hecho, es imposible la integración del delito, sea ésta estimada en el sentido de acción u omisión; puesto que sin esta base fundamental sencillamente no surge a la vida el mismo y nos encontraríamos ante la ausencia de conducta como aspecto negativo de ésta, dicho de lo cual se hace entendible que sólo es posible el enjuiciamiento del sujeto autor, conforme a nuestro régimen Constitucional, cuando dado el hecho típico, se descubre su contrariedad con el Derecho, originante a su vez de la reprochabilidad de quien lo ha producido.

En ese sentido, resulta evidente que la conducta acuñada a la tentativa del delito como un hecho típico, puede distinguirse por un hacer o un no hacer voluntario, caracterizado por la ejecución del acto o actos parciales o totales tendientes a la consumación de la infracción penal. De ello se infiere el aspecto positivo de la conducta o lo que es lo mismo, y acorde a lo expuesto, que la conducta en la tentativa es la actividad desplegada en actos de ejecución u omisión del hecho realizado positivamente.

Por lo que se refiere a la ausencia de conducta, como aspecto negativo en la tentativa del delito, tenemos que considerar que dicha actividad solamente puede ser generada por la voluntad humana, por lo que si ésta no se encuentra dentro del catálogo de los tipos delictivos constitutivos de la parte especial del Código Penal para el Distrito Federal, y enlazados por el proceso de subsunción de la norma de tentativa a que hace referencia en su artículo 12, no es posible entrar al estudio de los elementos específicos que igualmente integran el delito tentado, ya que la conducta o actos de ejecución en éste, no nacen siquiera a la vida jurídica puesto que el Derecho Penal se desatiende de los hechos que no descubren el campo fértil de la ilicitud, por no ser relevantes a su finalidad de protección de los bienes jurídicos especificados en esa parte especial del Código Punitivo mencionado. Por virtud de lo cual sería absurdo preguntarse por la tipicidad, sin existir la conducta; más aún existiendo ella, es esencial que exista "voluntad" en el hecho tentativo, puesto que en caso contrario, tendría los mismos efectos negativos, verbigracia, los supuestos de fuerza física irresistible e involuntariedad (estado de inconsciencia).

¹¹⁹ Pavón Vasconcelos, op. cit. p. 84.

3.2.2. TIPICIDAD Y ATIPICIDAD.

Pavón Vasconcelos,¹²⁰ al hacernos referencia al tipo, en sentido *lato*, expone que este se identifica con el delito, concebido como la suma de sus elementos, concepción perteneciente a la vieja acepción del término usada, entre otros, por Beling y Liszt-Schmidt. Cuestión que para Mezger es ubicada dentro de la Teoría General del Proceso, como: "El conjunto de todos los presupuestos a cuya existencia se liga una consecuencia jurídica". Y en estricto sentido, limitado al Derecho Penal, considerando al tipo penal como: "*El conjunto de las características de todo delito*", diferenciándose así del tipo específico integrado por las notas especiales de una concreta figura del delito.

En ese orden de ideas, el citado autor nos expone el desarrollo que ha tenido la concepción del tipo penal o *tatbestand* en la Doctrina Penal Alemana, esto es, que después de ser considerado el *tatbestand* como el delito en sí, como el conjunto de sus elementos tanto objetivos como subjetivos, Beling expone que su significado es diverso, y su alcance restringido, "equivalente a la totalidad de los elementos objetivos descritos en el tipo, en la particular disposición legal", dejando fuera los elementos o referencias a la culpabilidad. Concepción a la que se adhiere Jiménez de Asúa, al darle una significación especial a su estimación del tipo penal, quien además nos indica que la vida diaria nos presenta una serie de hechos contrarios a la norma y que, por dañar en alto grado la convivencia social, se sancionan con una pena. El Código, o las leyes, los definen, los concretan, para poder castigarlos. Esta descripción legal, desprovista de carácter valorativo, nos lleva a la concepción del tipo legal estimado como: "La abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito".

Jiménez Huerta, en cita de Márquez Piñero,¹²¹ señala con todo acierto que el tipo penal, además de su funcionalidad metodológica, nos ministra las bases jurídicas substanciales y formales sobre las que descansa el delito; pues concretiza, a los fines penales, la antijuridicidad; concreción que realiza el legislador durante el proceso formativo de la ley, y queda en ella plasmada como prevención general y garantía para los ciudadanos, y como norte y guía del juzgador; y pone de relieve la forma que el comportamiento antijurídico del hombre ha de revestir para que pueda llegar a ser delictivo.

El tipo penal, en opinión de Zaffaroni: "Es un instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza predominantemente descriptiva; que tiene por función la

¹²⁰ *ibidem*. pp. 85-86.

¹²¹ Márquez Piñero, Rafael. El Tipo Penal. México, Editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, primera reimpresión, 1992, pp. 177-178.

individualización de conductas humanas penalmente relevantes (por estar penalmente prohibidas). Haciendo notar que el tipo pertenece a la ley, ya que es en ésta, en su parte especial del Código Penal, dónde hallamos los tipos penales, lógicamente necesarios para averiguar la antijuridicidad y la culpabilidad de una conducta que debe ser penalísticamente relevante.¹²²

En esa línea de pensamiento, Pavón Vasconcelos señala la importancia que representa la tipicidad, considerada ésta ya sea como la necesidad de acuñar los delitos en tipos y no en definiciones vagas y genéricas, o bien, como sucede con nosotros al estimar la tipicidad como la adecuación típica entre el hecho concreto y real y el tipo de delito o descripción legal de la norma, hecho el distingo entre tipo y tipicidad.

Se hace notar igualmente la trascendencia que representa la tipicidad en la norma de la tentativa, en virtud de que toda conducta o hecho, para ser relevante, requiere ser típico, carácter que se adquiere por cuanto se establece una relación formal con el tipo; por lo que los hechos que pueden ser acuñados en la norma de la tentativa, constituyen el inicio de su valoración objetiva o subjetiva, sólo si vive en ella la tipicidad sea como adecuación típica al modelo de la norma o tipo específico del delito tentado.

De esa manera, se observa que mientras en el delito consumado la adecuación del hecho real al tipo legal se logra de manera integral y completa, por cuanto en el proceso de tipicidad legal se requiere la presencia de todos los elementos descriptivos del tipo; en la tentativa dicho fenómeno capta solamente en forma parcial la conducta o hecho descritos en el tipo principal, aprecia en dicha frase Pavón Vasconcelos, quien también señala el acierto del criterio de Jiménez Huerta, al establecer sobre dicho particular que: "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".¹²³

En virtud de lo anotado, distínguese claramente que la tentativa no puede prescindir en manera alguna, del hecho constitutivo de la consumación, por virtud de que en base de éste, es como se construye la tipicidad del delito tentado, o lo que es lo mismo, si bien y a pesar de admitirse plenamente la autonomía de la tentativa del delito, no por ello queremos dejar por asentado que ésta no dependa de la norma principal, puesto que no obstante, que se capte parcialmente sólo parte del tipo principal, ello es suficiente para construir su tipicidad, su aspecto típico material, que aunado con la conducta o el hecho a los cuales se refiere su

¹²² Zaffaroni, op. cit. p. 391.

¹²³ Pavón Vasconcelos, op. cit. p. 87.

punibilidad, excluyendo la consumación, es lo que hace posible estructurar su concepto jurídico como delito tentado.

La noción de la tipicidad limita a los actos ejecutivos su actividad constitutiva, ya que sólo la ejecución tiene la facultad de poder captar parcialmente la conducta o el hecho descritos en el tipo principal, excluyéndose la preparación por no ser expresión del tipo esencial, la cual sería estimativa de los actos puramente preparatorios del delito, que deben considerarse impunes y separados indefectiblemente de los actos ejecutivos fundamentadores del peligro corrido y de la tentativa punible; no obstante la pugna sostenida por una parte de la doctrina que pretende se castigue el pensamiento malvado, es decir, que la intención del agente de fisonomía al acto de tentativa, relegando al acto mismo por virtud de un subjetivismo duramente criticado por un gran sector doctrinario.

Recapitulando, podemos decir que en la norma de la tentativa y dos de sus elementos ambivalentes como delito: tipicidad y atipicidad; vienen a ser ambos consecuencia fáctica y necesaria del delito tentado, al igual que en la consumación, adecuada (la tipicidad) a un tipo legal y necesarios para la existencia o inexistencia del mismo; los cuales son ubicados por la Doctora Olga Islas¹²⁴ de la siguiente manera:

1. Deber jurídico penal típico.
2. Bien jurídico típico.
3. Sujeto activo típico, con su semántica particular: Voluntabilidad, Imputabilidad, calidad de garante, calidad específica y pluralidad específica.
4. Sujeto pasivo típico, con su semántica particular: Calidad específica y pluralidad específica.
5. Objeto material típico.

Hace notar la distinguida Juspenalista Mexicana, que estos presupuestos del delito, cuya ubicación se encuentra en el mundo fáctico, se adecuan a los cinco primeros

¹²⁴ cfr. Marquez Piñero, Rafael. El Tipo Penal. México, Editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, primera reimpresión, 1992, pp. 188-189.

subconjuntos del tipo legal; los cuales, refiere, les otorgan su denominación y determinan su contenido.

Sobre esa tesitura, los presupuestos del delito necesariamente tienen que coincidir, en su semántica, a la correspondiente de los cinco primeros subconjuntos del tipo legal. Puesto que cuando esta coincidencia no se satisface, se estará frente a alguna hipótesis de atipicidad por ausencia del presupuesto típico.

En consecuencia, las hipótesis de atipicidad en la norma legal de la tentativa pueden presentarse cuando existe ausencia de: Deber jurídico penal típico, bien jurídico típico, sujeto activo típico, sujeto pasivo típico y objeto material típico.

a) La atipicidad por falta de deber jurídico penal surge en el caso concreto cuando el sujeto no tiene a su cargo el deber jurídico de, por ejemplo, la prohibición legal de revelar un secreto que le ha sido comunicado atentas las circunstancias especiales derivadas del hecho, situación que es previsible de la descripción que se encuentra en la fracción VI del artículo 15 del Código Penal.

b) La atipicidad por falta de bien jurídico se da cuando, en el caso particular, no existe el bien descrito en el tipo, como en el caso del consentimiento, que en algunos casos, extingue el objeto material, en otros elimina la conducta típica y en algunos más, sólo impide la lesión y el peligro del bien. Asimismo, el consentimiento es generador de estos efectos sólo cuando recae sobre bienes disponibles, y es otorgado por el titular del bien jurídico, según dispone el artículo 15, fracción III del Código Penal para el Distrito Federal.

c) Las causas que originan atipicidad por falta del sujeto activo típico derivan de una ausencia de voluntabilidad; ausencia de imputabilidad; ausencia de calidad de garante; ausencia de calidad específica; ausencia de pluralidad específica. Previsión que podemos apreciar en el precepto 15, del referido ordenamiento legal, fracciones I y VII.

d) La atipicidad por inexistencia del sujeto pasivo típico se da cuando, en la hipótesis en concreto, no concurren la calidad o la pluralidad específicas normativamente señaladas.

e) Por cuanto a la atipicidad por ausencia de objeto material típico aparece cuando, en el caso específico, falta totalmente el objeto material o cuando existiendo uno, no satisface plenamente las características descritas en el tipo.

3.2.3. ANTIJURIDICIDAD Y CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.

La dogmática nos ha mostrado con toda exactitud que las normas jurídicas configuran un orden -orden normativo, de normas-, más todo orden jurídico no se agota en el catálogo de normas prohibitivas, sino que este es también integrado por determinadas normas permisivas, que puestos también en un cierto orden con las normas prohibitivas culminan el orden jurídico concebido *ex profeso* por el legislador: El orden jurídico se compone, atinadamente expone Zaffaroni, del orden normativo completado con los preceptos permisivos.

Así, a la luz del orden normativo los entes son tutelados provisionalmente, pudiendo resultar que el orden jurídico, mediante un precepto permisivo, deje sin tutela lo que a la luz del sólo orden normativo parecía tenerla; esto es, que el bien jurídico tutelado adquiere una singular relevancia en función de la existencia de un precepto fundamentador de una causa de justificación de una conducta típica pero permitida en virtud de determinados presupuestos jurídicos contemplados en la ley.

La antijuridicidad, entendida como aquella conducta contraria al orden jurídico, es contemplado por Zaffaroni como: "El choque de la conducta con el orden jurídico, entendido no sólo como un orden normativo (antinormatividad), sino como un orden normativo y de preceptos permisivos".¹²⁵ Al explicarnos sobre la metodología empleada para comprobar la presencia de la antijuridicidad, dice el insigne Juspenalista Argentino, que esta debe consistir en la constatación de que la conducta típica (antinormatividad) no está permitida por ninguna causa de justificación (precepto permisivo) en ninguna parte del orden jurídico (no sólo en el Derecho Penal, sino tampoco en el Civil, Comercial, Administrativo, Laboral, etcétera); pues señala el autor en cita, lo antijurídico no es exclusivo del Derecho Penal, ya que ello puede provenir de cualquier parte del Derecho, que al igual puede ser neutralizado por una norma permisiva.

Sobre el particular, Pavón Vasconcelos señala que: "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".¹²⁶ Hace notar el connotado Jurista Mexicano, que la ausencia de la antijuridicidad en un caso concreto y por virtud a la concurrencia de una causa justificante, es impeditiva a su formación y produce la inexistencia del delito.

¹²⁵ Zaffaroni, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal. México, Cárdenas Editor y Distribuidor, segunda reimpresión, 1994, p. 512.

¹²⁶ Pavón Vasconcelos, op. cit. p. 89.

Siguiendo la línea de pensamiento del referido Penalista Mexicano, es de señalar el carácter objetivo de lo injusto, que es precisado en ese contexto como: "Un juicio de valor emitido acerca de la relación entre el hecho producido por el hombre y la norma de Derecho lesionada".¹²⁷ No obstante, algunos autores como Eugenio Zaffaroni no están de acuerdo con dicha posición, para quien la antijuridicidad es una característica que presenta el injusto penal, entendido éste último como: "La conducta que presenta los caracteres de ser penalmente típica y antijurídica", señalando dicho autor su conformidad en forma parcial si por "objetivo" se entiende que se trate de una desvaloración de la conducta que hace la ley o el orden jurídico y que el juez traduce mediante un juicio fáctico, comprobando los extremos que al efecto requiere el orden jurídico para considerar la antijuridicidad de una determinada conducta; no obstante ello, considera su autor que la "objetividad", como característica de antijuridicidad que presenta el injusto, no pasa de ser la sustracción de la antijuridicidad del campo de la arbitrariedad subjetiva.¹²⁸

No obstante tales precisiones, coincidimos plenamente con la posición que sobre la tesis controvertida expone Pavón Vasconcelos, pues entendemos con Mezger que las normas del Derecho aparecen como normas objetivas de valoración. Aunque es de hacerse notar la gran controversia que en dicho contexto existe en la doctrina, pero que no ha menester profundizar en el presente trabajo.

Hace notar el mencionado Jurista de tierras Mexicanas, la imperiosa necesidad de precisar el contenido material de lo injusto, el cual, refiere, se pretende encontrar, "ya en la violación de un derecho subjetivo o bien en la violación de un derecho objetivo; ya en la violación de una obligación jurídica o en la de la norma de cultura, o en última instancia en la lesión o *puesta en peligro del bien jurídico*".

Haciendo referencia del concepto de ley y norma, así como del carácter sancionador del Derecho Penal, por cuanto no crea las normas sino sólo las garantiza por virtud de ser el Derecho un producto de la cultura sin facultades legislativas, se aprecia que el contenido material de lo antijurídico radicarla en la *violación de la norma de cultura*. Si por cultura podemos entender con el maestro López Aranguren, como: "Una pluralidad de estructuras generalizables y transmisibles comunitariamente", y definida por Rafael Márquez Piñero en el sentido de "el repertorio de comportamientos y patrones de existencia de una sociedad tanto en el plano teórico como en el práctico", finalizando con Mayer bajo su concepción de entender el Derecho como un producto de la cultura, es decir, que el Derecho es un fenómeno fundamentalmente cultural.¹²⁹ Debe admitirse en dicha virtud que el fin del Derecho consiste en la protección de ciertos bienes jurídicos, el desvalor o la contradicción del hecho con la norma de Derecho concretarla, observa Pavón Vasconcelos, en *un daño o lesión del bien jurídico tutelado o en su puesta en peligro* el contenido material de lo injusto.

¹²⁷ ibidem. p. 90.

¹²⁸ cfr. Zaffaroni, Manual de Derecho Penal, pp. 514-515.

¹²⁹ cf. Márquez Piñero, El Tipo Penal, p. 22.

En virtud de ello, entendemos que tanto en la tentativa como en la consumación del delito existe un contenido material de lo injusto, no obstante que en la primera éste no podrá consistir jamás en el daño efectivo y natural al bien jurídico, sino en algo de menor entidad, continua explicando el autor en cita, al estimar asimismo que si se tiene presente la ausencia de resultado en el delito tentado y a cuya consumación se orienta la actividad ejecutiva: dicho contenido material, en opinión del maestro, no puede ser otro que **el peligro de la consumación del delito, equivalente al peligro de daño al bien jurídico.**

La antijuridicidad objetiva del delito tentado, destácase por ello, precisamente en: "El peligro en el cual se coloca al bien jurídico como consecuencia del acto *agresivo* tendiente a su lesión, lo cual viene a ser confirmado por Mezger al caracterizar a la tentativa por la existencia del *dolo de lesión* en el lado *subjetivo*, unido a la simple *puesta en peligro* en el lado *objetivo*".¹³⁰

Es por ello que la noción del peligro además de dar contenido a la antijuridicidad objetiva, establece la línea divisoria entre tentativa punible y la no punible, lo cual era observado por Ramón Palacios al señalar que si falta en el acto y en la intención que lo acompaña, la agresión total, completa, no puede surgir el estado objetivo de peligro y por ende, estima, la tentativa deja de ser impune.¹³¹

Al concepto de peligro, requerido por la antijuridicidad objetiva, se liga igualmente y en forma imprescindible a la idoneidad del acto, el elemento objetivo de la tentativa, por tanto, consiste en el peligro para los bienes jurídicos, el cual debe ser real y objetivo, por virtud de lo cual la noción misma del delito tentado envuelve el concepto de idoneidad, y que Soler, citado por Pavón Vasconcelos, aprecia en el hecho de que: "Si la acción, por alguna deficiencia intrínseca, carecía de la idoneidad para lesionar, no habrá existido el peligro, ello es el daño posible, y, en consecuencia, el hecho no constituirá tentativa, no será un hecho punible".¹³²

En otro orden de ideas, y con respecto al aspecto negativo de la antijuridicidad o causas de justificación en el delito tentado, empezaremos por observar, que al igual que en la consumación, no toda actividad típica constituye delito, puesto que existen supuestos en que la propia ley concede permisos o los justifica para realizar acciones típicas. Tal como sucede en los casos de estado de necesidad, de legítima defensa y, en general, de supuestos de legítimo ejercicio de un derecho; constitutivos como causas de justificación que excluye el carácter delictivo de la conducta típica.

¹³⁰ Pavón Vasconcelos, op. cit. p. 91.

¹³¹ *ibidem*. p. 91.

¹³² *ibid.* p. 91.

Estos también llamados "tipos permisivos", se encuentran previstos en el artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal, fracciones IV (legítima defensa), V (estado de necesidad) y VI (cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho). Estas causas de justificación presuponen para su aplicación una tipicidad prohibitiva, porque no puede pensarse en tratar de averiguar si la actividad ejecutiva está justificada cuando no se ha comprobado aún su tipicidad, esto es, que así como el tipo prohibitivo individualiza conductas que prohíbe, el tipo permisivo selecciona supuestos específicos de conductas delictivas que permite o justifica en el plano de lo lícito, no contrario al orden jurídico.

Es por ello que debe existir congruencia en las causas justificantes de la conducta prohibida, entre sus aspectos objetivo y subjetivo, abarcando aspectos cognoscitivos que son presupuestos necesarios para su configuración. Estos elementos particulares dependen de cada tipo permisivo o justificante en especial: Así, la legítima defensa requiere el reconocimiento de la situación de defensa y la finalidad de defenderse; el estado de necesidad requiere el reconocimiento de la amenaza sobre el bien menor y la finalidad de evitarlo, y; el cumplimiento de un deber el reconocimiento de la obediencia jerárquica de cumplir una orden superior, o bien, de ejercer un derecho legítimo con conocimiento de que en otras circunstancias sería ilícito.

La norma de la tentativa punible claramente puede acufiar a la legítima defensa como una causa justificante de la actividad típica desplegada por su autor, debido a la infinita gama de situaciones que la vida fáctica del delito nos puede presentar; un ejemplo de ello sería el caso de quien al repeler una agresión actual e inminente y con intención de matar, pone en peligro de muerte a su agresor al lesionarlo con un arma, justo en el momento en que este último aparentó disparar al primero con una arma. En este supuesto, evidentemente nos encontramos ante una tentativa de homicidio a cargo del agredido y por virtud del dolo de consumación, sin que se haya producido la misma por causas ajenas a su voluntad; no obstante, la actividad ejecutiva desplegada está amparada por una causa de justificación.

Igual acontece con el estado de necesidad, donde también puede hacerse presente la norma del delito tentado, en caso de que la actividad desplegada por el agente para salvar un bien jurídico superior, haya puesto en peligro otro bien de menor entidad o secundario al propio.

También es absolutamente viable como causas de justificación en la tentativa punible, la actividad típica desplegada por el agente al intentar obedecer una orden de un superior jerárquico, o en otro supuesto, cuando el agente trata de retener, por ejemplo, algún bien mueble del cual no se le ha cubierto el importe de su traslado por virtud de un flete. En todos estos supuestos surge el aspecto negativo de la antijuridicidad, que se conoce de acuerdo a la dogmática penal moderna como causas de justificación y que excluyen el carácter delictivo de una conducta típica.

3.2.4. CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD.

La culpabilidad, es entendida por Zaffaroni en el sentido de: "La reprochabilidad del injusto al autor", estima el citado Juspenalista, que un injusto, es decir, una conducta típica y antijurídica, es culpable, cuando al autor le es reprochable la realización de esa conducta porque no se motivó en la norma siéndole exigible, en las circunstancias en que actuó, que se motivase en ella. Al no haberse motivado en la norma cuando podía y le era exigible, que lo hiciese, el autor muestra, dice, una disposición interna contraria al derecho".¹³³ Esa concepción de culpabilidad es considerada por el Penalista Argentino como un concepto de carácter normativo, que se funda en que el sujeto podía hacer algo distinto a lo que hizo y le era exigible en esas circunstancias que lo hiciese.

Hace notar la distinción entre la antijuridicidad y la culpabilidad, expresando que una conducta está justificada cuando el Derecho le concede al autor un permiso para que en esa circunstancia actúe de esa manera. Precizando igualmente, que la conducta justificada sólo está permitida, más no fomentada y mucho menos ordenada por el Derecho. En ella refiere que existe una resignación o tolerancia por parte de la ley en una situación fáctica conflictiva en el máximo grado y en la que no queda otro remedio que el de admitir una conducta que viola la norma prohibitiva. Cuestión aún más complicada en la inculpabilidad, porque aquí no se trata siquiera de un permiso, el Derecho no puede allí ni siquiera permitir la conducta, sino que únicamente no le puede exigir al sujeto que no haya hecho lo que hizo (caso concreto el de los inimputables), que no haya cometido el injusto. La conducta, aprecia Zaffaroni, queda siendo un injusto y tiene todos los efectos que de un injusto se derivan tanto para el Derecho Penal como para otras ramas del Derecho. Hace notar asimismo, que ante la conducta inculpable puede justificarse por virtud a una legítima defensa, un estado de necesidad o cualquier ejercicio legítimo de un derecho, la conducta en estos casos queda justificada para todo el orden jurídico y ninguna consecuencia puede haber de ella para su autor por parte de ninguna rama del ordenamiento; pero cuando media una conducta que sólo es inculpable, señala, **lo único que se excluye es el reproche jurídico-penal de la conducta**. En la justificación existe una situación conflictiva que el Derecho debe de resolver concediendo un permiso, porque de no hacerlo se haría evidente el perjuicio de su objetivo general. Mientras que en la inculpabilidad hay una situación en la que sólo se excluye el reproche porque al autor no se le puede exigir otra cosa distinta, aunque reconociendo perfectamente que su conducta afectó la finalidad general del orden jurídico, es decir, se evidenció una conducta típica y antijurídica pero no reprochable a su autor por virtud a alguna causa de inculpabilidad.¹³⁴

Bajo ese panorama, Pavón Vasconcelos comienza por observar que la culpabilidad, como elemento del delito y cuyo rango esencial en el Derecho Penal moderno

¹³³ Zaffaroni, op. cit. p. 543.

¹³⁴ ibidem. pp. 544-545.

fuera apuntado oportunamente por Beling, al elaborar el principio "*nulla poena sine culpa*", ha sido estimado en amplio sentido como "el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad de la conducta antijurídica", comprendiéndose allí a la imputabilidad; mientras que en sentido estricto para Weisel, culpabilidad es reprochabilidad, calidad específica de desvalor que convierte el acto a voluntad en acto culpable. Bajo esa perspectiva, apunta el connotado maestro: "La libertad de voluntad y la capacidad de imputación, en suma, la imputabilidad, constituye un presupuesto de la culpabilidad, pues el reproche supone libertad de decisión y capacidad de reprochabilidad".¹³⁵

Bajo la concepción normativa, la culpabilidad no puede consistir en una pura relación psicológica, continúa el autor anotado, entre el sujeto y su acto, señalando que ello sólo representa su punto de partida. Infiere asimismo que dado un hecho psicológico concreto, deben de establecerse sus motivos para ubicar la conducta dentro de los ámbitos del dolo y la culpa, camino indispensable, pero que no agota el concepto de la culpabilidad, puesto que ahí, expresa: "Debe arribarse a la conclusión de si el hecho es o no reprochable, para lo cual habrá de probarse si teniéndose presente los motivos y la personalidad del autor le era a éste exigible una actuación acorde con el Derecho".¹³⁶

Respectante a la tentativa punible, resulta incuestionable que la culpabilidad surge en toda su plenitud en esta, puesto que el sujeto que realiza actos de ejecución de un delito determinado, dirige su voluntad a la producción de un resultado antijurídico, siendo dicha voluntad la relación psicológica que habrá de fundamentar la reprochabilidad. Por virtud de lo cual, no puede concebirse una tentativa en la cual la acción no vaya dirigida a la consumación de un delito, por lo que resulta claro que todo acto ejecutivo lleva impreso el dolo de consumación, resultando característica en la tentativa la proyección de la voluntad a un resultado no alcanzado por el sujeto. Es por ello que realiza el señalamiento Pavón Vasconcelos, que: "La acción imperfecta o la acción perfecta no llegan nunca a la meta propuesta, esto es, en el mundo fenoménico jamás se produce la lesión querida por el autor".¹³⁷ Así, citando a Mayer, expone el referido autor, la imposibilidad de considerar un posible dolo de tentativa, pues de ser así sería impune la actividad ejecutiva desplegada, lo que viene a ser confirmado igualmente por Frías Caballero, quien pone énfasis en que el dolo en el delito consumado es el mismo dolo expresado en el delito tentado, puesto que la finalidad es en ambos casos la consecución del delito, aunque en la tentativa y por virtud a su propia naturaleza, no se produce el resultado, aunque el fin perseguido fuese, evidentemente, lograr la consumación. Negando rotundamente la existencia de un posible dolo de peligro, es decir, dolo de tentativa.

Hace notar Pavón Vasconcelos que por virtud del carácter común existente que acompaña a la tentativa con el delito consumado por cuanto al dolo se refiere, hace imposible

¹³⁵ Pavón Vasconcelos, op. cit. p. 92.

¹³⁶ ibidem. p. 92.

¹³⁷ ibid. p. 93.

la configuración de la tentativa en los delitos culposos, lo cual nos parece irrefutable, pues en los delitos culposos, como hace ver el Juspenalista Mexicano, es característica la ausencia de voluntad de causación del resultado dañoso. lo cual se confirma con la apreciación del propio texto legal del artículo 12 del Código Penal para el Distrito Federal, al señalar que la tentativa es 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". Y es precisamente la referencia de la resolución de cometer el delito la que expresa la voluntad dirigida a la consumación, que no se produce por causas ajenas al autor, la que afirma el comentario del maestro, quien citando a Jiménez Huerta expone la opinión de éste al referir: "Es exacto que también la culpabilidad es un delito, puesto que hablamos de delitos culposos, pero no es posible en la imprudencia o negligencia emprender la acción con el fin o el objeto de cometer un acto antijurídico y culpable. El que corre con su automóvil tiene por objetivo ganar la carrera, tomar el fresco o gozar de su pericia, pero jamás el fin de cometer un delito. Por eso, si no atropella a un transeúnte, por mucho que haya sido la velocidad y grave la imprudencia, no podemos decir que hay una tentativa de culpa..."¹³⁸ A tan enorme claridad expositiva admitimos tales asertos y solamente nos queda señalar que se encuentra totalmente superada la consideración de la posibilidad de estimar que exista un dolo de tentativa en los ilícitos culposos; y lo que si es irrefutable, coincidimos, lo es el dolo de consumación en el delito tentado.

Si es plenamente admisible en el delito tentado el elemento de la culpabilidad con toda su amplitud doctrinal, normativa y fáctica, en igual sentido se erige su aspecto negativo de inculpabilidad y como excluyentes del delito a que hace referencia el artículo 15 de nuestra Legislación Punitiva en sus apartados correspondientes. En virtud de ello y en el entendido de que la imputabilidad, en sentido ampísimos, es imputación física y psíquica, designada generalmente por algunos autores como un presupuesto de la culpabilidad y por otros como la capacidad psíquica de culpabilidad; en uno como en otro caso, es fundamental la capacidad psíquica del agente para poder imputarle y, consecuentemente, erigir en su contra un juicio de reproche por haber realizado la conducta prohibida por la ley, ya que le era exigible conducirse en forma distinta a la misma.

De ahí que la imputabilidad tenga dos niveles: Uno, que debe ser considerado como la capacidad de comprender la antijuridicidad, y otro que consiste en la capacidad para adecuar la conducta a la comprensión de la misma. Cuando falte la primera capacidad nos faltará la culpabilidad por ausencia de la posibilidad exigible de la comprensión de la antijuridicidad; cuando falte la segunda, nos hallaremos con un supuesto de estrechamiento del ámbito de autodeterminación del sujeto, en este caso, por una circunstancia que proviene de su propia incapacidad psíquica. Ello nos inclina a estimar que la inimputabilidad puede darse por: La incapacidad de comprensión de la antijuridicidad, lo que elimina la culpabilidad al cancelar la posibilidad exigible de comprensión de la antijuridicidad, y; la incapacidad para autodeterminarse conforme a la comprensión de la antijuridicidad, que también elimina la culpabilidad por virtud de que estrecha el ámbito de autodeterminación del sujeto.

¹³⁸ *ibid.* p. 94.

Esta incapacidad psíquica de culpabilidad puede ser causada por: La perturbación de la consciencia, que puede ser estimada por insuficiencia de las facultades que imposibilita comprender la antijuridicidad de la conducta, o bien, como la alteración de las facultades de dirigir las acciones conforme a esa comprensión. Situación que se prevé en la fracción VII, del artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal, donde se señala que es una causa de exclusión del delito, quien al momento de realizar el hecho típico no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de su conducta, por padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado. Es dable la inimputabilidad y en consecuencia, la inculpabilidad, verbigracia, si en un caso determinado el sujeto con trastorno mental intenta arrebatar el bolso de mano de una mujer, mientras se encuentra dentro de ese trance psíquico.

La inexigibilidad de la comprensión de la antijuridicidad proveniente del error de prohibición es también causa de inculpabilidad cuando es invencible, ya que elimina cualquier tipicidad; en tanto que, si es vencible, puede dar lugar a tipicidad culposa. El error de prohibición es un problema de culpabilidad que recae sobre la comprensión de la antijuridicidad de la conducta. Es invencible, anotamos, cuando con la debida diligencia el sujeto no hubiese podido comprender la antijuridicidad de su injusto, tiene el efecto de eliminar la culpabilidad. Mientras que cuando es vencible, no afecta a la tipicidad dolosa o culposa que ya está afirmada al nivel correspondiente, teniendo sólo el efecto de disminuir la reprochabilidad, es decir, la culpabilidad, lo que se traduce en cuantía de la pena, que puede disminuirse hasta donde la ley lo autoriza.

En ese contexto, los errores que afectan el conocimiento de la antijuridicidad pueden ser: Directo, cuando recaen sobre el conocimiento de la norma prohibitiva, e; indirecto, el cual recae sobre la permisión de la conducta, y que puede consistir en la falsa suposición de existencia de un permiso que la ley no otorga, o bien, en la falsa admisión de una situación de justificación que no está dada (justificación putativa). Asimismo, el error de prohibición contempla también el error de comprensión, que es aquél que afecta la comprensión de la antijuridicidad. No obstante, el error de prohibición, de cualquier clase, si es invencible eliminará la culpabilidad y el injusto no llega a ser delito; mientras que si es vencible, reduce la culpabilidad y hay delito, pudiéndose sólo reducir la pena hasta el mínimo o proporción legal establecido para el delito de que se trate. En estos casos, puede presentarse una causa excluyente del delito en el plano negativo de la culpabilidad, o bien, reducir solamente la culpabilidad aunque en este supuesto si exista el delito. Nuestro Código Penal para el Distrito Federal, en su artículo 15 fracción VIII, contempla estos supuestos, así como el de a quien no pueda razonablemente exigirse determinar su conducta conforme a la ley y atentadas las circunstancias especiales concurrentes al hecho ilícito; de esa manera y como causas excluyentes del delito traducidas en especies configurativas de inculpabilidad, las mismas son un panorama abierto para la tentativa del delito, si su proceso puede ser acuñado conforme a su estructura punitiva.

CAPITULO CUARTO

LA TENTATIVA EN EL CÓDIGO PENAL DE 1931

**4.1. TENTATIVA ACABADA Y TENTATIVA
INACABADA, CONCEPTO.**

**4.2. EL ARTÍCULO 12 DEL CÓDIGO PENAL
PARA EL DISTRITO FEDERAL.**

**4.3. LA TENTATIVA EN LA REFORMA
PENAL DE 1984.**

**4.4. LA TENTATIVA EN LA REFORMA
PENAL DE 1984.**

**4.5. LA TENTATIVA EN LA REFORMA
PENAL DE 1986.**

**4.6. ALGUNAS PERSPECTIVAS SOBRE EL
DELITO TENTADO.**

4.1. TENTATIVA ACABADA Y TENTATIVA INACABADA, CONCEPTO.

Antes de abordar la previsión de la tentativa del delito en el Código Penal vigente desde 1931, así como las reformas diversas que ha sufrido en su texto original, nos parece conveniente y de esa forma lo estimamos previamente, de ofrecer algunas concepciones que se tienen sobre la tentativa acabada o frustración y la tentativa inacabada o conato, también conocidas por los clásicos de Italia como delito imperfecto, en oposición al delito perfecto o consumado. Ello en razón a que son las formas o grados en que pueden presentarse objetivamente las acciones tentadas susceptibles de punición y que contempla la descripción típica del artículo que hemos mencionado.

Así, Carmignani al hablar sobre la medida en la cantidad de la tentativa refiere que los actos físicos producidos con intención criminosa, cuando están un poco alejados del primer pensamiento de delinquir y por tanto, muy lejos de la consumación del delito, señala el luminoso jurista Italiano, toman el nombre de tentativa remota; pero cuando se aproximan mucho a la consumación se llaman tentativa próxima, tentativa extrema, o actos los más avanzados del delito, haciendo notar igualmente que la proximidad o la distancia de cada uno de los actos mencionados, en sus extremos, es lo que se denomina la **cantidad** de la tentativa.¹³⁹

Para el ilustre Carrara, todo delito supone una acción externa, y estas se componen de diversas fases físicas, así como las internas se componen de diversas fases morales, según observó en su construcción denominada *del grado en la fuerza física del delito*. Esas fases físicas a que se refiere el maestro Itálico pueden ser a un mismo tiempo, observa, subjetiva y objetivamente incompletas (conato), porque ninguna de ellas tuvo su curso, y, por lo mismo, el culpable no alcanzó el fin que deseaba. Por otro lado pueden ser completas subjetivamente (las fases físicas), pero incompletas objetivamente (frustración), porque a pesar de haberse agotado todas las fases físicas de la acción, no fue violado el derecho que el agente atacaba; desprendiéndose ello de la estimación a la naturaleza de la tentativa como delito imperfecto que aprecia el citado tratadista.¹⁴⁰ Observa el maestro de Pisa, que: "Un delito puede considerarse *imperfecto* cuando haya resultado *imperfecta* la acción, porque se irrumpió o se desarrolló *de manera insuficiente* el curso de las fases físicas, o también cuando, con ser *perfecta la acción* en todas las fases que eran necesarias para alcanzar el fin malvado y no obstante ser estas *suficientes* de suyo para alcanzar dicho fin, con todo y eso no se consiguió el efecto al cual tendía el agente, a causa de un imprevisto y

¹³⁹ Carmignani, Giovanni. Elementos de Derecho Criminal. Bogotá-Colombia, Editorial Temis, primera edición, 1979, pp. 95-96.

¹⁴⁰ Carrara, Francesco. Programa de Derecho Penal. Bogotá-Colombia, Editorial Temis, tomo I, volumen I, reimpresión, 1988 (traducción José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero), p. 237.

afortunado impedimento. En el primer caso se tiene la *tentativa*, y en el segundo puede tenerse, en ciertas condiciones, el *delito frustrado*.¹⁴¹

La distinción entre *tentativa* y *frustración*, señala Pavón Vasconcelos, fue observada por Romagnosi, quien, fundándose en la diferencia existente entre ejecución subjetiva y objetiva. En la tentativa, refiere el eminente Tratadista Italiano: "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 autor".¹⁴²

Mientras en la Dogmática Alemana, Liszt estima que dentro del concepto unitario de la tentativa se pueden distinguir dos clases: Hay tentativa inacabada, cuando el acto de ejecución no está aún terminado, y; existe tentativa acabada, cuando el acto de ejecución está terminado, pero no produce la realización de los caracteres esenciales del hecho, singularmente cuando no sobreviene el resultado. Nos ilustra el Penalista Alemán, que en esta última pueden presentarse tres casos: a) la producción del resultado es dudosa, pero independientemente de otra manifestación ulterior de la voluntad del autor; la herida pone en peligro la existencia, pero el desenlace es aún inseguro; b) la producción del resultado es segura, la herida es absolutamente mortal, pero, señala, por el momento, el herido aún vive, y; c) la no producción del resultado es segura, la herida causada con intención de matar es leve. Este es el caso del llamado *delito frustrado*, apunta el autor.¹⁴³ Para Mezger dentro de la tentativa ha de distinguirse entre tentativa inacabada y tentativa acabada, señalando que "esa distinción no se refiere al término de la actividad en referencia al resultado del acto, sino al término (o no término) de la actividad desplegada por el agente. En la tentativa *inacabada* el autor (aún) no ha hecho todo lo que por su parte es necesario (apunta con el fusil, pero aún no ha tirado del gatillo; en un delito de varios actos, como en el parágrafo 267 del Código Penal Alemán, ha realizado sólo uno de ellos), mientras que en la tentativa *acabada* ha hecho todo lo que es necesario por su parte; pero por causas externas, el resultado (aún) no se ha producido (el autor ha suministrado el veneno a la víctima, pero la sustancia venenosa aun no ha producido su efecto). Se habla de tentativa *fallida* o *frustrada* (*délit manqué*), en el sentido de los Derechos de los países latinos, en caso de una tentativa acabada, cuando es segura la no producción del resultado (el disparo hecho por el autor no ha dado al sujeto pasivo)".¹⁴⁴

Por su parte, Jiménez de Asúa sugiere que el delito frustrado es una figura sutilmente distinguida por Romagnosi de la tentativa o conato, que no se admite

¹⁴¹ *ibidem*. p. 239.

¹⁴² Pavón Vasconcelos, Francisco. Breve Ensayo Sobre la Tentativa. México, Editorial Porrúa, S.A., cuarta edición, 1989, p. 23.

¹⁴³ Von Liszt, Franz. Tratado de Derecho Penal III. Madrid, Editorial Reus, S.A., segunda edición, 1929 (traducción Luis Jiménez de Asúa), pp. 8-9.

¹⁴⁴ Mezger, Edmundo. Tratado de Derecho Penal II. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, segunda edición, (traducido por José Arturo Rodríguez Muñoz), 1949, pp. 251-252.

unánimemente. Expresa que en la tentativa la ejecución es incompleta, y por esto el resultado no llega a realizarse. Mientras que en el delito frustrado la ejecución es completa, sin embargo, el resultado no se produce por mero accidente, es completo en la ejecución subjetiva, e incompleto en la ejecución objetiva, mientras que la tentativa es un delito incompleto tanto en una como en otra ejecución.¹⁴⁵

Entre nosotros algunos notables juristas como Malo Camacho le han dado una especial significación a las especies de la tentativa a las que nos hemos referido, quien las distingue como *tentativa propia* y *tentativa impropia*, señalando el citado maestro que: "El Código Penal vigente aparentemente no fija bases que permitan afirmar la distinción entre tentativa propia y tentativa impropia, ya que, el texto del artículo 12 no parece indicarlo". Hace notar que la tentativa propia, comúnmente referida como tentativa inacabada, aparece cuando los actos ejecutados a la comisión de un delito no llegan a su total realización por la intervención de una acción externa que impide su continuación. La tentativa impropia, anota el autor, conocida también como tentativa acabada o como delito frustrado, se observa cuando el autor ha cometido todos los actos necesarios para la comisión de un delito, el cual no se actualiza por causas independientes de su voluntad.¹⁴⁶ Dentro de dicho contexto, con la claridad expositiva que es común en el maestro Jiménez Huerta, en su estudio dedicado a los dispositivos amplificadores de las figuras típicas, señala sobre lo que denomina límite mínimo y límite máximo, el distingo y apreciación de tentativa acabada e inacabada, al expresar que: "El límite mínimo del dispositivo de la tentativa lo constituye, pues, el primer acto de ejecución", es decir, el inicio del comportamiento típicamente antijurídico; mientras que dentro del "límite máximo de la tentativa no puede fijarse sin hacer una previa diferenciación. En los delitos *materiales* o de *resultado*, debe asignarse tal significado al último acto idóneo con que el agente acaba o completa la acción ejecutiva, o, de otra manera dicho, ultima todo lo que es necesario para la consumación del delito. La tentativa es acabada o completa cuando, por parte del agente, el camino criminoso ha sido recorrido íntegra e idóneamente, sin que el resultado se produzca".¹⁴⁷

Pavón Vasconcelos hace notar por su parte que: "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". Haciendo alusión dicho autor que la mayoría de autores y los Códigos modernos han abandonado la concepción tripartita del delito (tentativa-delito frustrado-delito consumado), para volver a la antigua concepción bipartita (tentativa-delito consumado), distinguiéndose ahora entre tentativa inacabada y tentativa acabada, lo cual hace innecesaria la distinción entre tentativa y delito frustrado por virtud de que los códigos la comprenden dentro de un sólo concepto (tentativa).¹⁴⁸

¹⁴⁵ Jiménez de Asúa, Luis. La Ley y el Delito. Buenos Aires, Editorial Sudamericana, novena edición, 1979, p. 483.

¹⁴⁶ Malo Camacho, Gustavo. Tentativa del Delito. México, Editorial UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, primera edición, 1971, pp. 12-13.

¹⁴⁷ Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano II. México, Editorial Porrúa, S.A., segunda edición, 1972, p. 249.

¹⁴⁸ Pavón Vasconcelos, op. cit. pp. 21-24.

4.2. EL ARTICULO 12 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

El nuevo texto de la tentativa del delito que vino a suprimir a su similar de 1929, fue apreciado en el artículo 12 del Código Penal de 1931, al tenor siguiente: Existe tentativa 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".

Dicha redacción fue ampliamente cuestionada por algunos comentaristas de la materia, entre ellos, por los maestros Celestino Porte Petit y J. Ramón Palacios, quienes hicieron notar, al igual que Pavón Vasconcelos, el notorio retroceso que representó la concepción del delito tentado en la nueva Legislación Penal. Ello en virtud de que el nuevo texto trató de incriminar los actos puramente preparatorios, dejando de lado al conato y la tentativa frustrada, contrariamente a lo hecho por sus antecesores y a una más adecuada técnica delimitadora de su concepto.

En ese contexto, Ramón Palacios¹⁴⁹ opina que el artículo 12 del Código Penal de 1931, sólo incrimina el "*un enseguida temporal*" unívocamente dirigido al delito, y no contempla el *comienzo de ejecución* del delito, al precisar que la preparación no es inicio de ejecución del delito, sino el acto que rinde la posibilidad, que facilita la empresa. En ese orden de ideas estima que: "La idoneidad concreta de la acción es supuesta del delito tentado, que no puede agredirse el bien tutelado sino cuando causalmente se pone en peligro y si a la acción le falta potencia causal, el acto será de un sujeto peligroso o no peligroso, pero no acto que penetre en el **núcleo del tipo**". Esta ausencia de actitud causal es atipicidad como, la preparación. Si sanciona preparación el citado Ordenamiento, no comprende la frustración y menos el delito imposible. Si la preparación sólo exige la voluntad de preparar el delito, la acción preparatoria que promueve a la que agrede el bien o interés, no se ve como subjetiva, objetiva y formalmente la norma que prevé la preparación pueda incluir la frustración y el comienzo de ejecución.

Refiere asimismo el autor comentado,¹⁵⁰ al analizar el dolo en el delito tentado, que: "Desde el ángulo del sujeto que agita es uno el dolo de la preparación, otro el dolo de la ejecución, y otro el de la frustración". Haciendo notar que aunque se manifieste el acto verbal de delinquir, y aún, cuando el agente busque los medios para preparar el delito, el dolo de preparar no puede ser estimado constitutivo de tentativa punible, sino "sólo cuando el dolo adquiere una forma ejecutiva, dolo de ejecutar, hay tentativa, el *dolo de conducir a término* la acción, de alcanzar la meta delictuosa. Entonces, previsto el acto primero, preparatorio, sin

¹⁴⁹ Palacios, J. Ramón. Tentativa. México, Editado por la UNAM, primera edición, 1951, pp. 148-152.

¹⁵⁰ *ibidem*. pp. 152-153.

expresa norma jurídica el ejecutivo y el acto frustráneo, -afirma- es indebido pensar que la preparación comprende la ejecución y la frustración, pues ni subjetiva ni objetivamente tienen iguales caracteres". Finalmente, estima el insigne Juspenalista Mexicano, que en relación a la dirección que deben llevar los actos, es que deben ir en línea recta; pero en línea recta, señala, están ya los preparatorios. Inmediatos son los actos próximos. Por virtud de ello, considera poco afortunada la fórmula contenida en el artículo 12 del Código Penal que se menciona.

Malo Camacho,¹⁵¹ comienza por observar que el texto que prevé a la tentativa del delito en el Código Penal de 1931, encuentra su inspiración en su similar de 1871, en su artículo 19, con algunas variaciones que no le fueron beneficiosas, ya que al suprimirse las restantes disposiciones sobre su previsión, dejando vigente solamente la que correspondía al conato, originó nuevas confusiones que la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha visto en la necesidad de solucionar por medio de la jurisprudencia. Aunque ello no signifique que se debió utilizar el mismo texto que el Código Martínez de Castro, acota el citado autor, sino que debieron preverse los problemas que originaría su redacción, es decir, las disposiciones del nuevo texto. Estima el comentarista en cita, que la previsión actual de la tentativa no sólo omite la referencia concreta del acto consumativo del delito, sino que se encuentra construido sobre la base del criterio temporal que a nadie convence y que ya Beling a su tiempo tuvo oportunidad de criticar. Este criterio cronológico de temporalidad, observa el maestro, en nada alcanza a aclarar la naturaleza de la figura del delito tentado, y por cuanto a la dirección que se estima debe ser entendida como unívoca, tampoco se presenta como elemento suficiente para determinar su naturaleza. Por ello, en el texto vigente no deben considerarse incluidos en el contenido del artículo 12, ni los actos preparatorios ni el delito imposible, aún cuando de su redacción literal aparentemente parezca admitirse una y otra posibilidad. Y citando al maestro Palacios,¹⁵² refiere de éste cuando señala que no puede prepararse lo impreparable, de donde quedaría excluida la acción absolutamente inidónea; frente al caso de imposibilidad por inexistencia del objeto, se presenta un caso de atipicidad y por tanto, de inexistencia del delito, por no haber un bien jurídico protegido.

Por otro lado, considera Malo Camacho que el Código Penal de 1931, al definir la tentativa, no indica de manera expresa las posibilidades del iter criminis, no obstante, observa, que del párrafo segundo del artículo que la regula, tácitamente considera su división cuando expresa: "... los jueces, en la aplicación tendrán en cuenta la temibilidad del autor y el grado a que se hubiere llegado en la consumación del delito". Criterio que resulta positivo y más acertado, según el autor, al recogido por los anteriores Códigos, por virtud de que en lugar de prefijar diversas sanciones para la tentativa acabada de la tentativa inacabada, se considera tomar en cuenta para efectos de la punición la temibilidad del agente y el grado a que se hubiese llegado en la ejecución del delito.¹⁵³ Finalmente, realiza el señalamiento de la distinción entre tentativa acabada y tentativa inacabada, explicando que es resultante de un fenómeno que se encuentra en la esencia misma del delito, y por tanto no está en manos del

¹⁵¹ Malo Camacho, op. cit. pp. 47-48.

¹⁵² *ibidem*. p. 48.

¹⁵³ *ibid.* p. 49.

legislador su previsión, sino que constituye un fenómeno fuera de su voluntad; es por ello que considera más afortunada la redacción actual a la de anteriores textos en materia de tentativa, en tanto, no se considera que la suspensión involuntaria de los actos, obligadamente deba suponer una menor peligrosidad por parte del agente, ni desde el punto de vista de la realística ni de la sintomática.¹⁵⁴

Sobre dicho particular, Pavón Vasconcelos¹⁵⁵ opina sobre el nuevo texto del artículo 12 del Código Penal de 1931, representa un evidente retroceso con relación a la concepción de la tentativa del delito en las Legislaciones Penales que le anteceden, ya que de acuerdo con una interpretación literal del nuevo texto, son sancionados los actos puramente preparatorios y no los ejecutivos del delito (conato), ni los configurativos del delito frustrado. Hace notar el Maestro Penalista que: "Todo juicio valorativo, tanto sobre el delito consumado como sobre la tentativa, acabada o inacabada, supone imprescindiblemente la existencia del hecho típico, pues previamente a la determinación del contenido material de la ilicitud y de la reprochabilidad de la acción, se requiere la comprobación de la tipicidad, por cuanto de no ser así carecería de sentido dicha valoración la tipicidad del acto tentado, por otra parte, jamás puede construirse sino en relación directa a la acción típica principal, pues sólo de ésta puede derivarse la adecuación típica de la figura en este aspecto accesoria. Con estricto rigor lógico debe en consecuencia concluirse, que en la formación del concepto de la tentativa no puede prescindirse de la acción principal a la cual se la refiere, con abstracción del resultado que habrá de consumir el delito. En otros términos "el comienzo de ejecución", es el punto de partida de la noción del delito tentado, en su apreciación objetiva, pues únicamente de la previa objetividad del hecho puede intentarse su valoración subjetiva para constatar la culpabilidad del autor; la pura intención no expresada en un acto de ejecución jamás podrá integrar una tentativa punible". Y como los hechos enjuiciados en la norma del artículo 12 no eran los que "comienzan" la ejecución del delito, los que penetran en la periferia del tipo, solamente podría tratarse de los preparatorios, amén de señalar que también se omitió hacer referencia concreta al acto consumativo del delito, y construido sobre la base del criterio temporal ampliamente cuestionado, con todo acierto, por Beling.¹⁵⁶

Observa igualmente el citado Penalista, los inconvenientes que traen aparejado el criterio de temporalidad para distinguir la tentativa del delito, pues evidentemente la dirección e inmediatez de los actos no determina su naturaleza ejecutiva con respecto a la consumación y si, por el contrario, dicho criterio cronológico rinde posibilidad de realización de actos preparatorios con el requisito aludido por la antigua norma del artículo 12; igual comentario le merece a la dirección del acto, el cual aún referido a la univocidad, tampoco revela su carácter ejecutivo, puesto que ella no resulta eficaz como criterio de distinción entre acto preparatorio y acto ejecutivo, sino en todo caso, apunta el maestro, como prueba de la intención del sujeto, por virtud de que unívocos igualmente pueden resultar los actos preparatorios.¹⁵⁷ Hace la observación igualmente del hecho que por virtud de las deficiencias

¹⁵⁴ *ibid.* p. 49.

¹⁵⁵ Pavón Vasconcelos, *op. cit.* pp. 146-147.

¹⁵⁶ *ibidem.* pp. 147-148.

¹⁵⁷ *ibid.* p. 148.

que trajo aparejadas la previsión de la tentativa del delito en el nuevo Código Punitivo, tocó a la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, el alcance del precepto mediante su interpretación lógica al afirmar, a través de sus fallos, que la tentativa es "*comienzo de ejecución del delito*" o "*agotamiento del proceso ejecutivo*" sin producir el resultado por causas ajenas a la voluntad del agente. Ya que evidentemente, apunta, la voluntad de la ley no había sido la de sancionar la preparación del delito, de esa manera fue posible fijar la noción de la tentativa, y la comprensión dentro de ella del conato y frustración. De la interpretación jurisprudencial hecha sobre el delito tentado, observa atinadamente, quedaba excluida lógicamente la tentativa absolutamente inidónea o delito imposible, aunque no así la tentativa relativa, pues la noción de ejecutividad impide, por su propia esencia, considerar tentativa de un delito la acción inidónea por imposibilidad absoluta, ya en los medios o bien en el objeto.¹⁵⁸

Por nuestra parte, coincidimos plenamente con la postura crítica que considera hubo un retroceso en materia de tentativa del delito en el nuevo texto del artículo 12; ello en virtud de que compartimos absolutamente el criterio del "*inicio de ejecución*" como elemento fundamental para diferenciar los actos ejecutivos de los actos preparatorios; así como el conato (tentativa) del agotamiento del proceso ejecutivo (frustración). Lo cual resulta impreciso y ausente en la nueva redacción del delito tentado, puesto que al hablar de tentativa punible "*cuando se ejecuten hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito ...*" Evidentemente no se aprecia o delimita adecuadamente si estos "*hechos*" pueden ser constitutivos de conato o frustración, sino que más bien se entiende que ellos son previos a todo inicio de actos ejecutivos, es decir, que se trata de los preparatorios del delito, como antes lo apuntara con toda precisión Pavón Vasconcelos; puesto que el simple hecho de emplear la palabra "*ejecutados*" en la referida descripción típica, de ninguna manera implica que ello descubra la naturaleza de la tentativa punible, si antes no se comprende objetiva y subjetivamente la concepción ontológica del delito tentado. Y por virtud de no contener en la nueva descripción de la tentativa punible las referencias típicas concretas al conato (tentativa inacabada) y a la frustración (tentativa acabada), la nueva Legislación Penal quedó al margen de sus antecesores sobre el particular. Cabe hacer mención igualmente, que le fue adicionado un segundo párrafo al artículo comentado, de tal suerte que se determinó que para la imposición de las penas en caso de tentativa punible *los jueces tendrán en cuenta la temibilidad del autor y el grado a que se hubiere llegado en la ejecución del delito*. Dicha adición nos parece innecesaria y poco afortunada; innecesaria porque el juzgador al momento de individualizar la sanción penal debe seguir las disposiciones que para la aplicación en caso de tentativas le ordena la Ley Penal, así como de tomar en consideración aquellas otras circunstancias personales y de ejecución del hecho criminal que trae aparejadas su comisión; por otro lado, se nos hace poco afortunado que se hable de "*el grado a que se hubiere llegado en la ejecución del delito*". ¿A que tipo de grados se refiere el legislador?, sabemos que solamente pueden ser punibles la tentativa acabada y la tentativa inacabada, y dentro de la primera la tentativa relativamente imposible sea por los medios o por falta del objeto. Tal y como lo hemos apuntado a lo largo del presente estudio. Por lo que en dicha virtud y en atención a una más depurada técnica jurídica, así como de una más clara y sencilla definición de la tentativa punible, estimamos fuera de contexto dicha adición.

¹⁵⁸ *ibid.* pp. 148-149.

4.3. LA TENTATIVA EN LA REFORMA PENAL DE 1984.

Antes de iniciar el análisis de la reforma que vislumbró el legislador al antiguo texto del artículo 12, nos parece conveniente apuntar un breve comentario sobre los Anteproyectos de Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, elaborados en 1949 y 1958 respectivamente, así como del Anteproyecto de Código Penal Tipo de 1963.

Respecto al primero de los mencionados, cabe señalar fué elaborado por la Comisión redactora integrada por los reconocidos juristas Luis Garrido, Celestino Porte Petit, Raúl Carrancá y Trujillo y Francisco Argüelles, fungiendo como Secretario Gilberto Suárez Arvizu,¹⁵⁹ en dicho anteproyecto fue suprimida la fórmula contenida en el Código Penal de 1931, al tenor siguiente: La tentativa punible *"consiste en la resolución de cometer un delito, manifestada por un comienzo de ejecución o por todos los actos que debían producirlo, no consumándose aquél por causas ajenas a la voluntad del agente"*.

De dicha transcripción, como lo hiciera notar primeramente Pavón Vasconcelos,¹⁶⁰ se destacan con toda claridad expositiva los conceptos del conato y la frustración, bajo la común denominación de tentativa punible; así como se desprenden con toda nitidez los elementos integrantes de la tentativa: *resolución* de delinquir, *comienzo de ejecución* o ejecución completa e *inconsumación* del resultado por *causas ajenas a la voluntad del agente*. De ello observase la ausencia de las referencias atípicas al desistimiento y al arrepentimiento eficaz, lo cual es plausible por virtud a la correcta interpretación del texto comprendido a *contrario sensu*, cuando los actos ejecutados no constituyan por sí delitos.

Asimismo, la citada disposición contenida en el artículo 12 del anteproyecto citado, suprimió a su vez el párrafo segundo del artículo relativo del Código descrito, el cual establece, para la imposición de las penas en las tentativas punibles, la necesaria consideración por el Juzgador de la temibilidad del sujeto y el grado al que se hubiere llegado en la ejecución del delito. Ello, como lo apreciaríamos con anterioridad, resulta innecesario y poco eficaz de la estructura del delito tentado y de la aplicación de sanciones en caso de su comisión, por virtud de que el juzgador está obligado por Imperio de Ley, a observar determinadas disposiciones al individualizar una pena o medida de seguridad, según sea el caso, y el propio delito cometido por el sujeto. Por ello, su ausencia en la disposición relativa al proyecto de ley nos parece por demás acertada.

¹⁵⁹ Pavón Vasconcelos, op. cit. p. 150.

¹⁶⁰ *ibidem*. pp. 150-151.

En el contexto anotado, el artículo 55 del anteproyecto, referente a la aplicación de sanciones, determinó que al responsable *"se le podrá aplicar, a juicio del juez, hasta las dos terceras partes de la sanción que debiera imponérsele si el delito fuere consumado"*. Con lo cual se evidenciaba la posibilidad de eximir de responsabilidad en algunos casos la sanción.

En general, los artículos 12 y 55 del multicitado Anteproyecto de Código Penal, relativos a la tentativa punible y a la aplicación de sanciones en caso de delito tentativo, fue muy bien aceptado, anota Pavón Vasconcelos,¹⁶¹ por algunos de sus comentaristas como Cuello Calón, Fernando Arilla Bas, Evelio Tabio y Armando Hernández Quirós, quienes son coincidentes en la depurable técnica jurídica con que fue estimado conceptualmente el delito tentado (tentativa acabada y tentativa inacabada) de donde fueron destacados sus elementos integrales: resolución de delinquir y comienzo de ejecución, en sus aspectos objetivo y subjetivo, así como delimitar técnicamente el conato de la frustración.

En lo que se refiere al Anteproyecto de Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, elaborado por la Comisión de Estudios Jurídicos de la Procuraduría General de la República en el año de 1958; ésta estuvo integrada igualmente por notables penalistas como Celestino Porte Petit, Francisco Pavón Vasconcelos, Ricardo Franco Guzmán y Manuel del Río Govea, estructurando la tentativa punible en el párrafo segundo del artículo 13 del Capítulo I, del Título Primero, referente a las reglas Generales del delito, bajo el siguiente concepto: *"La tentativa será punible cuando la resolución de cometer un delito se exteriorice por un comienzo de ejecución o por todos los actos que debieran producir el resultado, si éste no se realiza por causas ajenas a la voluntad del agente"*.¹⁶² Bajo tal denominación de la tentativa punible se observa claramente, que al igual de la definición contenida en el artículo 12 del anteproyecto de 1949, se comprenden el conato y la frustración, con las ventajas que sobre dicho particular a *priori* fueron anotadas.

Mientras que el Anteproyecto de Código Penal Tipo, que fue elaborado en 1963, y que fue seguido posteriormente por algunas Legislaciones Estatales, adoptó una definición similar a la contenida en los proyectos de ley de 1949 y 1958, en los términos descritos en su artículo 15 bajo la denominación siguiente: *"La tentativa será punible cuando la resolución de cometer un delito se exteriorice por un comienzo de ejecución o por todos los actos que debieran producir el resultado, si la ejecución se interrumpe o el resultado no se produce por causas ajenas a la voluntad del agente"*.¹⁶³ De lo anterior, se puede apreciar que igualmente se hace expresa referencia al conato cuando se habla del *comienzo de ejecución*, y frustración, al mencionarse sobre la totalidad de los actos ejecutivos que deberían producir el resultado. Ello, aunado en la fórmula precitada a la *interrupción* de la ejecución y a la *inconsumación* del resultado por *causas ajenas a la voluntad del agente*, viene a redondear una excelente y depurada concepción del delito tentado. No obstante, que los precitados

¹⁶¹ *ibid.* pp. 151-154.

¹⁶² *ibid.* pp. 154-155.

¹⁶³ *ibid.* pp. 155-156.

anteproyectos de ley representaban por mucho un notable avance y mejoramiento de la vieja fórmula del artículo 12 del Código Penal de 1931, ninguna tuvo influencia en las reformas a *posteriori* observadas por el legislador a la tentativa del delito.

Así, el texto del artículo 12 del Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal de 1931, fue reformado por decreto del 29 de Diciembre de 1984, con entrada en vigencia de fecha 14 de Enero de 1985,¹⁶⁴ bajo la siguiente fórmula: "Existe tentativa punible *cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza ejecutando la conducta que debería producirlo u omitiendo la que debería evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente*". Antes de analizar lo anterior, cabe recordar la primogénea fórmula del delito tentado que señalaba que habla tentativa 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". De la nueva redacción prevista por el legislador, se puede observar primeramente que se introduce la expresión "*resolución de cometer un delito*" lo cual en principio parece adecuado ya que evidentemente que cuando el sujeto ha resuelto cometer un delito se ha determinado *per se* en su propósito criminal, lo cual resulta notable del mismo. No obstante el paso siguiente del iter criminis es referido a la resolución manifestada, la cual es de ordinario impune (con las salvedades especiales que contempla la ley) al igual que los actos preparatorios.

Por tanto, que el nuevo texto indique que la resolución de delinquir "*se exteriorice ejecutando la conducta que debería producirlo u omitiendo la que debería evitarlo ...*" Deja entrever, creemos nosotros, que el término "*ejecutando*" fue introducido con la intención de evitar y excluir a los actos preparatorios del delito; sin embargo, la cuestión es ¿dónde comienza a ejecutarse la conducta que debería producir el delito? Puesto que los actos preparatorios también pueden ser exteriorizados, es fundamental establecer la línea divisoria entre éstos y los que penetran el núcleo del tipo sin llegar a llenarlo, lo cual no se vislumbra del texto reformado. Ahora bien, establecer que se esté ejecutando *la conducta* no precisa adecuadamente si se la refiere a la tentativa acabada o a la tentativa inacabada; por supuesto que puede interpretarse del texto reformado, pero ello no evidencia importantes aportaciones y mejoras al antiguo texto, ya que se trató de evitar el principio de ejecución y el agotamiento del proceso ejecutivo del delito, a virtud de la inconsumación del resultado por causas ajenas a la voluntad del agente.

También fué estimado en la citada reforma el párrafo segundo ya existente y que a la letra expresa: "*Para imponer la pena de la tentativa, los jueces tendrán en cuenta la temibilidad del autor y el grado a que se hubiere llegado en la ejecución del delito*". Este párrafo, merece el mismo comentario crítico hecho sobre el particular; y a efecto de no parecer redundante, solo apuntamos el hecho de que el juzgador al estimar la culpabilidad de un sujeto, debe tomar en consideración no sólo los aspectos subjetivos y objetivos del hecho

¹⁶⁴ Publicado en el Diario Oficial de la Federación número 9.

delictivo y del propio delincente, sino además las referencias personales de éste, amén de lo correspondiente a la aplicación de las sanciones en caso de tentativas punibles.

Por ello nos parece ineficaz dicha disposición; y en relación a que se haga referencia en el mismo sentido al grado a que se hubiere llegado en el delito, obedece, creemos, a estimar en forma muy confusa a la tentativa acabada, la tentativa inacabada y aún al delito imposible; ello, como lo hemos apreciado, de ninguna manera es claro y, por el contrario, da lugar a la interpretación que a veces no resulta la más acertada.

Con la nueva fórmula de la tentativa del delito, es adicionado un tercer párrafo que determina lo siguiente: "*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 esta se refiere, sin perjuicio de aplicar la que corresponda a actos ejecutados u omitidos que constituyan por sí mismo delitos*". Sobre el particular, Pavón Vasconcelos señala que el desistimiento como el arrepentimiento pueden operar mediante la correcta interpretación de la parte primera del artículo 12, aunque resulta de utilidad, señala el autor, que dichos institutos de la tentativa impune sean expresados en la ley para evitar interpretaciones erróneas o equívocas.¹⁶⁵

Dicha adición comentada, resulta igualmente inadecuada y poco sustanciosa si tomamos en consideración, como el maestro Pavón Vasconcelos lo señala, que una correcta interpretación de la descripción de la tentativa del delito, no deja lugar a dudas de que son atendibles, tanto el desistimiento como el arrepentimiento eficaz, así como elementos fundamentadores de la tentativa impune; por tanto, en dicha virtud, se hace innecesaria dicha disposición, según apreciación nuestra.

De lo expuesto, se puede advertir que en general la reforma de 1984 desestimó elementos fundamentales de la tentativa punible, al no hacer expresa referencia al *principio de ejecución* (conato) y al *agotamiento del proceso ejecutivo* (frustración), amén de introducir elementos que además de poco acertados no resultaron beneficiosos en el nuevo texto comentado, lo que trajo como consecuencia que a *posteriori* sufriera una nueva reforma en su redacción, aunque no podemos, pese a ello, de dejar de admitir que el legislador a buscado e intentado afanosamente encontrar una fórmula adecuada para el delito tentado, para su mejor comprensión y entendimiento; pues ello representa una tarea ardua que bien vale la pena seguir realizando.

¹⁶⁵ Pavón Vasconcelos, Francisco. Las Reformas Penales (Análisis Crítico de la Parte General). México, Editorial Porrúa, S.A., primera edición, 1987, p. 51.

4.4. LA TENTATIVA EN LA REFORMA PENAL DE 1994.

El día 10 de Enero de 1994 fueron publicadas en el Diario Oficial de la Federación una serie de reformas en materia penal que entraron en vigor el 1o. de Febrero del mismo año. Entre estas se modificó la redacción que de la tentativa punible era vigente desde Enero de 1985; así como también el párrafo segundo del relativo artículo 12 del Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal.

En virtud de ello, el nuevo texto de la tentativa del delito quedó al tenor siguiente: **"Existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente"**. Mientras que el texto anterior señala que: la tentativa es punible *"cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza ejecutando la conducta que debería producirlo u omitiendo la que debería evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente"*.

La novedad en la concepción del delito tentado se aprecia en que la resolución para cometer un delito sea exteriorizada realizando en *parte o totalmente los actos ejecutivos* que deberían producir el resultado por la conducta ejecutada que era prevista por la fórmula anterior. Ello, como puede apreciarse, mejoró sin duda alguna la concepción de la tentativa del delito, pues el legislador al hablar de actos parciales o totales evidentemente se refirió a la tentativa inacabada o conato y a la tentativa acabada o frustración. Indicio inequívoco de una mejor técnica delimitadora del delito tentado; sin embargo, el legislador sigue empeñado inexplicablemente en eludir el término "principio de ejecución" para delimitar actos preparatorios y actos ejecutivos, lo cual es claro, no resuelve la problemática consiguiente.

Tal parece que el legislador al referirse a los "actos ejecutivos" lo hiciera con la finalidad o el objeto de establecer que se ha superado el problema del inicio de ejecución o en el mejor de los casos, que sea el juzgador quien lo descubra, es decir, quien establezca cuando inicia la punibilidad de la tentativa, y si ésta es acabada o inacabada. Sin duda quien juzga, en general, debe tener una gran capacidad para poder determinar cuando nos encontramos en presencia de un delito tentado, acorde al texto legal. Pero es precisamente en ese *"texto legal"* en que el juzgador vislumbra sus conocimientos sobre el particular, y es también que por ello, la fórmula que se analice en la vida fáctica del Derecho, resulta sumamente importante su debida previsión y adecuación típica. No obstante, la forma en que actualmente se encuentra prevista la fórmula del delito tentado, insistimos, puede ser mejorada y superada, si es observado el tantas veces mencionado *"inicio de ejecución"*, y no

pasarlo por alto al hacer referencia concreta del acto ejecutivo en oposición a los actos preparatorios del delito. Aunque no puede dejar de admitirse que la actual concepción de la tentativa del delito mejoró a la anterior, al suprimir la *conducta ejecutada* a que hacía referencia, por tener mayor precisión la mencionada en primer término. En el sentido anotado, se modifica el párrafo segundo que decía: "Para imponer la pena de la tentativa, los jueces tendrán en cuenta la temibilidad del autor y el grado a que hubiere llegado en la ejecución del delito". Por aquél apreciado en el nuevo texto, que indica a su vez: **"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"**.

Dicha modificación elimina un aspecto subjetivo que debería tomar en cuenta el juzgador, acorde a la temibilidad expresada por el agente, y en su lugar lo remite a las disposiciones previstas en el artículo 52, del Código Penal vigente para el Distrito Federal,¹⁶⁶ relativo a la aplicación de las sanciones y que textualmente señala: El juez fijará las penas y medidas de seguridad que estime justas y procedentes dentro de los límites señalados para cada delito, con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente, teniendo en cuenta:

I.-La magnitud del daño causado al bien jurídico o del peligro a que hubiere sido expuesto;

II.-La naturaleza de la acción u omisión y de los medios empleados para ejecutarla;

III.-Las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión del hecho realizado;

IV.-La forma y grado de intervención de agentes en la comisión del delito, así como su calidad y la de la víctima u ofendido;

V.-La edad, el nivel de educación, las costumbres, las condiciones sociales, económicas y culturales del sujeto, así como los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir. Cuando el procesado perteneciere a un grupo étnico o pueblo indígenas, se tomarán en cuenta, además, sus usos y costumbres;

VI.-El comportamiento posterior del acusado con relación al delito cometido; y

VII.-Las demás condiciones especiales y personales en que se encontraba el agente en el momento de la comisión del delito, siempre y cuando sean relevantes para determinar la posibilidad de haber ajustado su conducta a las exigencias de la norma.

¹⁶⁶ El artículo 52 fue reformado por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de Enero de 1994 con entrada en vigor el día 1o. de Febrero del mismo año, reformado nuevamente en sus fracciones III y V, por decreto publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, el día 17 de Septiembre de 1999, con entrada en vigencia el 1o. de Octubre del mismo año.

Como lo expresamos con antelación, este párrafo resulta inadecuado dentro del artículo relativo al delito tentado, puesto que todo delito cometido por un sujeto debe ser estimado por los jueces de acuerdo a las reglas que en la aplicación de sanciones enmarca la Ley Penal respectiva, para poder individualizar las penas y medidas de seguridad en forma adecuada al *quantum* de la sanción. Por ello se infiere, se encuentra fuera de lugar el párrafo aludido, máxime que también el artículo 63 del Código Penal para el Distrito Federal, es sumamente claro en la aplicación de sanciones en casos de tentativas punibles.

Ahora bien, si el legislador hace ya alusión a la tentativa acabada y a la tentativa inacabada en el párrafo primero también reformado, al referirse a "*los actos ejecutivos parciales o totales*", no vemos que aplicabilidad práctica tenga mencionar o hacer alusión al "*menor o mayor grado de aproximación al momento consumativo del delito*", lo cual en lugar de dar mayor claridad a la descripción típica de la tentativa, la hace mucho más confusa e incongruente. Merced de lo cual, nos parece inexacta dicha modificación; pues no le favorece a la fórmula actual del artículo 12 que se analiza.

En este orden de ideas, prevalece en la reforma al artículo 12 del Código Penal comentado, el párrafo tercero, alusivo a que: "**Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a éste se refiere, sin perjuicio de aplicar la que corresponda a actos ejecutados u omitidos que constituyan por sí mismos delitos**". Con lo cual se contempla textualmente el desistimiento espontáneo y el arrepentimiento eficaz, salvo que los actos ejecutados puedan integrar algún delito diverso.

Ello, como ha sido mencionado a lo largo del presente capítulo y en algunas partes de éste trabajo, insistimos, resulta poco adecuado, pues atendiendo la correcta interpretación de la descripción típica contenida en el párrafo primero del artículo citado, es claro que de su redacción, de su contenido, se desprende con toda objetividad la atipicidad del delito tentado cuando la inconsumación del delito se debe a causas dependientes de la voluntad del agente, esto es, cuando existe por parte de éste el desistimiento de la acción tentada, o bien, cuando se interrumpe eficazmente el proceso productor del hecho criminal. Ambos casos de tentativa impune, por tanto, no necesitan previsión legal puesto que se desprenden del propio texto analizado e interpretado correctamente.

Así, se evidencian los excesos e imprecisiones de que adolece la concepción que el legislador ha dado a la tentativa del delito, por lo que aún queda pendiente su debida adecuación al texto legal, y que nosotros estimamos debe ser depurada en forma sencilla, pero con la integración de sus elementos diferenciadores y fundamentales a los que se ha hecho referencia en puntos anteriores.

4.5. LA TENTATIVA EN LA REFORMA PENAL DE 1996.

Con las reformas en materia penal publicadas en el Diario Oficial de la Federación en el mes de Mayo de 1996, la tendencia al endurecimiento de las sanciones que prevaleció en reformas anteriores, prácticamente se convirtió en una realidad con las nuevas disposiciones en vigor. Como es común en la exposición de motivos referente, se argumenta y da sustento en que la severidad contra los delincuentes y la delincuencia en general, es el mejor camino para disminuirla y disminuir la comisión del delito que, en verdad ya resulta asfixiante para nuestra sociedad y nuestro país, que tal vez nunca como antes había cobrado tales dimensiones. Hoy día ya no es extraño, valga el comentario, enterarnos que algún conocido, amigo o familiar haya sido presa de algún acto criminal, incluso, si se me permite decirlo, ya ni los personajes más poderosos económicamente se encuentran a salvo de ello.

Sin duda, el camino más sencillo para enfrentar a la delincuencia era la severidad penal de las sanciones contra los delincuentes, de acuerdo al criterio que siguió el legislador; pero aquí vale la pena mirar más allá de los efectos y reflexionar sobre las causas que originan la criminalidad, cuales son sus motivaciones consecuentes que la acompañan; igualmente conviene sobre ello, echar una ojeada a la historia, a nuestro presente y a nuestro futuro para averiguar porque está cobrando auge la delincuencia, con todo su enorme y diverso campo de acción.

No somos nosotros, en este modesto trabajo, quienes pretendamos tener la verdad y la solución al problema planteado, sin embargo creemos que no hay que ir muy lejos para darnos cuenta que la criminalidad ha ido en aumento por virtud a los también abismales, sobre todo, problemas económicos que han arrastrado a la miseria a millones de mexicanos que no encuentran la salida a ellos; a los también grandes problemas políticos y sociales que han desencadenado el desorden y la mentira; el engaño y la desesperanza.

Así, la historia nos ha demostrado con luminosa claridad que ni siquiera las penas más severas, como la pena capital, por ejemplo, han logrado disminuir siquiera los hechos criminales más indignantes, verbigracia el delito de homicidio en algunos Estados de la Unión Americana. Por otro lado, las señaladas reformas represivas, igualmente están evidenciando en nuestro país, que no han resultado remedio eficaz para disminuir la delincuencia; pues bástenos salir a la calle y observar algún diario informativo cualquiera para darnos cuenta que el número de delitos cometidos diariamente no solo no baja sino que es ya alarmante. ¿Que nos podría vislumbrar el futuro, con lo antes acotado? No lo sabemos a ciencia cierta, pero lo que sí es claro, es que no podremos meter a las cárceles y Centros Penitenciarios a todos los delincuentes que andan por las calles, ni incluso a aquellos mal llamados "de cuello blanco"; pues semejante ejército terminaría por desbordar las mismas y

determinante para la correcta adecuación típica, se aplicará hasta la mitad de la sanción señalada en el párrafo anterior”.

Esta disposición es acertada, y precisa de modo claro que debe hacer el juzgador cuando se encuentra ante la disyuntiva de una tentativa punible en la que no se puede determinar el daño causado o cuantificar dicho daño; verbigracia, el delito de robo que prevé sanciones con base al monto de lo robado, para lo cual el legislador adecuadamente determinó que en esos casos la sanción debe de ser atenuada, contemplando comparativamente al párrafo que antecede, hasta la mitad de la sanción que debiera imponerse si el delito se hubiera consumado.

Comentario aparte merece la adición de un tercer párrafo al artículo 63 del Código Penal para el Distrito Federal, disposición que fue adicionada en Mayo de 1996, bajo los siguientes términos: **“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”.**

Nuestra primera observación sobre el particular está orientada a que es lo que considera el legislador es un *delito grave*; a nuestro entender y compartiendo la concepción que del delito nos ofrece la Doctora Olga Islas:¹⁶⁷ *“Delito es la culpable concreción de un tipo legal”,* en consecuencia, y como sabiamente explica Márquez Piñero: *“Es un hecho particular, concreto y temporal, adecuado -con toda exactitud- a un tipo legal y reprochable a su autor en función de una específica desvaloración determinada por el ejercicio de la libertad psicológica y los reductores de este ejercicio”.*¹⁶⁸ Lo cual de conformidad con el artículo 7o. del Código Penal aludido, consiste en: *“el acto u omisión que sancionan las leyes penales”.*

Ahora bien, respecto al concepto *grave*, el Diccionario para Juristas¹⁶⁹ nos ofrece la siguiente definición: *“(del latín gravis) Tratándose de delitos, castigado con pena capital, con pena privativa de libertad por un tiempo muy considerable o con multa abultada”.*

Tomando como base los anteriores conceptos del **delito** y de **grave** nos orientamos a pensar que el legislador ofrece un panorama de lo que considera como *delito*

¹⁶⁷ cf. Márquez Piñero, Rafael. El Tipo Penal. México, Editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, primera reimpresión, 1992, p. 185

¹⁶⁸ ibídem. pp. 185-186.

¹⁶⁹ Palomar de Miguel, Juan. Diccionario Para Juristas. México, Editorial Mayo Ediciones, S. de R. L., primera edición, 1981, p. 642.

determinante para la correcta adecuación típica, se aplicará hasta la mitad de la sanción señalada en el párrafo anterior".

Esta disposición es acertada, y precisa de modo claro que debe hacer el juzgador cuando se encuentra ante la disyuntiva de una tentativa punible en la que no se puede determinar el daño causado o cuantificar dicho daño; verbigracia, el delito de robo que prevé sanciones con base al monto de lo robado, para lo cual el legislador adecuadamente determinó que en esos casos la sanción debe de ser atenuada, contemplando comparativamente al párrafo que antecede, hasta la mitad de la sanción que debiera imponerse si el delito se hubiera consumado.

Comentario aparte merece la adición de un tercer párrafo al artículo 63 del Código Penal para el Distrito Federal, disposición que fue adicionada en Mayo de 1996, bajo los siguientes términos: **"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".**

Nuestra primera observación sobre el particular está orientada a que es lo que considera el legislador es un *delito grave*; a nuestro entender y compartiendo la concepción que del delito nos ofrece la Doctora Olga Islas:¹⁶⁷ *"Delito es la culpable concreción de un tipo legal"*, en consecuencia, y como sabiamente explica Márquez Piñero: *"Es un hecho particular, concreto y temporal, adecuado -con toda exactitud- a un tipo legal y reprochable a su autor en función de una específica desvaloración determinada por el ejercicio de la libertad psicológica y los reductores de este ejercicio"*.¹⁶⁸ Lo cual de conformidad con el artículo 7o. del Código Penal aludido, ~~consiste~~ en: *"el acto u omisión que sancionan las leyes penales"*.

Ahora bien, respecto al concepto *grave*, el Diccionario para Juristas¹⁶⁹ nos ofrece la siguiente definición: *"(del latín gravis) Tratándose de delitos, castigado con pena capital, con pena privativa de libertad por un tiempo muy considerable o con multa abultada"*.

Tomando como base los anteriores conceptos del *delito* y de *grave* nos orientamos a pensar que el legislador ofrece un panorama de lo que considera como *delito*

¹⁶⁷ cf. Márquez Piñero, Rafael El Tipo Penal. México, Editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, primera reimpresión, 1992, p. 185

¹⁶⁸ ibidem. pp. 185-188.

¹⁶⁹ Palomar de Miguel, Juan. Diccionario Para Juristas. México, Editorial Mayo Ediciones, S. de R. L., primera edición, 1981, p. 642.

grave, cuando señala expresamente en la fracción III, párrafo cuarto, parte inicial, del artículo 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, al establecer que: **“Para todos los efectos legales, son graves los delitos sancionados con pena de prisión cuyo término medio aritmético exceda de cinco años”**. Es decir, que el legislador nos remite a la ley para estimar cuando se trata de un *delito grave*, pero la ley no define que es un delito así denominado, sino más bien, expone que aquellos delitos cuyo cociente obtenido mediante la operación aritmética correspondiente exceda de cinco años, adquiere la calidad y connotación de *grave* con las consecuencias que ello trae aparejadas; esto es, se subvierte el derecho Constitucional de la libertad provisional bajo caución. Aconteciendo igualmente con lo dispuesto en el párrafo quinto, fracción III, del citado artículo 268, mismo que al referirse al delito tentado, estima su connotación de *grave* si las dos terceras partes de la pena de prisión que se debieran imponer de haberse consumado el delito (norma principal incriminadora), no rebasa o excede los cinco años. Dicho lo cual resulta poco congruente, en opinión nuestra, con la fórmula descrita en el artículo 70, del Ordenamiento Penal señalado, en el supuesto de conceder beneficios substitutivos a la pena de prisión, si esta no es mayor a los cuatro años que ahí se consigna.

En realidad creemos que se trató de adoptar una nueva nomenclatura tendiente a señalar que existe tentativa grave (acabada o inacabada) y tentativa no grave (acabada o inacabada). Nos parece que con ello nos estamos alejando de la naturaleza y el fundamento legal que inspiró su previsión en la antigüedad y su perfección, aún no terminada, durante todo su desarrollo estructural, que culminó con su estimación de penas atenuadas a su comisión. Así como su razón legal a una adecuada política criminal basada en la no consumación del delito y, consecuentemente, por virtud de que el daño causado o el peligro que se deriva entre consumación y tentativa es de diferente magnitud. Por ello en la doctrina se ha pugnado por la atenuación de las sanciones para el delito tentado, siendo que de esa manera se alientan los desistimientos a las conductas criminales; es decir, que sin estas disposiciones favorables para la tentativa, no existiría una debida proporción a guardar entre el hecho realizado y la pena merecida, tal como lo hiciera notar, en su obra *de “los delitos y de las penas”*, el ilustre Beccaria,¹⁷⁰ cuando menciona que: “Si una pena igual castiga dos delitos que ofenden desigualmente a la sociedad, los hombres no encontrarán un más fuerte obstáculo para cometer el delito mayor, si a él encuentran unida una mayor ventaja”

En virtud de lo expuesto, insistimos, nos parece inadecuado y desfavorable que se haga referencia a la tentativa del delito con el delito grave o norma típica principal en el texto citado, ya que si bien es cierto, no puede construirse la tipicidad de la norma accesoria con ausencia de la norma principal incriminadora, ello no es sustento suficiente para que se incluya dentro del ámbito de la *“gravedad”* al delito tentado; en todo caso, debería definir claramente la ley que es un *delito grave* y analizar minuciosamente la conveniencia e inconveniencias de estimar así a la tentativa del delito.

¹⁷⁰ Beccaria, Cesare. *De los Delitos y de las Penas*. Bogotá-Colombia, Editorial Temis, segunda edición, 1990. pp. 51-53.

En el orden de ideas anotado, también se hace referencia en el párrafo adicionado al artículo 63, que la autoridad judicial, impondrá una pena de prisión que *no será menor a la mínima* y podrá llegar *hasta las dos terceras partes* de la sanción *máxima* prevista para el delito consumado. De ello, se desprende por una parte que en la imposición de la las penas cuando se trate de tentativa punible de delito grave, la sanción aplicable, de acuerdo a la literal interpretación de dicha disposición, será igual a la del delito consumado, ya que la pena que individualice el juzgador **no podrá ser menor a la mínima**, esto es, a la pena mínima del delito consumado; o lo que es lo mismo, la punibilidad del delito tentado estará subordinado no tanto al criterio de atenuación sino más bien a ser estimado, en el castigo, una singular especie de delito subconsumado con ciertos aspectos limitativos y restrictivos en relación con la norma principal incriminadora, lo que a nuestro parecer es contradictorio con la naturaleza y fundamentos en que se basa la tentativa del delito. Creemos, pues, que esa exigencia de que no podrá ser menor la sanción de la tentativa a las penas mínimas que al efecto establece el delito consumado, se aparta claramente de la esencia misma de ésta y la convierte en una figura difusa y difícil de comprender en la aplicación de su punibilidad. Por otro lado, también se alude en el citado párrafo que la pena aplicable al delito tentado **podrá llegar hasta las dos terceras partes de la sanción máxima prevista para el delito consumado**. Nos da la impresión que el sentido de dicha disposición es algo así como de estirar al máximo posible la también posible penalidad, es decir, ya no hablamos solamente de la pena proporcional que pudiera imponerse si se tratara de delito consumado, sino que ahora se establece como parámetro a considerar por el juzgador **la máxima pena**, y de ahí realizar la operación que se estime procedente **hasta las dos terceras partes**.

Ello, como puede apreciarse, es una clara muestra de la severidad que en la aplicación de las penas el legislador ha establecido en el Código Penal de 1931, lo cual, desde nuestro personal punto de vista, ha desviado el camino de un Ordenamiento Jurídico antes preventivo, por el de una legislación de tipo represivo. Las reformas y adiciones que en materia de tentativa del delito se han venido observando desde 1984, así lo han puesto de manifiesto; ya no son tanto las deficiencias que en la redacción de una adecuada concepción de la tentativa punible se venían produciendo reforma tras reforma, sino que ahora el problema fue enfocado hacia su punición, al aumento de las penas que sobre tal particular han acercado peligrosamente a la equiparación entre tentativa y delito consumado. Lo cual, desde cualquier óptica razonable, no debiera de ser, por virtud a la vida lenta y fatigosa desarrollada por el Instituto Penal de la tentativa, desarrollo que ha culminado momentáneamente en la consideración de estimarla como una figura muy especial e importante dentro del *iter criminis*, que ha fincado sus propias bases de tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad, en razón a su objetividad propia y actividad típica singular. Todo lo cual ha fincado la dicotomía del delito en las modernas Legislaciones Penales, como en la nuestra. Así, lo ya expuesto es una clara muestra de la tendencia que está siguiendo el legislador, que apunta al endurecimiento de las sanciones penales en contra de los delincuentes y sus formas de desarrollo que está teniendo en nuestro país, lo cual en apariencia parece positivo; mas sin embargo, y dada la enorme complejidad que representa el Derecho Penal (Procesal) en nuestras Instituciones de Procuración e Impartición de Justicia, creemos firmemente que tal tendencia no resultó ser la más adecuada al efecto, por virtud a las consideraciones expresadas en líneas anteriores.

4.6. ALGUNAS PERSPECTIVAS SOBRE EL DELITO TENTADO.

En este punto haremos referencia al panorama que se vislumbra al Instituto Penal de la tentativa del delito, ofreciendo por nuestra parte una visión distinta a la que hemos apreciado en el desarrollo del presente trabajo, es decir, creemos que ninguna crítica es objetiva y constructiva si la misma no va acompañada de una propuesta seria, congruente y alternativa a lo que se analiza. Por virtud de ello, creemos que dentro de las perspectivas que observamos al delito tentado, debemos pugnar por una mejor comprensión, concepción y desarrollo del mismo, encaminado a los siguientes presupuestos técnicos: a) una redacción adecuada y acorde a los elementos que pertenecen a la tentativa punible; b) un análisis relativo a la punibilidad de la tentativa del delito derivado de su especial naturaleza y fundamento jurídico, y; c) realizar algunas consideraciones del delito tentado en tomo al papel que le corresponde dentro del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, así como de su relativo de aplicación Federal.

Desde luego, no pretendemos con las apreciaciones a que hemos hecho referencia, lograr dar solución a la problemática que representa, dentro de nuestro sistema Penal Liberal, la tentativa del delito. Sino que nuestro mayor interés es aquél de ofrecer algunas reflexiones en torno a la enorme importancia que ha tenido, tiene y tendrá siempre en nuestra Legislación Penal, una figura tan compleja y tan debatida como lo es el delito tentado, que debemos seguir con mucha prudencia para no llevarla por los caminos equivocados de la improvisación y del conocimiento ajeno al desarrollado en nuestras leyes y Ordenamientos Jurídicos sobre la materia.

Por ello, y como antes lo apuntamos, nos parece que el texto vigente que contempla a la tentativa punible, acorde a lo señalado en el artículo 12 del Código Penal para el Distrito Federal, que textualmente refiere: **"Existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente. Para imponer la pena de la tentativa el juez tomará en cuenta, además de lo previsto en el artículo 52, el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo del delito. Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a éste se refiere, sin perjuicio de aplicar la que corresponda a actos ejecutados u omitidos que constituyan por sí mismos delitos"**. No resulta ser ésta la concepción más acertada de la figura a estudio.

Ya antes, al citar los Anteproyectos de Código Penal para el Distrito y Territorios Federales elaborados en 1949 y 1958 respectivamente, así como el Anteproyecto de Código

Penal Tipo de 1963; señalamos claramente que cada uno de ellos superaba con amplitud al texto primero del artículo 12, ya que la calidad técnico-jurídica con que fueron elaborados los respectivos textos alusivos a la tentativa del delito fue impecable, puesto que contemplaban con sencillez y claridad expositiva todos los elementos integrales de la tentativa punible, despojándola de ingredientes y términos innecesarios que obstaculizaban su debida interpretación legal.

En ese sentido nos resulta inexplicable porque razón los citados proyectos de Ley Penal no han tenido a la fecha la debida influencia que debieran tener en materia de tentativa del delito, pues, en opinión nuestra, tales concepciones contemplan objetiva y subjetivamente los ingredientes técnicos-jurídicos de lo que debe entenderse por tentativa punible. Lo cual incluso les valió el elogio de grandes juristas como Cuello Calón, Fernando Arilla Bas y Evelio Tabio, entre otros.

Por ello, y siguiendo las fórmulas a que hemos hecho referencia consideramos que por tentativa punible puede entenderse lo siguiente: **"Cuando la resolución de cometer un delito es exteriorizada por un comienzo de ejecución o de todo el desarrollo del proceso ejecutivo, realizando la conducta idónea que debería producirlo u omitiendo la que debería evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas al voluntario desistimiento o a la interrupción eficaz del normal desarrollo delictivo por parte del agente".**

Creemos que la citada fórmula contiene los elementos necesarios e indispensables para determinar a la tentativa punible, haciendo deslinde eficaz de los actos preparatorios y de la tentativa impune, es decir: *comienzo de ejecución* (tentativa inacabada o conato); el desarrollo de *todo el proceso ejecutivo* (tentativa acabada o frustración); *acción u omisión* traducida en *ejecución de una conducta realizada con medios idóneos*; *inconsumación* del resultado por causas ajenas a la voluntad criminal, y; el *desistimiento* y el *arrepentimiento eficaz*, como presupuestos de impunidad del delito tentado.

En ese contexto, nos parece que estarían de más los párrafos segundo y tercero del vigente texto del artículo 12 aludido; puesto que, primeramente, para imponer la pena del delito tentado a cargo del juzgador, existen al efecto disposiciones claras y precisas en el artículo 63, amén de las reglas generales, en la aplicación de sanciones, descritas en el Título Tercero, Capítulo I, del Libro Primero del Código Penal para el Distrito Federal; asimismo se contemplan objetivamente tentativa acabada y tentativa inacabada, y dentro de la primera la tentativa imposible cuando los medios o el objeto son relativamente inadecuados o inidóneos. Mientras que con relación al párrafo tercero aludido, nos merece la crítica ampliamente señalada sobre el particular y por virtud de que expresamente se consideran desistimiento y arrepentimiento eficaz en la fórmula propuesta, resultando inconsistente establecer expresamente que si determinados actos u omisiones constituyen delito, se sancionará en

consecuencia, pues dados los términos en que se encuentra expuesto nuestro régimen jurídico-penal, y de acuerdo al sentido en que se encuentran concebidos los artículos 14 y 16 de la Carta Fundamental de la República, todo acto ilícito (delito) debe recibir previsión legal y ser castigado, consecuentemente, acorde al mandamiento supremo del citado cuerpo legal y las leyes que le derivan, ningún delito ha de quedar impune y debe ser sancionado en la forma y bajo los lineamientos que la misma ley penal prevé.

Por otro lado, y con relación a la punibilidad que actualmente se observa a la tentativa del delito de acuerdo con los parámetros de punición a que nos remite el artículo 63 del Código Penal de referencia, que a la letra expresa: **"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 imponer de haberse consumado el delito que 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"**.

A ese respecto y como antes lo expresamos al analizar la reforma de 1996 que sufrió la tentativa, nos parece que la previsión que originalmente contenía el citado numeral era adecuada a la aplicación de sanciones en caso de tentativa punible, hecha excepción de hacerse referencia al artículo 12, por virtud a las consideraciones *a priori* analizadas; no así con respecto a que se tome en consideración y se nos remita al artículo 52, derivado de las reglas generales que debe observar el juez en la aplicación de las sanciones.

En consecuencia, no estamos de acuerdo con la adición del tercer párrafo al artículo 63, que así fue contemplado por el legislador en Mayo de 1996. No compartimos el criterio acotado para la tentativa cuando, según el legislador, se trate de delito grave, puesto que las inconveniencias que se derivan de tal aserto son manifiestas. Como antes lo apuntamos, no se observa en ningún precepto de la Legislación Penal Sustantiva, una definición de lo que debe entenderse por "*delito grave*", sino que exclusivamente se señala que la ley califica cuando son *graves*; ello, descrito en la Legislación Penal Procesal, tanto para el Distrito Federal, como su similar de aplicación Federal. Ya que, mientras en la primera y específicamente en el artículo 268, se atiende a un criterio aritmético general acotado a la penalidad inherente a cada tipo legal, lo cual condiciona y concede el carácter de *grave*; en el segundo, en su artículo 194, se describe un catálogo de delitos que son estimados *graves*, bajo la consideración de afectar trascendentalmente valores fundamentales de la sociedad, y que basa tal consideración, no sólo en las elevadas penas y sanciones, sino también en la especial estimación que le ha conferido el legislador, dicho lo cual no siempre es lo más

acertado, pues en ocasiones prevalece la improvisación legislativa por sobre la razón y el adecuado estudio del Derecho.

En virtud de lo expuesto, se advierte que no resulta muy propio hablar de **tentativa de delito grave**, ya que ni siquiera existe en la ley una definición de lo que se debe entender por ello, además de ser poco congruente a la naturaleza jurídica de la tentativa del delito, la expresión de **tentativa grave** o **tentativa no grave**; puesto que conocemos, de acuerdo con la dogmática, la tentativa punible y la tentativa impune, con las vertientes que sobre el particular ya hemos ahondado previamente.

Por otra parte, el ajustar la sanción penal de que **no será menor a la mínima** (del delito consumado), y podrá llegar hasta **las dos terceras partes de la sanción máxima prevista para el delito consumado**, se aparta de las razones y fundamento en que se basa la atenuación de la pena para el delito tentado, así como de su especial naturaleza y desarrollo en que se ha inspirado, y de guardar la debida proporción entre el delito cometido y la pena que se deba imponer.

Entendemos asimismo, que el grado de la pena no puede tasarse en razón al mínimo aplicable que contempla la norma principal incriminadora, como mínimo también de la sanción aplicable al delito tentado, llámese éste de *delito grave*, ya que ello lejos de ser una buena opción de política criminal que aliente el desistimiento y la reiteración de conductas delictivas, crea en el agente una determinación más decidida a concluir el ciclo criminal, consume o no éste, lo cual no representa el freno psicológico que todo Derecho Penal preventivo debe seguir. En esa tesitura, merece nuestra crítica que para determinarse, hasta las dos terceras partes de la sanción que pudiera aplicarse, se deba tomar como parámetro a considerar **la sanción máxima para el delito consumado**. Ello es una clara muestra de la tendencia, declamos, del endurecimiento de las penas, lo cual nos parece no representa la mejor solución para contener a la criminalidad.

Es verdad que se requiere cierta rigidez y determinación para hacer frente a la delincuencia, y adentrarse en caminos alternativos a su entendimiento para poder combatirlos eficazmente, pero ello no justifica que en aras de escarmentar duramente al delincuente en potencia o al consumado criminal, se emplee toda la fuerza del Estado y del Derecho, para castigar excesivamente a quien aún no ha sido juzgado, esto es, no debemos olvidar que quien ha sido sujeto a un proceso penal, no puede ser estigmatizado como criminal hasta que no haya sido juzgado por sentencia condenatoria irrevocable, y aún así, nuestras Instituciones de Readaptación Social del delincuente, poco podrán hacer para orientarlo hacia un futuro digno y de superación, si la sanción impuesta por el juzgador rebasó por mucho las expectativas de la justicia y equidad que el hecho delictivo imponía al caso.

Por tales consideraciones, en opinión nuestra, no fue acertada la adición de un tercer párrafo al artículo 63 del Código Penal comentado, pero sobre todo, en los términos en que se encuentra expresado. Por ello pugnamos porque sea desestimado el mismo, y se siga con el criterio anterior, que establece la punición de la tentativa del delito hasta las dos terceras partes de la sanción que se debería imponer de haberse consumado el delito que se quiso realizar, atentas las razones ya expuestas y a un sentido de justo apego al fundamento y naturaleza jurídica del delito tentado.

Con ello no queremos que se piense estamos en defensa del delincuente y mucho menos de la criminalidad, sino por el contrario, precisamente porque no admitimos que en una sociedad como la nuestra impere la impunidad, el delito y la zozobra que ello causa en el ciudadano común, pugnamos por el establecimiento de un Derecho Penal preventivo, sustentado en la prevención de penas justas y adecuadas que guarden rigurosa proporción con el delito realizado.

Rechazamos, en consecuencia, que so pretexto de combatir a la delincuencia se haga uso excesivo del Poder Político y del Órgano Constitucionalmente facultado para legislar, y en ese sentido concebir en los hechos y en el Derecho, políticas erradas basadas y sustentadas en el enojo popular y en el vano deseo de aminorar la ira social que no encuentra cause adecuado a sus demandas. Creemos en la cientificidad del Derecho, pero también en la armonía y flexibilidad que le son inherentes, así como en su papel cultural basado en nuestra historia y desarrollo social, y no en su dureza y rigidez provocadas a razón de improvisaciones.

Ya uno de nuestros juristas más eminentes y reconocidos, el Doctor Raúl Carrancá y Rivas, al realizar un examen sobre el sentido de las reformas Constitucionales y en materia penal llevadas a cabo en el año de 1996, pone el problema en su justo sitio, al señalar que el cuerpo normativo de la Constitución ha sido *"inyectado"* de elementos ajenos y extraños a nuestra raíz histórica, cultural y jurídica, lejanos a nuestra propia tradición jurídica, advirtiéndonos, certeramente: *"No creemos, de ninguna manera, que impere la ignorancia en el Órgano Institucional generador de esas iniciativas de reforma, que en concreto es la Procuraduría General de la República. Por lo menos son abogados, individuos licenciados en Derecho y hay incluso doctores muy destacados. De allí que temamos que el fondo adicional de esas iniciativas de Ley, que estos proyectos de iniciativas de Ley se hayan empapado de un sinuoso contenido político que en los momentos actuales por los que atraviesa la nación, de ninguna manera coadyuvan, pueden o podrán coadyuvar, al mejoramiento de la crisis social que vivimos y que sobre todo converge en el punto de hiperacción neurálgica causada por la ascendente criminalidad"*.¹⁷¹

¹⁷¹ Conferencia Magistral del Doctor Raúl Carrancá y Rivas, en el Tribunal Superior de Justicia del Estado de Tabasco, en fecha 26 de Abril de 1996, relativa a : "Las Críticas a las Últimas Iniciativas de Ley en Materia Penal".

Siguiendo el orden de ideas anotado, nos parece conveniente realizar un comentario sobre los términos en que se encuentra prevista la tentativa punible dentro del contexto de **delitos graves** contemplados en el artículo 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal que determina en su texto:

Habrán caso urgente cuando concurren las siguientes circunstancias:

I.-Se trate de delito grave así calificado por la ley; y

II.-Exista riesgo fundado de que el inculcado pueda sustraerse a la acción de la justicia. y

III.-El Ministerio Público no pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar u otras circunstancias.

Existirá el riesgo fundado a que se refiere la fracción II anterior, en atención a las circunstancias personales del inculcado, a sus antecedentes penales, a sus posibilidades de ocultarse, a ser sorprendido al tratar de abandonar el ámbito territorial de jurisdicción de la autoridad que estuviera conociendo del hecho o, en general, a cualquier indicio que haga presumir fundadamente que puede sustraerse de la acción de la justicia.

El Ministerio Público ordenará la detención en caso urgente, por escrito, fundando y expresando los indicios que acrediten los requisitos mencionados en las fracciones anteriores.

Salvo que el individuo se encuentre en presencia del Ministerio Público, las demás detenciones serán ejecutadas por la Policía Judicial, la que deberá sin dilación alguna poner al detenido a disposición del Ministerio Público.

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 previsto 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 considerará 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 *término medio aritmético* de la pena 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 penalidad aplicable es, para todos los efectos legales, la que resulte de la *elevación o disminución*, según corresponda, de los términos mínimo y máximo de la pena prevista para aquél.

Antes de entrar al análisis del artículo descrito, conviene decir y es oportuno señalar que por virtud de las atribuciones conferidas Constitucionalmente y consignadas en los artículos 44 y 122, de dicho Ordenamiento Supremo, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, en su carácter de Poder Legislativo Local y el Jefe de Gobierno del Distrito Federal en el de Poder Ejecutivo Local, tienen facultades para la creación de las Leyes Penales en el ámbito local de la Entidad Federativa. Lo cual fué indicativo el día 17 de Septiembre de 1999, fecha en que dichas Autoridades Locales observaron una fisonomía propia a la normatividad penal para el Distrito Federal, por lo que se estimó separarla indefectiblemente del ámbito Federal, que hasta antes del 1o. de Octubre de 1999, habían fungido dentro de un plano unitario en lo sustantivo, pero separados por razón de fuero.

En esa perspectiva, las modificaciones y adiciones al artículo 268, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, que entraron en vigor el 1o. de Octubre de 1999; estimamos, por una parte, mejoraron el criterio anterior basado en apreciaciones de carácter subjetivo derivado de la trascendencia penalística de cada tipo legal, por la penalidad objetiva que le deviene a cada tipo penal de su *término medio aritmético* de cinco años, como elemento esencial y diferenciador entre *delito grave* y el que no lo es. Ello, como se puede observar, apriorísticamente toma en consideración el grado de penalidad atribuible a cada delito, de lo que se infiere naturalmente que a mayor sanción se hace patente y previsible que aquél adquiera tal connotación jurídica, esto es, que si el legislador pretende conferir a un determinado delito la calidad de *grave*, solamente tiene que aumentar las penas, a modo de que el término medio aritmético rebase los cinco años señalados en dicha disposición; no obstante lo anterior y que para calificar al delito tentado como *grave* se aluda igualmente al *término medio aritmético* de cinco años, de las dos terceras partes de la pena de prisión que se debiera imponer de haberse consumado el delito, es, en opinión nuestra, un contrasentido a la debida interpretación y entendimiento de la naturaleza y fundamento jurídico en que se ha sustentado la previsión del Instituto Penal de la tentativa del delito en las diversas Leyes Penales en México, ya que dicha connotación no le es asequible en virtud de su propia estructura legal y caracteres típicos inherentes a su singular fisonomía jurídica.

A ese respecto, nos parece conveniente seguir la línea de pensamiento del maestro Carrancá y Rivas, quien al hacer alusión al artículo 268 de Ordenamiento Legal de referencia, en lo relativo a la tentativa punible estimada como delito grave, atentas las circunstancias que exige el numeral citado, se hace vigente su crítica al cuestionar con la pregunta siguiente: ¿Desde cuando es posible que la tentativa punible se pueda comparar con la consumación, si el legislador está hablando o pretende hablar de delitos graves? En ese sentido, refiere el maestro, lo está haciendo en razón de una conducta ilícita consumada, plena y total, no puede haber gravedad todavía, afirma, cuando no hay consumación; podrá haber tentativa de gravedad, pero cuando el Código dice: "*Se comprenderán para todos los efectos legales y los delitos que admitan en estas circunstancias*", en grado de tentativa, quiere decir que los está sancionando con la misma pena de los delitos consumados. Haciendo notar el insigne Juspenalista que no es posible que técnicamente se deba sancionar en las mismas condiciones a un delito consumado, acabado, agotado, que un delito en grado de tentativa, observando que en este caso hay una seria anomalía de carácter estrictamente técnico.¹⁷²

Por nuestra parte, coincidimos plenamente con la crítica hecha por el citado jurista, pues no compartimos con el legislador el criterio de poner en un mismo plano teórico, de facto y de derecho, tentativa y consumación, por virtud de que el delito tentado es un 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 con respecto al delito consumado. Por ello, tampoco es dable hacer coincidir la referencia de la tentativa punible con la nomenclatura relativa a los delitos graves. Por virtud de que se desnaturaliza la esencia misma inherente al delito tentado, y mucho menos, que ello traiga aparejado, consecuentemente, penalidades comunes o similares en cantidad, entre tentativa y consumación.

De otro lado, nos parece que una notable muestra del contrasentido de las reformas que en materia penal ha concebido el legislador en la materia, se puede apreciar con toda claridad de la simple lectura del artículo 194, del Código Federal de Procedimientos Penales vigente, adicionado con un párrafo final,¹⁷³ del cual se puede observar que establece: "**La tentativa punible de los ilícitos penales mencionados en el párrafo anterior, también se califica como delito grave**". Refiriendo al catálogo de los delitos consumados considerados como "*graves*"; dicho lo cual nos parece fué estimado a destiempo por el legislador, ya que resulta paradójico que después de casi tres años y hasta antes del 1o. de Octubre de 1999, en que inicialmente fué concebida tal adición de la tentativa de *delitos graves* en el artículo 268 de la Legislación Procesal Penal del Distrito Federal del Fuero Común, se haya contemplado *a posteriori* para ser aplicable en el Fuero Federal en comento. ¿Que pretendió con ello el legislador, o acaso fue una desafortunada omisión de su parte? Por

¹⁷² Conferencia Magistral del Doctor Raúl Carrancá y Rivas, en el Tribunal Superior de Justicia del Estado de Tabasco, en fecha 26 de Abril de 1998, relativa a: Las críticas a las Últimas Iniciativas de Ley en Materia Penal

¹⁷³ Dicha adición fué publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 8 de Febrero de 1999, con entrada en vigor al día siguiente de la misma, como lo establece su artículo primero transitorio.

nuestro parte, confesamos nuestra desconcierto ante ello, más defendemos nuestra posición sobre el particular, esto es, que rechazamos tajantemente que ni en el ámbito Común ni en el ámbito Federal, se haga referencia a la tentativa del delito como *illicito grave*, pues como ya lo adelantara el Doctor Carrancá, no es posible, pensando objetivamente, hablar de la gravedad de un delito, si el delito no ha sido consumado, es decir, solamente cuando el hecho criminal adquiere la fisonomía descrita en la norma penal con sus típicos caracteres de *gravedad*, a que alude el legislador, podemos interpretar y concebir el *delito grave*, y no cuando no se ha completado la actividad productora del mismo. En consecuencia, no es dable concebir a la tentativa punible (acabada o inacabada) dentro del plano subjetivo ni del objetivo derivado del grado de punibilidad aplicable, al término adoptado por el legislador como *delito grave*, contemplado para el ilícito consumado, realizado o agotado al que hace referencia el ilustre Penalista Mexicano.

Una última reflexión al respecto, está orientada a nuestra preocupación por el futuro que depara no solamente a la tentativa del delito, dentro de nuestro sistema jurídico-penal, sino en general con la concepción de la pena, el delito y el delincuente que el legislador ha ido concibiendo en nuestros Ordenamientos Penales en México, e incluso en los textos Constitucionales.

Por ello, opinamos, nos estamos alejando inexorablemente de nuestra rica tradición jurídica; dicho de otra manera, las reformas recientes en materia penal están inclinadas a atacar, no el origen de la criminalidad, sino a sus efectos o resultados que estas producen. Se castiga a la persona que se encuentra sujeta a una averiguación previa por parte del Ministerio Público Investigador, o bien, sujeta a un procedimiento penal por parte del Órgano Jurisdiccional; decimos *se castiga*, por virtud de que aún en el caso de tratarse de una tentativa punible, como el legislador concibió la gravedad de ésta, lógicamente se le negarán todos los beneficios de ley posibles para afrontar dignamente la acusación que le es imputada, es decir, que ni podrá obtener su libertad provisional bajo caución como lo contempla el artículo 20 fracción I de nuestra Carta Magna, dónde se hace alusión expresa a los delitos *graves* y *no graves*, ni podrá tener acceso a algún beneficio substitutivo a la pena de prisión cuando, dadas las condiciones, se le dicte sentencia condenatoria irrevocable, acorde a lo que establecen los artículos 70 y 90 del Código Penal para el Distrito Federal, máxime si además las penalidades son excesivas. De tal manera que no permitan una posible readaptación social del delincuente, quien, comentario aparte, ha sido ya estigmatizado abrumadoramente por los medios de información electrónicos e impresos, sin ningún respeto por nuestras Instituciones en la Procuración de Justicia y las encargadas de su debida impartición, administración y cumplimiento.

Lo expuesto nos permite vislumbrar un futuro incierto y preocupante para el Instituto Penal de la tentativa del delito, y de igual manera para nuestros Ordenamientos Penales que tantas dificultades implicó para quienes los elaboraron y desarrollaron a través del tiempo; lo que nos fué permitiendo, asimismo, conocer la estructura y los elementos que

integran al delito tentado, y que en la actualidad ha sido concebido de elementos extraños al mismo, como ha sido apuntado ampliamente dentro del desarrollo del presente estudio.

En virtud de todo lo mencionado sobre la previsión del delito tentado en nuestra Legislación Penal, y siendo manifiesta nuestra inconformidad sobre la conceptualización que el legislador le ha otorgado a una norma jurídica tan interesante y compleja, pero tan necesaria e importante, proponemos para su mejor comprensión y entendimiento, las siguientes consideraciones:

A) Proponemos que la tentativa del delito sea prevista en nuestra Ley Penal Sustantiva, en los términos siguientes: Existe tentativa del delito ***“Cuando la resolución de cometer un delito es exteriorizada por un comienzo de ejecución o de todo el desarrollo del proceso ejecutivo, realizando la conducta idónea que debería producirlo u omitiendo la que debería evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas al voluntario desistimiento o a la interrupción eficaz del normal desarrollo delictivo por parte del agente”***.

Sin pretender ser reiterativos y con la firme convicción de que toda concepción del delito tentado es perfectible, consideramos que la fórmula propuesta reúne una descripción mejor elaborada y desarrollada a la de su actual previsión legal; puesto que se reúnen con claridad y sencillez los elementos propios a dicho Instituto Penal, es decir: Deslinde efectivo y eficaz entre actos preparatorios y ejecutivos, por virtud del *comienzo de ejecución del delito*; tentativa acabada y tentativa inacabada; el presupuesto de idoneidad en los medios o en el objeto, lo que excluye la tentativa absolutamente imposible; que el hecho delictivo puede ser realizado en forma de acción u omisión; inconsumación del resultado por causas ajenas a la voluntad criminal, y; los presupuestos de atipicidad o impunidad del delito tentado, por desistimiento o arrepentimiento eficaz del evento criminal. Por ello nos resulta incomprensible que las fórmulas relativas a los Anteproyectos de Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1949 y 1958, así como la del Código Penal Tipo de 1963, no hayan tenido la influencia debida en el texto del artículo 12 del Código Penal para el Distrito Federal, pues como antes lo analizáramos, cualquiera de ellas supera por mucho a la prevista actualmente, por virtud de contener todos los elementos necesarios y suficientes a su mejor comprensión y entendimiento amén de la sencillez de su redacción.

B) De otro lado, se estima igualmente que en relación a la aplicación de sanciones en caso de tentativa a que alude el artículo 63 del Código Penal mencionado, que a la letra señala: ***“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 imponer de haberse consumado el delito que 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". Este último supuesto, creemos firmemente, debe ser desestimado y suprimido por el legislador por ser contrario con la naturaleza y principios en que se funda el Instituto Penal del delito tentado, por virtud de equiparse prácticamente consumación con tentativa y evidenciarse un nulo deslinde penallístico entre ambas formas de expresión del delito.

Ya antes hablamos señalado los inconvenientes de apartarse del criterio de atenuación de la pena de la tentativa punible, y que debe existir una rigurosa proporción entre el delito realizado y la pena merecida, como medidas de política criminal y de un justo y recto criterio jurídico basado en la experiencia histórica que nos ha legado su desarrollo. Insistimos, por ello, que el párrafo *a priori* comentado debe dejar de tener previsión legal en función de una natural y correcta adecuación e interpretación con las sanciones de atenuación propias al delito tentativo.

C) En consecuencia, pugnamos por que las referencias de los artículos 268 y 194, respectivamente, de los Códigos Procesal Penal para el Distrito Federal y su similar de aplicación Federal, sean objeto de un mayor análisis y estudio para condiderar a la tentativa con la connotación de *gravedad* que la ha conferido el legislador. Por ello, proponemos que éstos dejen de tener previsión legal por no ser compatibles con la estructura jurídica de la tentativa del delito, y sobre todo, por que se presta a confusiones e interpretaciones equívocas que en nada benefician el indudable desarrollo práctico y doctrinario alcanzado por la figura normativa en estudio.

Creemos firmemente en los principios legales que inspiraron y concibieron la formación y estructura del delito, y de sus formas de expresión, en aquellos luminosos del saber jurídico que tenazmente fueron descubriendo, pacientemente, uno a uno los elementos pertenecientes a la tentativa del delito y los estudios en que se sustentaron. Es por ello que no sólo creemos, sino afirmamos tajantemente, que la tentativa del delito en nuestra Legislación Penal actual, no sólo no ha evolucionado favorablemente, sino que ha sufrido atrasos lamentables, al procurarla de elementos extraños y contrarios a su esencia, como consecuencia de una equivocada interpretación y conocimiento, amén de ser utilizada como un paliativo más en contra de la criminalidad imperante en nuestra sociedad actual.

CONCLUSIONES.

PRIMERA.- El análisis a la estructura jurídica de la tentativa del delito nos permitió definirla como: *“La adecuación típica entre dos normas: una de carácter secundario y general, y otra de carácter específico y principal; que al unirse ambas dan vida a un nuevo título del delito, cuya punibilidad se hace presente con el inicio de ejecución de los actos que lo acompañan y distinguen de los puramente preparatorios. Ejerciendo el agente en tal sentido, influencia de poder sobre el bien protegido penalísticamente, que se caracteriza por su puesta en peligro y ausencia de lesión, por virtud de detenerse la conducta críminosa en un punto previo a la consumación del propósito criminal por causas ajenas al propio desistimiento o a la interrupción eficaz del normal desarrollo delictivo. Así, el delito tentado es conducta típica, antijurídica, culpable y punible, si el agente ha rebasado inequívocamente el último acto preparatorio para entrar y situarse dentro de los que inician la ejecución del delito”.*

SEGUNDA.- Dentro del desarrollo alcanzado por la tentativa del delito en nuestro país, el Código Penal de 1871, introdujo por vez primera en nuestra Legislación Penal, la previsión de la tentativa del delito, al distinguir cuatro grados en los delitos intencionales (conato, delito frustrado, delito intentado y consumación); específicamente, al contemplar la figura del conato y el delito frustrado, formas de ejecución del delito tentado admitidas en los modernos Códigos Penales, que conocemos respectivamente como tentativa inacabada y tentativa acabada.

TERCERA.- Siguiendo la bipartición clásica del delito el Código Penal de 1929, estimó dos grados en la previsión de los delitos intencionales: Tentativa y consumación. Mejorando notablemente el nuevo texto relativo a la tentativa del delito con su similar de 1871, ya que introduce el “inicio de ejecución” como elemento distintivo entre tentativa punible y los actos preparatorios del delito, de ordinarios impunes en nuestra Legislación Penal.

CUARTA.- El Instituto Penal de la tentativa ha tenido un panorama muy intermitente, que el Código Penal de 1931, en su artículo 12, no logró encausar favorablemente, sino que por el contrario, se observó un notable retroceso que le valió muchas críticas, ya que se trató de incriminar los actos puramente preparatorios, dejando fuera de previsión al conato y delito frustrado, lo cual resultó un evidente contrasentido con la naturaleza y principios en que se funda la tentativa del delito. Estimamos que hubo un retroceso en materia de tentativa del delito en el nuevo texto; ello en virtud de que, contrario a lo expuesto en la fórmula conducente, compartimos el criterio del “inicio de ejecución” como elemento fundamental para diferenciar los actos ejecutivos de los actos preparatorios; así como el conato (tentativa) del agotamiento del proceso ejecutivo (frustración).

QUINTA.- Apreciamos con toda objetividad que la tentativa del delito es una especie normativa con carácter esencial y necesaria en la dicotomía estructural del delito, que encuentra sustento y apoyo en el marco jurídico de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; primeramente, de la estimación que como tal, es facultad expresa del legislador por ordenamiento y disposición del artículo 73, fracción XXI (con las salvedades que existen sobre el particular), y del artículo 122 del que se desprende el sustento jurídico para la creación de las Leyes Penales en el ámbito de aplicación para el Distrito Federal; así como de lo descrito en los párrafos segundo y tercero del artículo 14 del cuerpo legal de referencia. Por virtud de lo cual se hace patente la exigencia Constitucional de que todo acto, conducta o hecho considerado delictivo, debe estar tipificado como "delito" y debe encontrarse previsto en una ley, exactamente aplicable al caso de que se trate.

SEXTA.- Dentro del desarrollo planteado en el presente estudio expusimos, apoyados en el análisis de su naturaleza jurídica, que la norma del delito tentado no debe ser estimada con el carácter de accesoriedad que una parte de la doctrina le confiere, sino con la plena autonomía del delito en virtud de que no obstante, y ciertamente que la tentativa tiene el carácter accesorio y secundario en comparación con la norma principal incriminadora o delito consumado; ello no es obstáculo suficiente ni certero para desestimar la objetividad propia, característica e inherente al delito tentado, pues sus caracteres típicos, de antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad son los mismos que la ley penal contempla para el delito, llámese éste consumado o tentativa.

SÉPTIMA.- Cuestión de gran importancia en el trabajo elaborado estuvo encaminado a la punibilidad que debe tener el delito tentado, a sustentar su atenuación en relación al delito consumado, por virtud de que sancionar a la tentativa en sus dos formas de expresión (acabada e inacabada) de manera atenuada, obedece a un principio de justicia basado en la no consumación del hecho delictivo. Aunado a una medida de política criminal sustentada en la consideración de impedir, mediante la disminución de sanción, la reiteración de la conducta criminal por parte del autor, quien observarla y experimentarla en su persona los beneficios legales de no haber consumado el hecho delictivo, comparativamente a la hipótesis de que si lo hubiera hecho o logrado. Lo cual se estima, incide favorablemente en que el agente no vuelva a repetir o intentar realizar la conducta delictuosa.

OCTAVA.- Las reformas a la tentativa del delito del 29 de Diciembre de 1984, así como la del 10 de Enero de 1994, básicamente estuvieron orientadas a mejorar y corregir las deficiencias observadas en las fórmulas que les precedieron; no obstante y como lo hicimos notar en su oportunidad, resultaron incipientes y poco beneficiosas al introducirse en su redacción de elementos que la hacen confusa, despojándola de la claridad y sencillez con que debe ser estimada una figura jurídica tan importante y esencial en nuestras Leyes Penales.

NOVENA.- Las modificaciones realizadas al delito tentado en Mayo de 1996, fueron, en opinión nuestra, muy inconsistentes y trascendentales; pues con ello se desnaturalizó la esencia de atenuación de la pena en que estaba basada su punibilidad, ya que adicionar un tercer párrafo al artículo 63 del Código Penal para el Distrito Federal, se fundó en un criterio tendiente a equiparar tentativa y consumación. Por ello, y siendo que la tentativa del delito ha fincado sus propias bases de tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad, en razón a su objetividad propia y actividad típica singular, proponemos que el legislador derogue el párrafo final del artículo que se comenta, al contrariar el desarrollo histórico y el panorama que en aplicación de sanciones en caso de tentativas se había observado con gran atino en nuestros Ordenamientos Penales anteriores, antes de estimar al delito tentado con el calificativo de *"grave"*.

DÉCIMA.- Lo expuesto, sugiere, es una clara muestra de la severidad que en la aplicación de las penas y sanciones el legislador ha establecido en el Código Penal para el Distrito Federal, lo cual, en nuestra perspectiva, ha desviado el camino de un Ordenamiento Jurídico antes preventivo, por el de una legislación de tipo represivo. Las reformas y adiciones que en materia de tentativa del delito se han venido observando desde 1984 y hasta 1999, así lo han puesto de manifiesto; ya no son tanto las deficiencias que en la redacción de una adecuada concepción de la tentativa punible se venían produciendo reforma tras reforma, sino que ahora el problema fue enfocado hacia su punición, al aumento de las penas que sobre tal particular han acercado peligrosamente a la equiparación entre tentativa y delito consumado. Siendo precisamente ese carácter de *grave* que confiere el legislador al delito tentado, la que desnaturaliza su esencia y que ya tuvimos oportunidad de cuestionar ampliamente y con la que no estamos de acuerdo, puesto que el término *gravedad del delito* debe orientarse exclusivamente a su consumación. Son precisamente tales estimaciones sobre el *delito grave* las que se erigen como el principal obstáculo naturalístico para que la tentativa del delito admita la nomenclatura jurídica que el legislador le ha querido otorgar, es decir, *tentativa de gravedad*; proponemos, por ello, que al no ser coincidente y adecuado a la estructura jurídica y natural en que se funda la punibilidad del delito tentado el denominado carácter de "delito grave", el mismo deje de tener previsión legal en los preceptos normativos con que se le relaciona.

DÉCIMA PRIMERA.- Proponemos, que el texto del artículo 12 del Código Penal para el Distrito Federal, que prevé la fórmula relativa a la descripción normativa de la tentativa del delito, sea reformada de forma integral en los términos siguientes: ***"Existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito es exteriorizada por un comienzo de ejecución o de todo el desarrollo del proceso ejecutivo, realizando la conducta idónea que debería producirlo u omitiendo la que debería evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas al voluntario desistimiento o a la interrupción eficaz del normal desarrollo delictivo por parte del agente"***.

DÉCIMA SEGUNDA.- Deseamos apuntar finalmente, que pudimos advertir la enorme importancia que en nuestras Legislaciones Penales ha experimentado y representa la figura de la tentativa del delito, que su previsión es fundamental y su conocimiento absolutamente necesario dentro de nuestro Derecho Penal Liberal. Y que dicho conocimiento no debe ser conducido en contra de su especial naturaleza jurídica y de los principios en que éste se fundamenta; pues si bien es cierto, que la tentativa como norma accesoria depende necesariamente de la norma principal incriminadora para poder construir su tipicidad; también es cierto que el proceso de subsunción del artículo 12 del Código Penal, da vida a un nuevo título del delito que tiene actividad típica singular, objetividad propia y una pena específica, lo cual le otorga autonomía propia al ser contemplada de precepto y sanción en la ley. Por ello, insistimos, el delito tentado no debe ser concebido como una catarsis en contra de la criminalidad que hoy por hoy nos asfixia gravemente.

BIBLIOGRAFÍA.

OBRAS CONSULTADAS.

- BECCARIA, Cesare. De los Delitos y de las Penas. Bogotá-Colombia, Editorial Temis, segunda edición, 1990.
- CARRARA, Francesco. Programa de Derecho Penal. Bogotá-Colombia, Editorial Temis, S.A., volumen I, reimpresión, (traducción de José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero), 1988.
- CARMIGNANI, Giovanni. Elementos de Derecho Criminal. Bogotá, Editorial Temis, primera edición, 1979.
- CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl. CARRANCÁ Y RIVAS, Raúl. Código Penal Anotado, México, Editorial Porrúa, S.A., décimo octava edición, 1995.
- CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl. Derecho Penal Mexicano. México, Editorial Porrúa, S.A., décimo sexta edición, 1988.
- CUELLO CALÓN, Eugenio. Derecho Penal I, Barcelona-España, Editorial Bosch, volumen segundo, décimo sexta edición, (revisado y puesta al día por César Camargo Hernández), 1971 (1944).
- CUELLO CALÓN, Eugenio. Derecho Penal. Barcelona-España, Editorial Bosch, tomo I, volumen segundo, décimo octava edición (revisado y puesto al día por César Camargo Hernández), 1980.
- FONTÁN BALESTRA, Carlos. Tratado de Derecho Penal. Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, tomo II, segunda edición, 1990.
- GONZÁLEZ QUINTANILLA, José Arturo. Derecho Penal Mexicano. México, Editorial Porrúa S.A., primera edición, 1991.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. La Ley y el Delito. Buenos Aires-Argentina, Editorial Sudamericana, novena edición, 1979.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Tratado de Derecho Penal. Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., tomo II, segunda edición, 1964.
- JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. Derecho Penal Mexicano. México, Editorial Porrúa, S.A., tomo 1, primera edición, 1972.
- JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. Derecho Penal Mexicano II. México, Editorial Porrúa, S.A., segunda edición, 1972.
- MALO CAMACHO, Gustavo. Tentativa del Delito. México, Editado por la UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, primera edición, 1971.

MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael. El Tipo Penal. México, Editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, primera reimpresión, 1992

MEZGER, Edmundo. Tratado de Derecho Penal II. Madrid, Revista de Derecho Privado, segunda edición, (traducido por José Arturo Rodríguez Muñoz), 1946.

PALACIOS, J. Ramón. Tentativa. México, Editado por la Universidad Nacional Autónoma de México, primera edición, 1951.

PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Breve Ensayo Sobre la Tentativa. México, Editorial Porrúa, S.A., cuarta edición, 1989.

PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Las Reformas Penales (Análisis Crítico de la Parte General). México, Editorial Porrúa, S.A., primera edición, 1987.

PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal. México, Editorial Porrúa, S.A., décimo cuarta edición, 1991.

PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Programa de Derecho Penal. México Editorial Trillas, tercera edición, 1990.

REYES ECHANDÍA, Alfonso. Derecho Penal. Bogotá-Colombia, Editorial Temis, segunda reimpresión de la undécima edición, 1990.

ROMERO SOTO, Luis Enrique. Derecho Penal. Bogotá-Colombia, Editorial Temis, segundo volumen, D. E., primera edición, 1969.

VILLALOBOS, Ignacio. Derecho Penal Mexicano. México, Editorial Porrúa S.A., quinta edición, 1990.

VON LISZT, Franz. Tratado de Derecho Penal III. Madrid, Editorial Reus, S.A., segunda edición (traducción Luis Jiménez de Asúa), 1929.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal. México, Cárdenas Editor y Distribuidor, segunda reimpresión, 1994.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Tratado de Derecho Penal IV. México, Cardenas Editorial y Distribuidor, primera edición, 1988.

LEGISLACIONES CONSULTADAS.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. México, Editorial Sista S.A. de C.V., 1999.

Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero Común, y para toda la República en materia de Fuero Federal. México, Editorial Porrúa S.A., quincuagésima novena edición, 1998.

Código Federal de Procedimientos Penales. México, Editorial Sista S.A. de C.V., 1998.

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. México, Editorial Sista S.A. de C.V., 1998.

DECRETO por el que se reforman, adicionan, modifican y derogan diversos artículos del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal. Ciudad de México, Distrito Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha 29 de Diciembre de 1984.

DECRETO que reforma, adiciona y deroga diversos artículos del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal, del Código Federal de Procedimientos Penales, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, de la Ley de Amparo reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de la Ley de Extradición Internacional, del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, de la Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación, de la Ley del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal, de la Ley Federal para prevenir y Sancionar la Tortura y de la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal y de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. Ciudad de México, Distrito Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha 10 de Enero de 1994.

DECRETO por el que se reforman, adicionan y derogan diversos artículos del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal, del Código Fiscal de la Federación, del Código de Procedimientos Penales

para el Distrito Federal y del Código Federal de Procedimientos Penales. Ciudad de México, Distrito Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha 13 de Mayo de 1996.

DECRETO mediante el cual se declaran reformados los artículos 16, 20 fracción I y penúltimo párrafo, 21, 22, 73 fracción XXI de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Ciudad de México, Distrito Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha 3 de Julio de 1996

DECRETO por el que se reforman diversas disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal, del Código Federal de Procedimientos Penales, y de la Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Ciudad de México, Distrito Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha 8 de Febrero de 1999.

DECRETO por el que se derogan, reforman y adicionan diversas disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal, en el ámbito de aplicación del Fuero Común, publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal de fecha 17 de Septiembre de 1999.

DECRETO por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal de fecha 17 de Septiembre de 1999.

OTRAS FUENTES.

CRITICAS A LAS ÚLTIMAS INICIATIVAS DE LEY EN MATERIA PENAL, EN CONFERENCIA MAGISTRAL DEL DR. RAÚL CARRANCÁ Y RIVAS. En el Poder Judicial del Estado de Tabasco, Tribunal Superior de Justicia, de fecha 26 de Abril de 1996.

DICCIONARIO JURÍDICO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Madrid, Talleres Gráficos de la Editorial Espasa-Calpe, S.A., tomo II, vigésima edición, 1984.

DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO. México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Editorial Porrúa, S.A., sexta edición, 1993.

ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA. Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, tomo XVI, primera edición, 1962.

PALOMAR DE MIGUEL, Juan. Diccionario para Juristas. México, Editorial Mayo Ediciones, S. de R. L., primera edición, 1981.