



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
CAMPUS ARAGON**

**"LA TENTATIVA.
ANALISIS JURIDICO DE LA TENTATIVA PUNIBLE
EN EL NUEVO CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL"**

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
MARIO RAYMUNDO INTERINO VILLAZCAN

ASESOR:
MAESTRA MARIA GRACIELA LEON LOPEZ

MEXICO

2004



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

AGRADECIMIENTOS

A Dios

Por haberme permitido llegar hasta esta tan anhelada etapa de mi vida, por darme fuerza para concluir este trabajo de investigación que servirá de base para obtener el título de Licenciado en Derecho.

A mi madre Celia Villazcán Rosas

Por su infinito amor y cariño, por haber hecho cuanto estaba a su alcance y más para verme feliz, por sus consejos para que no dejara de estudiar y que concluyera una carrera profesional y así convertirme en un hombre de bien, útil para la sociedad.

A mi padre Mario Interino Alberto

Por su protección fortaleza y cariño, por su ejemplo de honradez, responsabilidad y amor al trabajo, por impulsarme a concluir una carrera profesional, bajo el argumento de que esa era la única herencia que me podía ofrecer y probablemente viendo en mí lo que a él le hubiera gustado lograr y que no pudo no por ganas, si no porque la vida no se lo permitió, pues le arrebató a sus padres cuando aun era un niño y lo obligó a convertirse en un hombre para sobrevivir.

A mis hermanas Martha, Laura, Maricela y María Esther

Por su cariño, comprensión y estímulo para que no cesara y concluyera mi formación profesional.

A mi hermano Enrique

Por ser un hermano ejemplar ya que desde niño siempre ayudó a mis padres sin importarle sacrificar muchas cosas por trabajar, asimismo por su entereza, ya que a pesar del entorno social en el que crecimos nunca se dejó envolver por las malas influencias, por su apoyo y aliento para que no dejara de estudiar y aprovechara esa gran oportunidad que se me había dado.

A mi pareja Thalía Briceida Flores Pelcastre

Por todo su amor, por ayudarme a afrontar la vida sin miedo a pesar de los obstáculos que se presenten, por alentarme a concluir el presente trabajo de investigación, por sacrificar todo por defender nuestro amor y por emprender junto a mí un proyecto de vida con el fin de formar una familia y ser felices.

A toda mi familia

Por su apoyo y estímulo

A la Universidad Nacional Autónoma de México

Por concederme el privilegio de formar parte de su matrícula, a mi alma mater mi infinito agradecimiento por haberme dado la oportunidad de obtener una formación profesional, ya que de no ser así no hubiera sido posible concretizar mis anhelos de cursar una carrera profesional.

*A la Escuela Nacional de Estudios Profesionales
Campus Aragón*

*Mi eterno agradecimiento por acogerme en sus
aulas en donde mis profesores compartieron
conmigo sus conocimientos, Campus del cual me
encuentro orgulloso de ser egresado.*

A mi Asesora Maestra Maria Graciela León López

*Por haber aceptado dirigir este trabajo de
investigación, por todas las molestias ocasionadas y
por haber compartido conmigo sus conocimientos y
amplísima experiencia.*

Al Jurado

*Por otorgarme su voto y tener la gentileza de
destinar parte de su valioso tiempo a la revisión de
la presente tesis.*

A la Licenciada Julia Ortiz Leandro

*Por compartir conmigo sus valiosos conocimientos,
por haber confiado en mi y permitirme realizar el
trabajo que mas me gusta, por su ejemplo de
honorabilidad, sencillez y justicia, por todo su apoyo y
estímulo para que concluyera este trabajo de
investigación.*

Al Licenciado Enrique Gallegos Gracilazo

*Por toda su confianza, por haberme ayudado para
ingresar al Tribunal Superior de Justicia del
Distrito Federal, hecho por el que estare siempre
agradecido y por sus sabios consejos.*

A la memoria del Licenciado Silverio Morales López
Por haberme dado la oportunidad de formar parte del
Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal y
por enseñarme a tenerle amor al Derecho Penal, por
todas sus enseñanzas y consejos.

Al Licenciado David Pérez Rodríguez
Por todo su apoyo, por haberme brindado su
amistad porque a pesar del efímero tiempo que
tengo de conocerlo me e dado cuenta de que es una
persona muy valiosa, por todas las molestias
causadas y por haber dedicado parte de su valioso
tiempo a revisar esta tesis.

A mis compañeros de Generación
Por su apoyo, comprensión y ayuda demostrada
desinteresadamente a lo largo de la carrera.

A mis compañeros de trabajo
Por todo su apoyo y aliento para que consiguiera
culminar este trabajo de investigación.

A todas aquellas personas que de alguna forma u otra
me han brindado su apoyo moral para llegar a
concluir mi formación profesional y de quienes e
aprehendido algo nuevo, a todos ellos de quienes e
omito sus nombres porque correría el riesgo de no
nombrar al alguien y no sería justo.

**LA TENTATIVA
ANÁLISIS JURÍDICO DE LA TENTATIVA PUNIBLE
EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL**

INDICE

INTRODUCCIÓN	I
---------------------	----------

CAPITULO I

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA TENTATIVA

I. 1. Derecho Romano	1
I. 2. Derecho Germánico	6
I. 3. Derecho Italiano	11
I. 4. Derecho Francés	17
I. 5. Derecho Español	19
I. 6. Derecho Mexicano	28
I. 6. 1. Legislación Penal Mexicana	29
I. 6. 1. 1. Las Siete Partidas	29
I. 6. 1. 2. La Recopilación de las leyes de los reinos de indias	32
I. 6. 1. 3. La novísima Recopilación	33
I. 6. 1. 4. El Código Penal del Estado de Veracruz de 1835	35
I. 6. 1. 5. El Código Penal de Martínez de Castro de 1871	43
I. 6. 1. 6. El Código Penal de Almaraz de 1929	51
I. 6. 1. 7. El Código Penal de 1931	55
I. 6. 1. 8. El Código Penal para el Distrito Federal de 1999	62
I. 6. 1. 9. El Nuevo Código Penal para el Distrito Federal del 2002	64

CAPITULO II

CONCEPTOS Y NATURALEZA JURÍDICA DE LA TENTATIVA

II. 1. Conceptualización Doctrinal de la Tentativa	69
II. 2. Conceptualización Legislativa de la Tentativa	72
II. 2. 1. El artículo 20 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal	86
II. 3. El " <i>Iter Criminis</i> " o la vida del Delito y sus fases	88
II. 3. 1. Fase interna o subjetiva	93
II. 3. 2. Fase externa u objetiva	95
II. 3. 3. Actos preparatorios	97
II. 3. 4. Actos Ejecutivos	100
II. 3. 4. 1. La tentativa	115
II. 3. 4. 2. La Consumación	116
II. 4. Naturaleza jurídica y esencia de la tentativa	127
II. 5. Los elementos de la tentativa	133
II. 5. 1. Voluntad de cometer el delito	134
II. 5. 2. Comienzo de los actos ejecutivos del delito	135
II. 5. 3. La no consumación del delito	136
II. 6. La imperfección del delito en la tentativa	137
II. 7. Elementos de la tentativa punible	140
II. 7. 1. Intención de efectuar una conducta típica	141
II. 7. 2. Principio de ejecución o actos ejecutivos	143
II. 7. 3. Univocidad de la voluntad y de los hechos	144
II. 7. 4. Idoneidad de la conducta y de los medios empleados	146
II. 7. 5. El elemento finalista	148
II. 7. 6. El requisito del peligro corrido	149
II. 7.7. La no consumación del delito por causas ajenas a la voluntad del agente	150
II. 8. Autonomía de la tentativa	153

CAPITULO III
CLASES DE TENTATIVA

III. 1. Tentativa inacabada o conato	155
III. 2. Tentativa acabada o delito frustrado	157
III. 3. Desistimiento	161
III. 3. 1. Concepto y naturaleza	161
III. 3. 2. La voluntad en el desistimiento	178
III. 3. 3. Elementos del desistimiento	189
III. 4. El arrepentimiento eficaz	191
III. 4. 1. Concepto y naturaleza	192
III. 4. 2. Voluntad de impedir el resultado	198
III. 4. 3. Elementos del arrepentimiento activo	199
III. 4. 4. El arrepentimiento en la participación	201
III. 4. 5. El arrepentimiento <i>post factum</i>	208
III. 5. Tentativa de delito imposible	210
III. 5. 1. Imposibilidad sobre la acción	211
III. 5. 2. Imposibilidad sobre el objeto	211
III. 5. 3. Tentativa inacabada del delito imposible	212
III. 5. 4. Tentativa acabada de delito imposible	213
III. 5. 5. Desistimiento de la tentativa de delito imposible	214
III. 5. 6. Arrepentimiento activo de la tentativa de delito imposible	216
III. 6. Tentativa culposa	217

CAPITULO IV
LA TENTATIVA PUNIBLE EN EL NUEVO CÓDIGO
PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL

IV. 1. La tentativa punible, en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal	220
---	-----

IV. 1. 2. Compulsa de iniciativas de Código Penal para el Distrito Federal	221
IV. 1. 3. Anteproyecto de Código Penal para el Distrito Federal	229
IV. 1. 4. El artículo 20 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal	231
IV. 1. 4. 1. Análisis comparativo con el artículo 12 del Código Penal para el Distrito Federal de 1999	234
IV. 1. 5. Punibilidad de la tentativa, el artículo 78, en relación con el 72, del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal	237
IV. 1. 5. 1. Análisis comparativo con la punibilidad aplicable en el Código Penal para el Distrito Federal de 1999	242
IV. 1. 5. 2. La punibilidad aplicable de la tentativa en caso de que el delito que el agente quiso realizar cuente con alguna circunstancia modificativa (agravante)	258
IV. 2. La forma de clasificar los delitos graves de acuerdo al artículo 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal	265
IV. 2. 1 La necesidad de reformar el párrafo sexto del artículo 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal	268
IV. 2. 2. Propuesta para trasladar la forma de calificar los delitos graves del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal al Código Penal para el Distrito Federal	270
CONCLUSIONES	282
BIBLIOGRAFIA	290

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo de investigación, tratamos de realizar un análisis jurídico de la Tentativa, figura que de acuerdo con la teoría del Delito, resulta ser un grado de ejecución del Delito, mismo que no llegó a consumarse a pesar de que el sujeto activo, exteriorizó su resolución de cometerlo, realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, debido a causas ajenas a su voluntad.

Por lo que comenzamos por realizar un breve análisis de la evolución histórica de la figura jurídica de la tentativa, a través del Derecho Romano, Germánico, Italiano, Francés, Español y Mexicano.

Posteriormente, estudiaremos los conceptos doctrinales que sobre la figura jurídica de la tentativa han emitido los estudiosos del Derecho Penal y trataremos de dar nuestro concepto. Asimismo, analizaremos la conceptualización legal de la tentativa.

Así también, analizaremos el "*iter criminis*" o vida del delito y sus fases, tanto la interna o subjetiva, misma que a su vez se encuentra conformada por la ideación de cometer un determinado delito, la deliberación que se presenta entre el cometerlo o no cometerlo, y la resolución de llevar a cabo la idea criminal; así como la fase externa u objetiva, en la que a su vez se encuentran: la manifestación de la voluntad de cometer un determinado delito, los actos preparatorios, los actos ejecutivos y la consumación.

Trataremos de establecer cual es la naturaleza jurídica de la Tentativa, estudiaremos los elementos de los que se conforma la Tentativa, tales como la voluntad de cometer un delito determinado, el principio de ejecución del delito y la no consumación del mismo debido a causas ajenas a la voluntad del sujeto activo.

Por otra parte, dejaremos establecido que la tentativa no es autónoma, sino que es un grado de ejecución del delito, por lo tanto no puede existir el delito de tentativa, sino que si el delito que el sujeto activo, resolvió cometer fue el de robo, y exteriorizó su resolución de cometerlo al llevar a cabo en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado y el mismo no se consumó por causas ajenas a su voluntad, nos encontraremos ante la presencia de un delito de robo en grado de tentativa.

Posteriormente analizaremos las diversas clases de tentativas que existen de acuerdo con la doctrina, como lo son la tentativa inacabada o conato, la tentativa acabado o delito frustrado, así como también analizaremos las figuras del desistimiento espontáneo y el arrepentimiento eficaz, tratando de establecer su naturaleza jurídica y su ubicación sistemática. De igual forma analizaremos la llamada Tentativa de delito imposible, estudiaremos la imposibilidad sobre la acción, así como aquella que se presenta sobre el objeto. Por otro lado, dejaremos establecido que para nosotros no existe la tentativa culposa, toda vez que si uno de los elementos integrantes de la figura jurídica de la tentativa, resulta ser la voluntad que el sujeto activo debe tener de cometer un determinado delito, es decir, el elemento finalista, su actuar doloso (conciencia y voluntad), no es posible que cuando un delito quede en grado de tentativa admita la forma de realización culposa, en la cual el sujeto no quiere el resultado (carece de dolo).

Asimismo en el presente trabajo de investigación, se ha tratado de realizar un análisis jurídico de la tentativa punible en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.

En el artículo 20 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, se prevé 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 por causas ajenas a*

la voluntad del sujeto activo no se llega a la consumación, pero se pone en peligro el bien jurídico tutelado.”

Éste es el concepto que de la figura jurídica de la tentativa se establece en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, mismo del que se desprenden los siguientes elementos:

- Que exista la resolución de cometer un delito;
- Que ésta se exteriorice realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado u omitiendo los que deberían evitarlo;
- Que por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo no se llegue a la consumación;
- Que se ponga en peligro el bien jurídico tutelado.

La voluntad o intención de delinquir, es el primer elemento integrante de la tentativa punible, por lo que de acuerdo con el *iter criminis* o vida del delito, en la parte subjetiva, el sujeto activo, primero idea cometer un delito, – el cual obviamente debe estar tipificado en la ley penal – posteriormente delibera entre cometerlo o no cometerlo, y si decide hacerlo, la parte subjetiva del camino del delito se encuentra completa y con ello también el primer elemento de la tentativa punible.

El segundo elemento de la tentativa punible, es el comienzo de los actos ejecutivos del delito que previamente el agente ha resuelto cometer, dichos actos, se traducen en el elemento típico de la tentativa. Establecer cuando estamos en presencia de los actos ejecutivos, resultó ser un motivos más para realizar este trabajo de investigación, ya que no todos los actos desplegados por el sujeto activo al exteriorizar su resolución de cometer un determinado delito, son considerados como ejecutivos pues solo estos son incriminados o punibles aún cuando se hubiese demostrado que los actos de preparación estén dirigidos a

cometer un determinado delito.

La no consumación del delito, resulta ser el tercer elemento de la figura jurídica de la tentativa punible en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, ya que primeramente el activo debió haber ideado cometer un delito, posteriormente deliberó entre cometerlo o no cometerlo y finalmente resolvió cometerlo, una vez resuelta su voluntad, el activo la exterioriza, comenzando a preparar el camino para ejecutar el delito, a través de los actos preparatorios, posteriormente el activo comienza a ejecutar el delito mediante los actos ejecutivos, con el fin de consumarlo y de que se produzca su resultado ilícito, sin embargo, el mismo no se produce debido a una causa ajena a su voluntad, ya que de otro modo si el delito se hubiese consumado, no estaríamos en presencia de un delito que ha quedado en grado de tentativa, por cuyo motivo es un delito perfecto subjetivamente, pero imperfecto objetivamente, en relación con el delito que se pretendía consumir. Luego entonces sí para que exista tentativa punible se requiere que el delito que el sujeto activo previamente había resuelto cometer no se consume por causas ajenas a su voluntad, desde nuestro punto de vista, el desistimiento y el arrepentimiento previstos en el artículo 21 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, resulta in operante, ya que si el sujeto activo espontánea y voluntariamente desiste de su idea criminal que ya había comenzado a ejecutar y debido a ello no se consuma el delito, faltará el tercer elemento de la tentativa punible.

El cuarto y último elemento de la tentativa punible, que se prevé en el artículo 20 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, consiste en que se ponga en peligro el bien jurídico tutelado por la Ley Penal, mismo que depende del delito que el sujeto activo previamente había resultado cometer, como por ejemplo: en el homicidio, el bien jurídico tutelado por la ley penal es la vida de las personas; en el robo, el patrimonio de las personas, etc. Cuando el delito se consuma, se lesiona el bien jurídico tutelado por la ley penal, cuando el delito queda en grado de tentativa, únicamente se pone en peligro el bien jurídico tutelado por la ley

penal, ya que el resultado no se consumó por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo, a pesar de haber llevado a cabo en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir la consumación del delito que previamente había resultado cometer; por lo que desde nuestro punto de vista la inclusión de éste último elemento, resulta innecesaria, ya que al reunirse los tres elementos anteriores, se estará en presencia de una tentativa punible de un delito que no llegó a consumarse y por lo tanto con ello se ha puesto en peligro el bien jurídico tutelado por la Ley Penal, ya que si no existe puesta en peligro del bien jurídico tutelado, estaremos en presencia de una tentativa de delito imposible, ya sea por imposibilidad sobre la conducta desplegada por el sujeto activo o por imposibilidad sobre el objeto.

Así también dentro del presente trabajo de investigación, se realizó un análisis comparativo de las reglas que en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal se prevén para establecer la punibilidad de aquellos delitos que ha quedado en grado de tentativa y aquellas que se preveían en el Código Penal para el Distrito Federal de 1999, y así poder llegar a la conclusión de si existió un avance o un retroceso.

Por último, otra cuestión que se estudia en el presente trabajo de investigación, es la incongruencia que existe entre la punibilidad que ahora se establece para aquellos delitos que han quedado en grado de tentativa, prevista en el párrafo primero del artículo 78 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, mismo que a la letra dice: "*La punibilidad aplicable a la tentativa, será de entre una tercera parte de la mínima y dos terceras partes de la máxima, previstas para el correspondiente delito doloso consumado que el agente quiso realizar.*" Y la regla para establecer cuando un delito que han quedado en grado de tentativa, es considerado como grave, la cual se encuentra prevista en párrafo sexto del artículo 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, mismo que a la letra dice: "*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.” Toda vez que como podemos observar, ahora los parámetros para establecer la punibilidad en caso de tentativa, será de entre una tercera parte de la mínima y dos terceras partes de la máxima, previstas para el correspondiente delito doloso consumado que el agente quiso realizar y no las dos terceras partes, como anteriormente se preveía en el párrafo primero del artículo 63 del Código Penal para el Distrito Federal de 1999, mismo que a la letra decía: “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.” Por lo que se propone se reforme el párrafo sexto del artículo 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, para que sea congruente con lo establecido en el Código Sustantivo y quede de la siguiente manera: “La tentativa punible de los ilícitos que se mencionan en el párrafo anterior también se considerará delito grave si el término medio aritmético de una **tercera parte de la mínima y dos terceras partes de la máxima de la pena de prisión** que se debiera imponer de haberse consumado el delito excede de cinco años.”.

CAPITULO I

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA TENTATIVA

El presente capítulo tiene como objetivo, realizar un breve análisis de cómo ha venido evolucionando a través de la historia la figura jurídica de la tentativa, es decir, de que forma era concebida en las diversas naciones contempladas en este capítulo y cuales fueron los motivos que sirvieron de base para su tipificación y punición y lograr con ello tener un panorama histórico de dicha figura que sirva de sustento a este trabajo de investigación.

I. 1. Derecho Romano

El derecho Romano constituyó la base fundamental en que los pueblos se inspiraron para crear posteriormente sus propias instituciones jurídicas, por lo que es pertinente tomarlo como punto de partida con el fin de vislumbrar si en él se contemplaba la figura jurídica de la tentativa y cual era su punición.

Los delitos en la antigua Roma se dividieron en delitos públicos (*crimina*) y delitos privados (*dilecta*), como lo explica el maestro Raúl Carrancá y Trujillo: "... se distinguió entre *delicta pública* y *delicta privada*, según pudieran ser los delitos perseguidos en interés del Estado y por sus funcionarios o en interés de los ofendidos y por éstos, diferenciándose además entre la disciplina doméstica, la común y la militar. En un grado superior de la evolución pasaron *extra ordinem* a vivir en la órbita de la pena pública los delitos... Lo más importante está contenido en los dos *terribles libros* del *Digesto* (530 a J. C.), o sean los libros 47 y 48, codificaciones penales sustantivas y adjetivas."¹

Dentro del *Digesto* de Justiniano como bien lo señala el maestro Raúl

¹ CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl, et al. Derecho Penal Mexicano, Parte General, ed. 2ª. Ed. Porrúa, México 1999, p. 97.

Carrancá y Trujillo, en los libros 47 y 48, se encuentra lo más relevante del Derecho Penal Romano, de los que se desprende que efectivamente los romanos si contemplaban la figura de la tentativa y su punibilidad, por lo que a continuación procedemos a transcribir lo más importante en cuanto a la investigación que nos ocupa, es decir, lo que podemos apreciar como los antecedentes más remotos de la tentativa.

“En el libro XLVII, título II, sobre los hurtos. 1 <<furtum>>, como dice Labeón, viene de <<furvum>> es decir, <<negro>>, pues el hurto se comete clandestinamente, y casi siempre de noche; o también < puede venir>, como dice Sabino, de <<fraus>>, <fraude>; o también de <<feros>> y <<aufero>>, <llevarse>, o de la lengua Griega en la que llaman <<fur>> <o ladrón>, pues también lo griegos decían que <<phor>> viene de <<phero>> <llevarse>. (1) De aquí que el mero pensamiento de cometer un hurto no convierta a uno en ladrón.”² De lo anterior se advierte que los romanos tenían perfectamente establecido que el mero pensamiento de cometer un delito no es suficiente para tener a una persona como delincuente, pues para ello se necesita que su voluntad de cometer un delito se exteriorice en el mundo fáctico a través de los medios ejecutivos idóneos para producir el resultado.

Como lo podemos apreciar en el libro XLVII dentro del título II, sobre los hurtos (21), en el que se establecía lo siguiente: “(7) El que entró en un aposento para cometer un hurto, no es todavía ladrón, aunque haya entrado con ánimo de hurtar”³. De lo anteriormente transcrito, se advierte que los romanos no castigaban los actos preparatorios, los cuales a pesar de ir encaminados al fin de cometer un delito, por sí mismos, no son aptos para estar en condiciones de establecer que el sujeto activo haya comenzado a ejecutar el delito que previamente había resuelto cometer, pues requerían para castigar el delito, como ya lo dijimos que se produjera el resultado que lesionara el bien jurídico tutelado, ya que si el resultado

² El Digesto de Justiniano, t. III, tr. D'ors, A, et al, Ed. Aranzadi, Pamplona 1968, p. 600.

³ Ibidem, p. 606.

no se produjo, no se castigaba el delito que había quedado inconcuso, por no haberse producido dicho resultado.

Para el Derecho Romano, como se ha podido observar, lo fundamental para imponer una pena a una persona, no es la intención que se tenga de cometer el delito, sino el resultado que se produzca a través de la exteriorización de su pensamiento, traducida ésta en los medios ejecutivos idóneos para obtener el resultado, como se puede apreciar en la siguiente disposición emanada del Digesto de Justiniano: "66 (65). El que se apodera de algo ajeno con intención de lucrarlo, aunque luego arrepentido lo devuelva al propietario, sigue siendo ladrón, pues (=D.21,1,17,1) nadie deja de ser culpable de tal falta por el hecho de arrepentirse de ella. (Ulp. 1 ed. Aed. Cur.)"⁴. Lo que nos lleva a establecer que una vez que el delito se ha consumado, para el sujeto activo que se arrepiente y devuelve la cosa de la cual se apoderó no queda excluida la pena, pues su intención la materializó al llevar a cabo todos los actos ejecutivos tendientes a producir el resultado, aunque después se haya arrepentido, pues para ellos el delito se ha consumado, independientemente de que al arrepentirse y devolver la cosa hurtada haya cesado el perjuicio sufrido en el patrimonio del sujeto pasivo, por lo tanto se le debe de imponer la pena correspondiente por el delito de hurto, cosa distinta hubiera acontecido si su arrepentimiento lo hubiese exteriorizado antes de consumar el delito, es decir, antes de que se produjera el resultado en tal caso, no se le impondría la pena que merece el que hurta una cosa ajena.

Como lo hemos venido asentando, los romanos aun sin conocer la naturaleza jurídica de la tentativa y sin llegar a definirla, hacen una división de manera tácita de los grados del delito, distinguiéndolos como ya lo dijimos en delitos consumados y no consumados (tentativa), como se puede apreciar en el Título XI Sobre los Juicios Criminales Extraordinarios: "1... El que persuadiera a un muchacho para el estupro, apartando o sobornado antes al acompañante que lo guardaba o hiciera proposiciones deshonestas a una mujer o aun joven, o hiciera

⁴ Ibidem, p. 620.

algo con fines impúdicos o diera regalos o remunerara para persuadir a tales personas, sufre la pena capital si consuma el crimen, y la deportación si no llega a consumarlo; los acompañantes que se dejan corromper sufren la última pena (*Paul 5 sent.*)⁵. De lo que se puede advertir que en algunos delitos castigaban con penas atenuadas en caso de que el crimen no se consumará, es decir, en caso de tentativa, pero no hacen mención del motivo por el cual no se haya consumado el delito, o que tan próximo o lejano se debe de encontrar de su consumación, pero sin embargo, si mencionan de que medios comisivos se vale el sujeto activo para llevar a cabo su conducta delictiva, mismos que se traducen en los actos ejecutivos idóneos para la realización del delito.

Dentro del libro XLVIII título VIII La Ley Cornelia sobre sicarios y envenenadores; establece: "1 Queda sujeto a la Ley Cornelia sobre sicarios y envenenadores el que diera muerte a un hombre, aquel con cuyo dolo malo se cometió un incendio, el que anduviera armado para matar a alguien o cometer un hurto,... (3) Adriano, de consagrada familia, dio un rescripto donde decía que el que mata a un hombre, si no lo hizo con intención de matar, puede ser absuelto, y el que no mató a un hombre, sino que lo hirió, pero con intención de matarlo, debe ser condenado como homicida, lo que debe determinarse según los casos: si tiró de espada o lanzó <un dardo>, no hay duda de que lo hizo con intención de matar, pero si, en una pelea, golpeó con una llave o con una casuela, aunque hubiera dado el golpe con un instrumento de hierro, sin embargo no lo hizo con intención de matar. <De lo que se deduce> que debe moderarse la pena del que en una pelea cometió un homicidio más por casualidad que por voluntad."⁶ Como podemos observar, los romanos aunque no tenían un catálogo de los crímenes que ellos consideraban graves, al imponer las penas que debían sufrir aquellos que cometiera estos, si dejaban ver cuales eran los delitos graves, tal es el caso del homicidio. En dicho delito, dejan bien definido que si se tuvo la intención de privar de la vida a otro, aunque el resultado no se haya consumado, se le debe

⁵ Ibidem, p. 655.

⁶ Ibidem, p. 698

condenar como homicida, siempre y cuando los medios ejecutivos empleados para ello no dejen lugar a dudas, es decir, que los instrumentos con los cuales se trate de privar de la vida a otro sean los idóneos para producir el resultado, es decir, que se advierta el dolo con el que el sujeto activo actuó; de lo que evidentemente se aprecia que los romanos si tomaban en cuenta además de la intención, la externación de dicha idea criminal, al establecer que los actos ejecutivos deben ser idóneos y no deben de dejar lugar a dudas sobre su intención. Pero lo que realmente vale destacar de lo anteriormente transcrito es el hecho de que tratándose de un delito de tal envergadura y por ende considerado como grave se castigara igual al delito consumado que al no consumado (tentativa). Como se advierte de lo siguiente: "14 Adriano de consagrada memoria dio un rescripto diciendo << en los crímenes hay que considerar la intención y no el resultado >>. (*Call. 6 de cognit.*) 15. Lo mismo da matar que dar ocasión a una muerte. (*Ulp.8 ad leg. Iul. Et Pap.*)"⁷ Por otro lado los romanos presentan avances, pues como ya quedó asentado, en un principio era el resultado lo que se castigaba y no la intención y ahora en la ley Cornelia con este rescripto se toma como base la intención y no el resultado, pero la intención no está sola sino que se encuentra acompañada de actos ejecutivos tendientes e idóneos a la realización del delito para hacer que ésta se vea encaminada a la comisión de un delito y su consumación.

Todo lo anterior se ve robustecido con el hecho de que nadie puede sufrir una pena por un pensamiento delictivo, pues para los romanos el pensamiento como ya lo dijimos no delinque y por lo tanto no se le puede imponer una pena a una persona por el solo hecho de tener un pensamiento delictivo, ya que para que se pueda imponer una pena se requiere que dicho pensamiento se exteriorice y una vez exteriorizado se lleve a cabo a través de los medios ejecutivos idóneos para producir el resultado delictivo, pues es obvio que al no haber dado los romanos un concepto de la figura de la tentativa, por lo mismo no se habla de cuales son los medio idóneos para producir el resultado y si solo es punible la

⁷ Ibidem, pp. 700-701.

tentativa acabada o delito no consumado o si también son punibles los actos preparatorio o los actos in idóneos, así como la tentativa de delito imposible. En conclusión, el Derecho Romano aunque no haya dado un concepto de la tentativa, si la prevé, pues divide a los delitos en dos grandes esferas: los consumados y los no consumados (tentativa), aunque como ya lo dijimos no hayan tenido un precepto en el cual establecieran una parte general de la teoría del delito, en el que se plasmaran las esferas en las que se divide el delito, es decir, el delito consumado y el no consumado, aunque no en todos los casos de los delitos no consumados la sanción era atenuada, pues si se trataba de delitos considerados como graves, se castigaba con la misma pena que si se hubiera consumado el delito y se hubiera producido el resultado que se quería.

I. 2. Derecho Germánico

En este subcapítulo procederemos a estudiar la evolución histórica de la tentativa en el derecho Germánico a fin de entender su actual significación jurídico penal.

El profesor Reinhart Maurach nos dice que: "En la valoración del delito, el derecho germánico, como todo derecho penal primitivo, parte del resultado: "el hecho mata al hombre". La tentativa por falta de un resultado externo no era punible."⁸

De lo anterior podemos advertir que en el derecho primitivo germánico no se tenía obviamente un concepto de la figura jurídica de la tentativa y mucho menos se conocía su naturaleza jurídica, por lo tanto, lo que se castigaba era la lesión que sufría el bien jurídico tutelado en su normatividad, es decir, debía producirse el resultado como causa de la conducta desplegada por el sujeto activo para que se le impusiera una pena, dejando impune la conducta del activo que

⁸ MAURACH, Reinhart, Tratado de Derecho Penal, tr. Córdoba Roda, Juan, Ed. Ediciones Ariel Barcelona, p. 48.

sólo ponía en peligro el bien jurídico tutelado, pues ésta no producía el resultado y por ende no lesionaba dicho bien.

En la época franca (450-900 después de J. C.), como lo manifiesta el profesor Edmundo Mezger, "... no encontramos un concepto general de la tentativa, pero si la equiparación de la tentativa a la consumación en el delito flagrante y el castigo en los casos de exposición a peligro de la vida, de la paz general, etc. Los derechos populares ya habían castigado especialmente con pena las acciones correspondientes, como son las de desenvainar el cuchillo, arruinar caminos, asaltar, sumergir, etcétera"⁹

A medida que el tiempo trascurrió, el derecho penal germánico fue evolucionando, sin embargo todavía en la época franca, no se tenía un concepto de la figura jurídica de la tentativa, aunque podemos apreciar que se castigaba como delito consumado, cuando el sujeto activo era sorprendido en flagrancia, es decir, en el momento mismo de estar cometiendo la conducta delictiva, sin importar si ya se había producido el resultado o si los actos ejecutivos tendientes a producirlo se hubieran llevado a cabo parcialmente (tentativa inacabada). Asimismo podemos observar que se tipifican los delitos llamados de peligro, pues el sólo hecho, por ejemplo, de portar un cuchillo y desenvainarlo, para los germánicos constituía un delito autónomo, ya que el sujeto que desplegara dicha conducta para el derecho germánico lesionaba la paz social, aunque todavía no existieran los actos ejecutivos tendientes a producir un resultado en particular, como podría ser el de privar de la vida a otro o el de lesionar a una persona, de lo que se desprende que aunque en esta época no se haya dado un concepto de tentativa, si tomaban en cuenta la vida del delito (*iter criminis*), pues la intención no basta para imponer una sanción a una persona, toda vez que además de ello se requiere que ésta se exteriorice a través de los actos ejecutivos idóneos para producir el resultado típico.

⁹ MEZGER, Edmundo, Derecho Penal Parte General Libro de Estudio, tr. Núñez, Ricardo, ed. 6ª. Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires 1958, p. 276.

En la edad Moderna en 1532 aparece la célebre *Constitutio Criminalis Carolina*, la cual contenía una definición general de la tentativa que distinguió claramente la tentativa de la consumación, basándose en la tradición medieval italiana que dominó hasta el siglo XIX. Así rezaba el art. 178 de la Ordenanza de Carlos V: "Item si alguien se atreve a emprender un acto malo (*Misse that*) por medio de algunos actos externos que pueden ser apropiados para la consumación de un acto malo y sin embargo, la consumación de este acto fue impedida por otros medios, contra su voluntad, esta voluntad maliciosa debe ser penalmente castigada, pero en un caso más duramente que en otros casos, en vista de las circunstancias y forma de la cosa"¹⁰

Como podemos apreciar en la Constitución Criminal Carolina, aparece ya un concepto de la tentativa, haciendo por ende los germánicos una división entre delitos consumados y aquellos que no llegasen a producir el resultado típico deseado por el sujeto activo, debido a una causa ajena a su voluntad; es decir, que se hayan quedado en grado de tentativa, siendo necesaria para que fuera punible que el sujeto activo previamente los haya ideado, posteriormente deliberado y finalmente resuelto cometer (fase interna), asimismo que su voluntad se exteriorice a través de la manifestación, la preparación y el comienzo de su ejecución, mediante actos ejecutivos idóneos tendientes a producir el resultado típico y que éste no se haya consumado como ya lo dijimos por una causa ajena a su voluntad; siendo punible en algunos casos más severamente que en otros de acuerdo a las circunstancias de ejecución en que aconteció (modo, tiempo y lugar), según sea el caso, de lo que se despende de manera tácita que la tentativa se castigaba de forma atenuada con respecto a los delitos consumados.

La evolución de la cuestión que nos ocupa ha tenido, en el transcurso del siglo XIX, una significación práctica más considerable, como lo manifiesta el

¹⁰ CAVALLERO, Ricardo J., El Delito Imposible la Tentativa Inidónea en el Derecho Penal Argentino, Ed. Universidad, Buenos Aires 1983, p. 87.

profesor Mezger. "En dicho siglo se mostró con la claridad necesaria un problema de la teoría de la tentativa que era objeto de discusiones y que estaba destinado a tener sobre el fundamento teórico de ésta la más decisiva influencia: *el problema de la tentativa inidónea*. "El primero que lo planteó fue FEUERBACH ...Y más precisamente, ... lo hizo, en 1804, a propósito de la crítica al proyecto de KLEINSCHROD (14). Aparece como base de la pena, la peligrosidad objetiva. MITETERMAIER hace la distinción entre los medios idóneos abstractos y concretos (15) y determina de tal manera, la teoría dominante (16). TITTMANN fundamenta el punto de vista subjetivo opuesto (18); tienen una considerable influencia sobre este autor los códigos penales alemanes particulares de la mitad del siglo (21). Pero la influencia decisiva es la de *Prusia*: aquí la evolución se basa en el art. 2 del 'code penal' francés de 1810 y en su formulación del "commencement d'exécution". El código penal de Prusia de 1851 ha creado, en el problema de la tentativa inidónea y "bajo la influencia francesa, un tipo objetivo de la tentativa, orientado estrictamente en las concepciones del Estado de derecho" y de tal manera "ha superado la concepción subjetivista del Estado de policía, que atiende a la mala intención del derecho territorial general prusiano". Este criterio ha determinado, ante todo, la jurisprudencia del Tribunal Superior prusiano. El artículo 43 *del código penal para el Reihich* en vigencia se adhiere a dicho criterio, al establecer lo siguiente: "Quien haya manifestado la resolución de cometer un crimen o delito, mediante acciones que contienen un principio de ejecución de ese crimen o delito, será castigado por tentativa, si el crimen o delito proyectado no ha llegado a la consumación."¹¹

De lo anterior podemos observar que es en Alemania en el transcurso del siglo XIX, en donde aparece el problema de la tentativa, pues los autores comienzan a emitir sus propias teorías, tanto objetivas, como subjetiva, las cuales analizaremos en el capítulo siguiente, sin embargo, si podemos manifestar que las mismas servían de sustento para resolver el problema de si la tentativa de delitos imposibles era punible o no; finalmente los germánicos optaron por la teoría

¹¹ MEZGER, Edmundo, Ob. Cit., pp. 277, 278.

objetiva, en tanto que establecieron en su concepto legal que la exteriorización de la resolución de cometer un delito, era punible siempre y cuando existieran los actos ejecutivos idóneos y tendientes a producir ese delito, si el mismo no ha llegado a consumarse. Concepto que interpretado a contrario sensu nos permite estar en condiciones de establecer que el delito imposible no era punible, ya fuera por falta de objeto material, porque los medios empleados no fueran idóneos o porque la conducta que pretendían fuera atípica.

“En la controversia sobre la punibilidad de la tentativa inidónea se enfrentaban ya a comienzos del siglo XIX una tendencia objetiva y otra subjetiva. La primera negaba la punibilidad, la segunda la propiciaba con ciertas limitaciones. El Código prusiano de 1851, siguiendo al pie de la letra el Código Penal francés de 1810 (art. 2) mantuvo una línea restrictiva, el párrafo 31 excluía la punibilidad tanto de los actos preparatorios como de la tentativa absolutamente inidónea. El Código del Imperio en su párrafo 43 mantuvo casi textualmente la regulación del derecho prusiano, pero el *Reinhsgericht* influido por von Buri se inclinó luego por la posición contraria, es decir, la punibilidad de la tentativa inidónea y ampliación de la tentativa a ciertos actos preparatorios”¹²

Asimismo podemos observar que el siglo XIX, tuvo como principal acontecimiento en materia de tentativa, como ya lo dijimos la disputa entre las teorías objetivas y subjetivas, las objetivas basadas en el hechos de que la intención no basta para imponer una pena a un sujeto, sino que ésta debe estar acompañada de actos ejecutivos idóneos tendientes a producir un delito en particular, el cual no se consumó por una causa ajena a su voluntad; las subjetivas, basadas precisamente en la intención que el sujeto activo tuvo de lesionar un determinado bien jurídico protegido por la norma penal, aunque los medios empleados no hayan sido los idóneos para producir el resultado deseado o que no se tuviera la certeza de que efectivamente quisiera desplegar dicha conducta y se castigaran los medios preparatorios o más aun que lo que el sujeto

¹² CAVALLERO, Ricardo J., Ob. Cit., p. 87.

activo creían un delito no lo fuera, es decir resultara atípico o el objeto material no existiera.

“A partir de la Carolina empieza a tomar forma la tendencia a distinguir los actos preparatorios de los actos de ejecución, estos como constitutivos de tentativa punible y delito frustrado. Se conservó casi invariable el principio de penar en forma atenuada la tentativa y, en algunos casos excepcionales, se equiparó, en cuanto a la sanción, el delito frustrado y el consumado.”¹³

En conclusión, podemos decir que los germánicos experimentaron una evolución abundante tanto en lo doctrinario como en su cuerpo de leyes, en cuanto a la teoría de la tentativa, pues mientras algunos autores se inclinaban por la teoría objetiva de la tentativa, otros, lo hacían por la teoría subjetiva de la misma, sin embargo, es a partir de la Constitución Criminal Carolina que se empieza a distinguir entre los actos preparatorios y los actos ejecutivos, siendo estos últimos los que la ley toma en cuenta para castigar una conducta y que constituyen los elementos integrantes de la tentativa punible y del delito frustrado, es decir, únicamente los actos idóneos tendientes a producir el resultado del delito que el sujeto activo ha ideado, deliberado y resuelto cometer exteriorizando su voluntad en el mundo fáctico, después de llevar acabo los actos preparatorios, y que no se consumaron por una causa ajena a su voluntad, son los que la ley toma en cuenta para que su conducta sea punible, atenuando la pena para la tentativa con relación a los delitos consumados y sólo en casos excepcionales se equiparó la sanción al delito consumado.

I. 3. Derecho Italiano

Corresponde ahora en este subcapítulo realizar un estudio a grandes rasgos sobre la evolución histórica de la tentativa en el derecho Italiano posterior

¹³ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, Breve Ensaño Sobre la Tentativa, ed. 5ª, Ed. Porrúa, México 1998, p. 24.

al derecho Romano con el fin de obtener una base para comprender ésta figura jurídico penal motivo del presente trabajo de investigación.

Comenzaremos por citar al catedrático de la universidad de Nápoles Italia Enrique Pessina quien escribe: "En el antiguo Derecho penal italiano, a comenzar del tiempo de los glosadores (1), salvo los casos de delitos atroces expresamente previstos por la ley (asesinato y lesa majestad), el que *cogitat et agit nec perficit* (según la brillante locución e Alberto de Gandino) fue considerado como autor de mero conato y por costumbre general no era penado o a lo menos sólo se le castigaba con una pena más benigna y extraordinaria (2). Más adelante, la constitución *Asperitatem* mitigó la pena del conato en los homicidios deliberados, conservándose sólo para los envenenamientos la severidad romana, la cual fue extendida, bajo el imperio de los virreyes, a los homicidios por mandato y a los realizados con arma de fuego (3), pero fuera de estos casos la Regía Cámara de Santa Clara conservó constantemente la doctrina italiana de la menor punibilidad del conato (4). Finalmente, Leopoldo de Toscana llegó a quitar la excepción de los delitos de lesa majestad a la regla general de la mitigación de pena para el delito no consumado... En Italia, el Código napolitano de 1819 siguió las tradiciones de la doctrina antigua y aun específico con precisión eminentemente racional dos especies de conato, admitiendo entre el conato en sentido estricto, esto es, *corso interrotto del reato (iter criminis)*, y el delito consumado (*meta*), una especie de conato, que por algunos se llamó *conato perfecto*; por otros, *consumación subjetiva del delito*, y al que Romagnosi fue el primero en dar el nombre de delito frustrado (*maleficio mancato*).

Estos principios fueron admitidos también en varios Códigos de Italia hasta el de 1859. El mismo camino emprendió éste, mejorando las disposiciones referentes a este punto, y siendo modificado por el decreto de 17 diecisiete de febrero de 1861. El Código de 1859 empezó por poner una *noción general del conato punible*, la cual faltaba en el Código Napolitano.

Efectivamente, reproducidas en su art. 96 las palabras del Código albertino

y del estense, declaró que era punible cualquier conato (*tentativo*) de crimen o delito que se haya manifestado en un principio de ejecución, si esta fue suspendida o dejó de producir su efecto sólo por causas fortuitas o independientes de la voluntad del autor. Este concepto fue modificado por el Decreto de 1861, ya que no pareció enumerar completamente todas las condiciones jurídicas de la punibilidad del conato. La noción que sustituyó a la del Código de 1859 fue ésta: <<Es punible el conato de crimen o delito, cuando la voluntad de cometerlo se manifiesta con actos de ejecución, y ésta, por circunstancias fortuitas e independientes de la voluntad del culpable, fue interrumpida o dejó de producir su efecto.>>

El Código vigente, en el tít. 5.º del lib. 1.º, que lleva por epígrafe *Del tentativo*, sin presentar un concepto general del conato, habla únicamente de las dos especies de conato que considera punibles, esto es, el *reato tentato* y el *reato mancato*, cuyas denominaciones, como científicas no empela, pero delineando cuidadosamente los caracteres esenciales de una y otra forma de delito imperfecto. Dicen así los dos artículos de este título: artículo 61. Aquel que, con el fin de cometer un delito (*delito no reato*), comienza con medios idóneos la ejecución, pero por circunstancias independientes de su voluntad no realiza todo lo que es necesario para la consumación del mismo, es castigado con la reclusión no menor de diez años, cuando la pena establecida para el delito sea el *ergastolo*, y en los demás casos con la pena establecida para el delito, disminuida de la mitad a los dos tercios. Si voluntariamente desiste de los actos de ejecución del delito, queda sometido únicamente a la pena establecida para el hecho realizado cuando éste constituya por sí un delito (*reato*).>>---<<Art. 62. Aquel que con el fin de cometer un delito, realiza todo lo que es necesario para la consumación del mismo, si ésta no ocurre por circunstancias independientes de su voluntad, es castigado con la reclusión no menor de 20 años, cuando la pena establecida para el delito sea el *ergastolo*, y en los demás casos con la pena establecida para el

delito, disminuida de un sexto a un tercio.>>¹⁴

Como podemos apreciar en el antiguo derecho penal italiano en el tiempo de los glosadores se castigaba con penas atenuadas o no se castigaba al sujeto activo que desplegaba una conducta ilícita que no producía el resultado deseado (conato), salvo en casos de delitos como el homicidio, en los cuales las penas aplicables eran las que se debían imponer a los delitos consumados; luego entonces, lo que se castigaba en el antiguo derecho penal italiano era la puesta en peligro del bien jurídico tutelado por sus normas penales adoptando una teoría mixta, es decir, se tomaba en consideración tanto la intención como los efectos de dicha intención. Así de esa forma al ir transcurriendo el tiempo el derecho penal italiano descartó la excepción de los homicidios y los envenenamientos de castigarlos en caso de conato con la misma pena que para el delito consumado, reglamentando que cuando el delito no se consumará y por lo tanto no se produjera el resultado se debía castigar de manera atenuada en relación con el delito consumado. Posteriormente el Código napolitano de 1819 hace una división entre conato y consumación, de lo que se puede decir que el conato es el camino (*iter criminis*), y el delito consumado la meta; siendo Romagnosi el primero en dar el nombre de delito frustrado a la ejecución de todos los actos idóneos tendientes a la consumación de un delito, el cual no se produjo debido a una causa ajena a la voluntad del agente.

Posteriormente el Código de 1859 estableció una *noción general del conato punible*, en su artículo 96, al manifestar que era punible cualquier conato (*tentativo*) de crimen o delito que se haya manifestado en un principio de ejecución, si ésta fue suspendida o dejó de producir su efecto sólo por causas fortuitas o independientes de la voluntad del autor. Concepto que fue modificado por el Decreto de 1861, para quedar de la siguiente forma: *Es punible el conato de crimen o delito, cuando la voluntad de cometerlo se manifiesta con actos de*

¹⁴ PESSINA, Enrique, Elementos de Derecho Penal, tr. González del Castillo, Hilario, ed. 4ª, Ed. Reus S.A. Madrid 1936, pp. 470-472.

ejecución, y ésta, por circunstancias fortuitas e independientes de la voluntad del culpable, fue interrumpida o dejó de producir su efecto. Concepto del cual podemos destacar que el conato de un delito será punible siempre y cuando el sujeto activo exteriorice su voluntad de cometer un delito determinado con actos ejecutivos tendientes a producir el resultado, sin que se haga mención de que tan próximos o lejanos de la consumación del delito se encuentren dichos actos de ejecución, haciendo mención de que el resultado no se produzca por una causa externa ajena a la voluntad del agente.

Asimismo el maestro Italiano manifiesta que el Código italiano vigente, habla de dos especies de conato que considera punibles, es decir, el *reato tentato* y el *reato mancato*, estableciendo en el artículo 61. que aquel que, con el fin de cometer un delito (*delito no reato*), comienza con medios idóneos la ejecución, pero por circunstancias independientes de su voluntad no realiza todo lo que es necesario para la consumación del mismo, es castigado con la reclusión no menor de diez años, cuando la pena establecida para el delito sea el *ergastolo*, y en los demás casos con la pena establecida para el delito, disminuida de la mitad a los dos tercios. Si voluntariamente desiste de los actos de ejecución del delito, queda sometido únicamente a la pena establecida para el hecho realizado cuando éste constituya por si un delito (*reato*). En el artículo anterior podemos apreciar que se maneja la tentativa in acabada (tentativa) y el desistimiento voluntario por parte del agente del delito. Por su parte el artículo 62 establece que aquel que con el fin de cometer un delito, realiza todo lo que es necesario para la consumación del mismo, si ésta no ocurre por circunstancias independientes de su voluntad, es castigado con la reclusión no menor de 20 años, cuando la pena establecida para el delito sea el *ergastolo*, y en los demás casos con la pena establecida para el delito, disminuida de un sexto a un tercio. En este artículo se establece la tentativa acabada (delito Frustrado).

Por su parte el profesor argentino Ricardo Juan Cavallero, escribe que: "... que fue entre los prácticos italianos donde comenzó a perfilarse una noción de la

tentativa, elaborada mientras buscaban el equilibrio entre el elemento subjetivo y el objetivo o daño.

De ahí la conocida fórmula de Alberto de Gandino (siglo XIII), en virtud de la cual quien ideara, obrara y consumara sería castigado; si por el contrario, idease y obrase, pero no consumase, habría que distinguir, si quiso y pudo, o si quiso y no pudo. El que quiso y pudo perfeccionar el delito y no lo perfeccionó, merecía gracia. El que quiso, pero no pudo concretar el crimen proyectado, debía ser castigado, porque, en los delitos, cuenta la mala voluntad y no el éxito (*Tractatus de maleficiis, de poenis reorum*, nº 2).

Otros autores de la Edad media italiana tuvieron en cuenta el conato del delito. Pero es a partir del siglo XVI con prácticos como Farinacio y Menocchio que la doctrina cobra su mayor progreso.

Escribía Farinacio estableciendo como primer principio el castigo de la tentativa que *conatus punitur etiam effectu non sequuto* y adapta la pena a la proximidad o lejanía en que se encontraba el agente respecto de la consumación, atenuando la pena del acto remoto. Por otra parte, a la manera del derecho romano, establecía que los crímenes atroces se castigaban como el crimen mismo; en cambio los delitos no atroces se penaban con pena menor. Finalmente refiriéndose sin duda al que hoy llamamos delito imposible, decía Farinacio que estaba exento de pena quien tratase de delinquir de modo que, de haber proseguido su intento, no pudiera resultar daño para nadie: *si fuiste secutum, nemini nocuisset* (*Praxis et Theor, criminalis, de homicidio, quaest. 124*).

He aquí la incipiente concepción acerca de los delitos imposibles en los escritos de Farinacio, quien proponía su impunidad. En cambio, su contemporáneo Menocchio era partidario de su punición (*De arbitrariis iudiciunn quaestionibus et causis*, II, *casus* 360). Tal parece que no son recientes las agudas controversias habidas en torno a la imposibilidad delictiva.

La dogmática penal del siglo XIX debió abordar el problema de la inclusión o no de los actos preparatorios en la tentativa punible y fundamentalmente la cuestión de la tentativa inidónea. La respuesta variaba según se viera el fundamento jurídico-penal de la tentativa en la voluntad criminal del agente (como ya lo entendía Alberto Gandino cuando enseñaba que lo que cuenta en el delito es la mala voluntad) o en la puesta en peligro del objeto de la acción protegido por el tiempo (como en la concepción del práctico Farinacio).¹⁵

En conclusión, es el Derecho Penal Italiano, el que comienza a desarrollar la noción de la tentativa o figura del conato y sus modalidades o características.

I. 4. Derecho Francés

En el Derecho Penal Francés, señala el profesor Francisco Pavón Vasconcelos que salvo los excepcionales crímenes de asesinato y envenenamiento, cuya tentativa se equiparó a la consumación, se estableció como norma genérica la *impunidad total* en los casos de imperfección del delito, tal y como lo establecía el Código francés de 1791.¹⁶ Con lo que podemos establecer que en esa época los franceses castigaban el resultado ilícito producido con su conducta, es decir, sólo si se lesionaba el bien jurídicamente tutelado por la norma penal, dejando impune la conducta desplegada por el sujeto activo cuando no se producía dicho resultado ilícito, sin que se precise si el delito no se consumó por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo o por qué éste desistió de su conducta o por qué el delito fuera de realización imposible, luego entonces no se castigaba la puesta en peligro del bien jurídico tutelado, salvo en casos de homicidio intencional en el que la tentativa se castigaba con la misma pena que la ley establecía para el delito consumado.

Un cambio radical se operó en el Código francés de 1832, al igual que su

¹⁵ CAVALLERO, Ricardo J., Ob. Cit., pp. 84-86.

¹⁶ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, Ob. Cit., pp. 111-112.

antecesor de 1810, al establecerse como criterio general la equiparación entre delito intentado y delito consumado, aunque el artículo 463 consignó la facultad de los jueces para atenuar la pena del primero.¹⁷ Como podemos observar a medida que el Derecho Penal francés fue evolucionando la tentativa dejó de ser impune, para ahora equipararse en cuanto a su punibilidad a la prevista para el delito consumado, sin embargo, el legislador dejó al prudente arbitrio del juzgador la facultad para atenuar la pena en caso de tentativa.

Por otra parte el Doctor Rodolfo García G. Manifiesta que: "Durante el siglo XIX hubo un gran desarrollo de la teoría de la tentativa, cuya evolución se inició con el Código de Napoleón, el cual incorporó a la figura de la tentativa su elemento que se consideró fundamental desde entonces, el principio de ejecución o comienzo de ejecución"¹⁸. El Código de 1810 o Código de Napoleón en su artículo 2º estableció: *toute tentative de crime qui aura été manifesté par un commencement d'exécution est considérée comme le crime même*. (Toda tentativa de delito que se haya manifestado por un principio de ejecución, es considerada como el delito mismo). Del precepto citado manifiesta Francisco Pavón Vasconcelos, "... se desprende que el Código francés de 1810 fue la primera ley penal que consideró el elemento consistente en el principio o comienzo de ejecución. Aun cuando de la norma citada se desprende la equiparación entre delito intentado y consumado, el Código consignó la facultad de los jueces para atenuar la pena del primero".¹⁹ Por ello se considera en la doctrina que con este ordenamiento penal se inició la evolución de los Códigos penales europeos del siglo XIX al incorporar al concepto de tentativa punible el principio de ejecución del delito que se pretendía llevar a cabo, es decir, los actos ejecutivos idóneos tendientes a producir el resultado ilícito y dejar sin castigo los actos preparatorios, pues ellos suelen ser equívocos para poder determinar con precisión que delito tenía la intención de cometer el sujeto activo.

¹⁷ *Ibidem.*, p. 112.

¹⁸ GARCÍA GARCÍA, Rodolfo, Tratado Sobre la Tentativa. La Tentativa de Delito Imposible. Ed. Porrúa. México 2001, p. 4.

¹⁹ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, *Ob. Cit.*, p. 28.

Elena Farré Trepát, escribe que “Las razones que motivaron al legislador francés se han expresado del modo siguiente: << Anunciando a los jurados que la tentativa debe estar manifestada por actos exteriores y seguida de un acto de ejecución, les enseñáis a graduar las circunstancias y a distinguir las que son decisivas de las que no lo son mientras que, suprimiendo la mención de los actos exteriores, les exponéis a confusiones, les priváis de una idea intermediaria, de uno de los elementos de la definición, pudiendo, frecuentemente, ocurrir que tomen por un comienzo de ejecución ciertos actos exteriores que no tengan ese carácter.>>. Pero más tarde desapareció la alusión a los actos exteriores en el Código Penal francés de 28 de abril de 1832.”²⁰

De lo anterior podemos concluir que el Derecho Penal francés al haber suprimido en su Código Penal de 1832 el principio de ejecución en la tentativa punible tuvo un claro retroceso.

I. 5. Derecho Español

En este Subcapítulo hablaremos a grandes rasgos de la evolución histórica de la figura jurídica de la tentativa en el Derecho Penal español, la cual interesa de sobre manera a este trabajo de investigación debido al vínculo que une a nuestro Derecho Penal Mexicano con el antes mencionado.

La historia de la figura jurídica de la tentativa en el Derecho Penal español, no es muy clara, pues como lo hace notar el catedrático de la Universidad de Barcelona España, Eugenio Cuello Calón, faltan datos fehacientes y seguros para reconstruir la historia del Derecho Penal español y dice: “Respecto de los primeros pobladores no poseemos más que vagas noticias, referencias de referencias, meras conjeturas; del período romano quedan solamente algunos datos aislados y del relativo a la Edad Media, si bien han llegado hasta nosotros numerosos cuerpos legales, es seguro que muchos de ellos nunca tuvieron vigor o lo tuvieron

²⁰ FERRÉ TREPAT, Elena, La Tentativa de Delito, Ed. Librería Bosch, Barcelona España 1986. p. 183.

parcialmente, siendo preciso acudir para el conocimiento del derecho penal vivido en estos tiempos a los documentos de aplicación del derecho, los cuales para ciertas épocas son escasísimos, y para otras, aun cuando más abundantes, gran parte de ellos permanecen aún inéditos.”²¹

En la Alta Edad Media española, escribe el ilustre profesor ibérico Luis Jiménez de Asúa: “... se encuentran textos de marcado interés sobre la tentativa,... En efecto en esa época son frecuentes las noticias según las cuales las actuaciones preparatorias de ciertos delitos vienen consideradas como propias infracciones criminales *sui generis*. El caso más corriente suele ser el de sacar armas contra otra persona que encuentra ya precedentes en el Derecho visigótico. Las fuentes prescinden de considerar los ulteriores propósitos del individuo y fijan exclusivamente la atenuación en que su actitud envuelve una amenaza para otra persona,... se aclara que la pena se imponía por la sola actitud aun cuando no pasara ésta de simple amenaza ni llegaran a emplearse las armas en cuestión. Lo cierto que resulta a nuestro juicio es que esas disposiciones son más bien delitos *in especie*, de incriminación específica de un acto preparatorio, o más bien del delito de amenaza de hecho... Acaso sólo puede considerarse auténtica tentativa, un precepto del fuero de Miranda, no por “una consideración más próxima del delito consumado”, ... sino como verdadero conato, aunque el fuero lo sancione como consumación. Dice el aludido Fuero de Miranda de Ebro, de 1099: ...*Et si aliquis homo extraerit gladium contra aliud, redimat praeium pro homicidio.*”²²

Posteriormente y de acuerdo a la evolución del Derecho Penal Español tuvieron vigencia las Partidas, las Nuevas Leyes Recopiladas y La Novísima Recopilación; las cuales por haber tenido aplicación en el México de la colonia, serán objeto de un análisis particular en posteriores subcapítulos al escribir sobre la figura jurídica de la tentativa en el derecho Penal Mexicano.

²¹ CUELLO CALÓN, Eugenio, Derecho Penal, ed. 5ª, Ed. Bosch, Barcelona España 1940, p. 92.

²² JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, Tratado de Derecho Penal, ed. 2ª, Ed. Losada, S. A., Buenos Aires, pp. 464, 465.

Continuando con la evolución histórica de la tentativa en el Derecho Penal Español, de acuerdo con el ilustre profesor español Eugenio Cuello Calón; después de amplias discusiones fue sancionado el primer Código Penal Español, el 9 de julio de 1822. El cual se ocupa de los diversos momentos de la vida del delito, siendo estos la conjuración establecida en el artículo 4º y la tentativa en el artículo 5º. "Su duración fue muy breve, pues la reacción política de 1823, que determino la caída del régimen constitucional, derogó todas las disposiciones emanadas de las Cortes desde marzo de 1820 hasta 1º de octubre de 1823, y, por consiguiente, también este código a su desaparición volvió a quedar en vigor la Novísima Recopilación."²³

Posteriormente y después de varios proyectos se sancionó en 1848 un código que entró en vigor el 1º de julio del mismo año; el cual según Cuello Calón. Estaba dividido en tres libros, definiéndose en el primero el delito y la falta, asimismo se determinan los estados punibles de su vida, en los artículos 3º al 5º. "Casi veinte años transcurrieron sin modificaciones ulteriores, hasta que sobrevino la importante reforma decretada por la Ley de las Cortes Constituyentes de 17 de junio de 1870... Entre las modificaciones de carácter técnico fueron las más destacadas incluir una nueva definición del delito frustrado y la tentativa,..."²⁴

Al respecto Elena Farré Trepát, manifiesta que: "La solución admitida por el Derecho penal español más antiguo, que coincidía con la posición mantenida más tarde por el C.p. francés de 1810, no logró imponerse en la redacción del Código Penal español de 1822. Ciertamente nuestro Código Penal mantuvo un cambio de orientación en relación a los que constituyen sus directos antecesores, prefiriendo, frente a la equiparación absoluta de la pena, la atenuación de la misma <<como regla general>>. En su artículo 7 se establecía que <<por regla general..., la tentativa de un delito... será castigada con la cuarta parte o la mitad de la pena, que la Ley contra el delito que se intente cometer; y si el acto que efectivamente

²³ CUELLO CALÓN, Eugenio, Ob. Cit., pp. 138-139.

²⁴ Ibidem, p. 140.

se haya cometido, para preparar o empezar la ejecución de este delito, tuviese señalada una pena especial se aplicará ésta también al delincuente>>.”²⁵

Posteriormente fue el Código Penal de 1848 el que introdujo la impunidad de los actos preparatorios, quedando la redacción igual que en el Código Español de 1850, el cual cita J. Ramón Palacios Vargas, en diversos artículos mismos que a continuación se transcriben:

“Artículo 3º.- Son punibles, no solo el delito consumado, sino el frustrado y la tentativa.

Hay delito frustrado cuando el culpable, a pesar de haber hecho cuanto estaba de su parte para consumarlo, no logra su mal propósito por causas independientes de su voluntad.

Hay tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, y no prosigue en ella por cualquiera causa o accidente que no sea su propio y voluntario desistimiento.

Artículo 62.- A los autores de tentativa de delito se impondrá la pena inferior a dos grados a la señalada por la ley para el delito.

La conspiración para cometer un delito se castigará como tentativa: la proposición para el mismo fin, con una pena inferior en dos grados a la anterior; salvo aquellos casos en que la conspiración y la proposición tengan señalada mayor pena por artículos especiales del Código.”²⁶

²⁵ FERRÉ TREPAT, Elena, Ob. Cit., p. 475.

²⁶ PALACIOS VARGAS, J. Ramón, La Tentativa, ed. 2ª, Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor, México 1979. p. 321.

Como podemos observar, el artículo 3º del Código Penal Español de 1848 ó 1850, establecía que eran punibles no solo los delitos consumados, sino también los frustrados y los tentados, dando en su párrafo segundo un concepto de lo que era el delito frustrado, estableciendo como elementos de ésta figura que el sujeto activo haya hecho cuanto estaba a su alcance para consumarlo, sin que el resultado se presente por causas ajenas a su voluntad. Asimismo en su párrafo tercero establece que existe tentativa cuando el sujeto activo comienza a ejecutar el delito a través de actos exteriores, sin que llegue a realizar todos los elementos del delito debido a cualquier causa o accidente que no sea su propio y voluntario desistimiento. En síntesis, aun y cuando dicho Código en cuestión haya diferenciado el delito frustrado (tentativa acabada), de la tentativa (inacabada), el hecho es que en cuanto a su punibilidad se observa que la pena es atenuada, en cuanto al delito consumado, sin que se hiciera distingo en cuanto a delito frustrado o tentativa. Sin embargo es importante destacar que son punibles además del delito consumado, los actos ejecutivos tendientes a producir el delito, dejando impunes los actos preparatorios.

Por otra parte en el Código de 1870, en el artículo 3º se modifican las fracciones 2ª y 3ª, quedando de la siguiente forma:

Artículo 3º.- Son punibles, no solo el delito consumado, sino el frustrado y la tentativa.

Hay delito frustrado cuando el culpable practica todos los actos de ejecución que debieran producir como resultado el delito y sin embargo, no lo produce por causas independientes de la voluntad del agente.

Hay tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, y no practica todos los actos de ejecución que debieran producir

el delito por causa o accidente que no sean su propio y voluntario desistimiento.

Artículo 62.- A los autores de tentativa de delito se impondrá la pena inmediatamente inferior en dos grados a la señalada por la ley para el delito consumado.²⁷

A la modificación que sufre el artículo 3º del Código Penal Español de 1870, en sus párrafos segundo y tercero, caben hacerles las siguientes consideraciones: en primer lugar habremos de analizar el tercer párrafo del multicitado artículo en cuestión, que es en donde se establece la definición de tentativa; pues bien, como podemos observar el legislador adopta una clara postura que no deje lugar a dudas en cuanto a la diferenciación entre los actos preparatorios y los actos ejecutivos del delito, siendo estos últimos los únicos que serán punibles, siempre y cuando el sujeto activo de principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, sin que llegue a practicar todos los actos de ejecución que debieran producir como resultado el delito, por causas o accidentes que no sean su propio y voluntario desistimiento. Por otra parte, el párrafo segundo en el cual se establece la definición del delito frustrado incluye que el sujeto activo practique todos los actos de ejecución que debieran producir como resultado el delito, mismo que no aconteció por causas ajenas a su voluntad; con lo que se observa la clara intención del legislador de especificar que los actos ejecutivos sean los únicos que serán punibles, no así los actos preparatorios, lo que evidentemente refleja la influencia de la doctrina objetiva. La cual establece que únicamente se deben de castigar los actos ejecutivos que hagan inequívoca la intención del sujeto activo de cometer un determinado delito.

El Profesor J. Ramón Palacios Vargas, cita los siguientes preceptos del Código Penal de España:

²⁷ Ibidem, pp. 321-322.

Artículo 3º.- Son punibles: el delito consumado, el frustrado, la tentativa y la conspiración, proposición y provocación para delinquir.

Hay delito frustrado cuando el culpable practica los actos de ejecución que deberían producir como resultado el delito y, sin embargo, no lo producen por causas independientes de la voluntad del agente.

Hay tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores y no practica todos los actos de ejecución que debieran producir el delito por causa o accidente que no sea su propio y voluntario desistimiento.

Artículo 4º.- La conspiración existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo.

La proposición existe cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas a ejecutarlo.

La provocación existe cuando se incita de palabra, por escrito o impreso, u otro medio de posible eficacia, a la perpetración de cualquier delito. Si a la provocación hubiere seguido la perpetración del delito, se castigará como inducción.

Artículo 50. En los casos en que el delito ejecutado fuere distinto del que se había propuesto ejecutar el culpable, se impondrá a éste la pena correspondiente al delito de menor

gravedad en su grado máximo.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no tendrá lugar cuando los actos ejecutados por el culpable constituyeran tentativa o frustración de otro hecho, si la Ley castigare estos actos con mayor pena, en cuyo caso se le impondrá la correspondiente a la tentativa o al delito frustrado.

Artículo 51. A los autores de un delito frustrado se les impondrá la pena inmediatamente inferior en grado a la señalada por la Ley para el delito consumado.

Artículo 52. A los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados, según arbitrio del Tribunal, a la señalada por la Ley para el delito consumado.

La misma reglas se observará en los casos de imposibilidad de ejecución o de producción del delito.

Igual pena se impondrá a los reos de conspiración, proposición o provocación para delinquir.²⁸

Como se puede observar, el Código Penal Español vigente hasta 1979, fecha en que fue impresa la segunda edición del libro intitulado *La Tentativa*, escrito por el profesor J. Ramón Palacios Vargas, fuente de donde se tomaron los artículos respectivos de dicho precepto legal; en su artículo 3º, incluyo en su párrafo primero como punibles a demás del delito consumado, el frustrado y la tentativa, a la conspiración, la proposición y la provocación para delinquir. Por lo que al no haber sufrido modificaciones los párrafos segundo y tercero de dicho

²⁸ Ibidem., pp. 269-271, 273-274, 281-285.

artículo en cuanto a lo que establecía el Código Penal Español de 1870, valen para ellos los comentarios hechos al respecto con anterioridad líneas arriba.

Por su parte el artículo 4º establece en su párrafo primero lo que se entiende por conspiración la cual exige la existencia de un acuerdo previo entre dos o más personas para la ejecución de un delito, mismo que después de haberlo ideado, posteriormente deliberado entre cometerlo o no cometerlo, resuelven finalmente cometerlo. Como podemos apreciar esta figura de la conspiración, podríamos decir que se trata de la fase subjetiva o interna del *iter criminis*, pues como ya lo analizamos requiera la ideación, deliberación y finalmente la resolución de cometer un delito, incluyendo además el acuerdo previo entre dos o más personas, lo que la vuelve una figura típica plurisubjetiva, sin embargo, dicha figura de la conspiración, desde nuestro punto de vista va en contra de una de las máximas del derecho penal, la cual establece que el simple pensamiento no delinque.

En el párrafo segundo del artículo 4º, encontramos lo que se entiende por proposición, la cual existe cuando el que ha resuelto cometer un determinado delito invita a otra u otras personas a ejecutarlo. Como podemos observar en esta figura son punibles los actos preparatorios, ya que el sujeto activo después de idear, deliberar y finalmente resolver cometer un delito, exterioriza su voluntad a través de actos preparatorios como lo son: el invitar a otra u otras personas a cometerlo, sin que se haya comenzado a ejecutar un delito determinado.

En el párrafo tercero del artículo 4º se define lo que se entiende por provocación, la cual existe cuando se incita de palabra, por escrito o impresión, u otro medio de posible eficacia, a la perpetración de cualquier delito. En la conspiración igualmente son punibles los actos preparatorios, pues el hecho de que se incite a cualquier persona a cometer un delito determinado, no constituye la ejecución de un delito en específico. Sin embargo si a la provocación hubiera seguido la perpetración del delito, se castigará como inducción.

La aplicación de las penas en los casos en que los delitos no se hayan consumado por causas ajenas a la voluntad del agente, ya sean en caso de un delito frustrado o de tentativa, conspiración, proposición o provocación, es atenuada en relación con el delito consumado en uno o dos grados según el arbitrio del Juez. Sin embargo en el tercer párrafo del artículo 52 del Código en cita, establece que es punible la tentativa de delito imposible ya sea por su ejecución o por su producción.

En conclusión el derecho penal español a través del tiempo sufrió diversas reformas que finalmente culminaron un amplio estudio de la figura jurídica de la tentativa.

I. 6. Derecho Mexicano

En este subcapítulo hablaremos de la evolución histórica de la figura jurídica de la tentativa en el Derecho Penal Mexicano. En primer lugar y de acuerdo con los diversos autores mexicanos consultados en el presente trabajo de investigación, debemos de establecer que todos coinciden en señalar que del Derecho Penal precortesiano no existen registros fehacientes, debido a que si bien es cierto, indudablemente los distintos reinos y señoríos pobladores de lo que ahora es México poseyeron reglamentación sobre la materia penal, pero no menos cierto es que al no existir unidad política entre los diversos núcleos aborígenes, debido a que no había una sola nación, sino varias, ello contribuyó a que en lo penal la historia de México comience con la Conquista, pues todo lo anterior, protohistoria y prehistoria, está por descubrirse todavía, pues a raíz de la Conquista dicho derecho fue borrado y suplantado por la legislación colonial, a pesar de la disposición del emperador Carlos V, anotada más tarde en la Recopilación de Indias, en el sentido de respetar y conservar las leyes y costumbres de los aborígenes, a menos que se opusieran a la fe o a la moral, por lo que la legislación penal de la Nueva España fue claramente europea.

En la Colonia –escribe Fernando Castellanos Tena – “ se puso en vigor la Legislación de Castilla, conocida con el nombre de Leyes de Toro; éstas tuvieron vigencia por disposición de las Leyes de Indias. A pesar de que en 1596 se realizó la recopilación de esas Leyes de Indias, en materia jurídica reinaba la confusión y se aplicaban el Fuero Real, las Partidas, las Ordenanzas Reales de Castilla, las de Bilbao, los Autos Acordados, la Nueva y la Novísima Recopilación, a más de algunas Ordenanzas dictadas para la Colonia, como la de Minería, la de Intendentes y las de Gremios.”²⁹

Sin embargo y debido a la amplitud de la legislación aplicada en la colonia, únicamente tomaremos los más significativos, en donde encontramos aspectos relacionados con el presente trabajo de investigación, siendo estas: las Siete Partidas, La Nueva Recopilación de las Leyes de los Reinos de Indias y la Novísima Recopilación.

I. 6. 1. Legislación Penal Mexicana

La legislación Penal Mexicana, obviamente aparece dentro del México independiente, en el que se constituyó un gobierno integrado por el poder ejecutivo, legislativo y judicial, por lo que entre otras leyes hablaremos del Código Penal del Estado de Veracruz de 1835; el Código de Martínez de Castro de 1871; el Código de Almaraz de 1929; el Código Penal de 1931; el Código Penal para el Distrito Federal de 1999 mil novecientos noventa y nueve; y finalmente del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal del 2002 dos mil dos.

I. 6. 1. 1. Las Siete Partidas

En cuanto a las Siete Partidas (1265), - explica Rodolfo García García - de esencia predominantemente aunque no exclusivamente romana y canónica, es la

²⁹ CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, ed. 35ª, Ed. Porrúa, S. A., México 1995, p. 44.

Setena la dedicada preferentemente, aunque no en total a la materia penal. Se compone de XXIV títulos dedicados a las acusaciones por delitos y a los jueces y cita el texto referente a la tentativa, contemplado en la Ley 2, título XXI de la Partida Séptima, mismo que a la letra dice:

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

Et en estas cosas sobredichas tan solamente ha lugar la que diximos que deben recibir por escarmiento lo que pensaron de facer el yerro pues que comienzan a obrar dél, maguer

non lo cumplan.³⁰

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

Asimismo nosotros podemos advertir que en el concepto de tentativa que se establecía en las Siete Partidas, se sigue de alguna forma el iter criminis, pues aunque se prevé de manera general la fase interna, misma en la que convergen: la idea criminosa o ideación, la deliberación y finalmente la resolución del agente en cometer un determinado delito; y que se refleja en dicho concepto, a través de la circunstancia que vuelve punible la conducta del activo, cuando éste después de haber pensado el mal, es decir, de haber resuelto cometer el delito, trabajase en cumplir su intención, comenzando su ejecución, aunque no lo cumpliera del todo; de donde podemos observar igualmente aunque de manera general, la presencia de la fase externa del iter criminis, en la cual convergen: la manifestación de la idea o intención del agente, la preparación de dicha ideación y la ejecución, todo ello con el fin de obtener el resultado deseado. Así también podemos advertir que en dicho concepto se establece que será castigado el agente aunque no se haya producido el resultado, pues su intención era que el delito se consumara, y si ello no aconteció no fue debido a que el activo no lo quisiera, sino por una causa ajena a su voluntad, ya que de su actuar se desprende que su intención era la de cometer el delito y que se produjera su resultado, pues bien pudo optar por no realizar el ilícito y no obstante ello se decidió por llevarlo a cabo. Justificando en lo antes expuesto que la pena se

³⁰ GARCÍA GARCÍA, Rodolfo, Ob. Cit., pp. 6-7.

equiparara a la del delito consumado.

I. 6. 1. 2. La Recopilación de las Leyes de los Reinos de Indias

La Nueva Recopilación o Recopilación de Leyes de los Reinos de Indias – explica Rodolfo García García – cuyas normas se aplicaron en la época colonial, no contenía disposición expresa sobre tentativa y aun cuando no distinguió los grados del delito sancionó actos preparatorios, como la portación de armas y facultó a las autoridades jurisdiccionales para integrar causas o pleitos criminales en casos particulares.

Por lo que a continuación transcribimos de la Recopilación de Leyes de los Reinos de Indias – de acuerdo con Rodolfo García García – aquellas que tenían relación con la tentativa.

Ley IX

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

Ley XVII

Mandamos a los jueces que no hagan composiciones en las causas de querellas ó pleitos criminales, si no fuere en algún caso muy particular, a pedimento y voluntad conforme de las partes...³¹

Es notorio que la Nueva Recopilación – nos dice Rodolfo García García – no presento un concepto de la tentativa, sino que se concreto a sancionar actos preparatorios en forma casuista y dio amplias facultades a las autoridades jurisdiccionales para integrar causas penales por hechos particulares.

Como podemos observar la Nueva Recopilación, no establece un concepto

³¹ Ibidem. p. 7.

de lo que se debe entender por tentativa, por ende no compartimos el criterio del Doctor Rodolfo García García, en el sentido de que en este cuerpo de leyes se hayan castigados los actos preparatorios, pues como es sabido los actos preparatorios, como su mismo nombre lo indica, tiende a preparar el camino para que el sujeto activo posteriormente comience a ejecutar un delito determinado realizando en todo o en parte los elementos del delito y es hasta ese momento que podemos hablar de una tentativa de un delito determinado. Por lo tanto consideramos que en la Ley IX no se sancionan actos preparatorios en forma casuista, sino más bien se trata de los llamados delitos de peligro, que son sancionados con el fin de salvaguardar la paz social y a los integrantes de una sociedad determinada.

I. 6. 1. 3. La Novísima Recopilación

La Novísima Recopilación de Leyes de los Reinos de Indias, en su Libro XII, el dedicado a los delitos y a las penas y a los juicios criminales. Se compone de XLIII títulos – dice Carrancá y Trujillo Raúl – “faltos todos ellos de método y sistema, que comprenden confusamente la materia penal y la procesal.”³²

LIBRO XII, TÍTULO XXI, LEY 99

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

³² CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl, et al. Ob. Cit. p. 121.

la mitad de sus bienes para la nuestra Cámara, y demás que sea desterrado perpetuamente del lugar donde viviere, aunque no sea ferida persona alguna como el tal tiro, ni tire con él; y si matare o firiere, ó tirare con cualquier de dichos tiros, que muera por ello, y pierda el tercio de sus bienes para nuestra Cámara y además que sea desterrado perpetuamente del lugar donde viviere, aunque nosea ferida persona alguna con el tal tiro, ni tire con él; y si matare ó firiere, ó tirare con cualquier de dichos tiros, que muera por ello, y pierda el tercio de sus bienes para, nuestra Cámara...

LIBRO XII, TÍTULO XXIII, LEY 1.

Por que nuestra Corte, como fuente de justicia, debe ser segurada á todos los que á ella vinieren, y a todos los que en ella estuvieren: mandamos y ordenamos, que cualquier, que en la nuestra Cortes o en nuestro rastro matare ó firiere, que muera por ella: salvo si fuere en su defensión ó en los casos por derechos permisos. Otro si mandamos, que cualquier que sacare cuchillo ó espada en la nuestra Corte, para reñir o pelear, con otro, que le corten la mano por ello.

LIBRO XII, TÍTULO XXIII, LEY 2

Acaece muchas veces que algunos omes estan acechando para ferir, ó facer fabla, ó conseio para ferir ó matar a otros, é fieren á aquellos á quien estan acechando é entendiendo para ferir, ó matar: et siempre que fue fecho conseio ó fabla, éstos atales deben haber pena mayor, que los fieren en pelea. Et porque los derechos mandan, que éstos atales sean tenudos a pena de muerte, así como si

mataren é fasta aquí en algunos logares por fuero ó por costumbre non se vsaba así, e por eso atrevíanse muchos á facer estos yerros: por ende establecemos que cualquier, o cualesquier que sobre acechanzas ó sobre conseio o fabla feche firiere á alguno, que muera por ello, maguer aquel á quien firiere non muera de la ferida.³³

Como podemos observar en la Novísima Recopilación tampoco se estableció un concepto de la tentativa, sin embargo, si se sancionaron delitos como los de portar armas y utilizarlas o dispararlas en riñas, se le cortarían la mano y si se hería o se mataba a una persona, el agente del delito sufría la pena de muerte, salvo en caso de defensa. Pero si el agente del delito se encuentra acechando a una persona para herirlo o matarlo, aunque no logre su propósito se les impone pena de muerte.

Por lo que podemos concluir que en la Novísima Recopilación al igual que sus antecesores Las Siete Partidas y la Nueva Recopilación, no se estableció un concepto de lo que se debía entender por tentativa, sancionado únicamente ciertos acontecimientos que de alguna forma podríamos establecer como actos preparatorios que de ninguna manera son suficientes para tener por acreditada la intención de una persona de cometer un delito determinado. Por otro lado se puede hablar que en la Ley 2 antes transcrita se establece un antecedente de la figura de la tentativa, pero únicamente para las lesiones o el homicidio, pero como ya lo dijimos no se proporciona un concepto de tentativa que fuere aplicable para todos los delitos en general.

I. 6. 4. El Código Penal del Estado de Veracruz de 1835

“Al consumarse la independencia de México (1821), las principales leyes vigentes eran, como derecho principal, la Recopilación de Indias complementada

³³ Citado por GARCÍA GARCÍA, Rodolfo. Ob. Cit., pp. 8-9.

con los Autos Acordados, las Ordenanzas de Minería, de Intendentes, de Tierras y Aguas y de Gremios; y como derecho supletorio la Novísima Recopilación, las partidas y las ordenanzas de Bilbao, constituyendo éstas el código mercantil que regía para su materia, pero sin referencias penales.³⁴

Por lo que era natural – dice Raúl Carrancá y Trujillo – que el nuevo estado se interesara principalmente por legislar sobre su ser y funciones, es decir, sobre el derecho constitucional y administrativo, no obstante se reglamento sobre algunos aspectos de los más urgentes que se iban presentando en el México independiente, lo que solo podían hallar cauce legal en los textos heredados de la colonia y cuya vigencia real se imponía, no obstante la independencia política. “La Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, decretada el 4 de octubre de 1824, había establecido, por otra parte, que la Nación adoptaba el sistema federal: “*La Nación Mexicana adopta para su gobierno la forma de república representativa popular federal*” (art. 4); y había señalado cuáles eran las partes integrantes de la Federación, a las que denominó Estados o Territorios (art. 5)... Y todo esto sumaba nuevos problemas administrativos y legislativos a los antes existentes, pues amparaba el nacimiento de legislaciones locales o de los Estados, al par que la federal. Así fue como el estado de Veracruz, tomando como modelo próximo el c. p. Español 1822 y haciendo algunas modificaciones, promulgó su Código Penal de abr. 28, 1835, el primero de los códigos penales mexicanos³⁵

En el presente Código la regulación de la tentativa abarca desde el artículo 93 hasta el 99, por lo que a continuación transcribiremos cada artículo y posteriormente realizaremos un comentario sobre el mismo.

Artículo 93.- La tentativa de un delito es la manifestación del designio de delinquir, hecha por medio de algún acto exterior que dé principio a la ejecución del delito o lo prepare.³⁶

³⁴ CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl y otro, Ob. Cit., p. 121.

³⁵ Ibidem, p. 122.

³⁶ Citado por GARCÍA GARCÍA, Rodolfo, Ob. Cit., p. 9.

Como podemos observar en este artículo el legislador nos da un concepto de lo que debe entenderse por tentativa, de donde se desprende que se establece la parte subjetiva del *iter criminis*, en donde si bien es cierto, no se prevén la ideación y deliberación, si se establece la última parte, es decir, la resolución de cometer un delito, por lo que podemos decir que se encuentran implícitos los otros dos momentos de la parte subjetiva. Designio de delinquir que el agente del delito manifiesta exteriorizando su voluntad que da principio a la ejecución del delito o lo prepara; con lo que podemos observar que el legislador también pune los actos preparatorios al incluir la frase “o lo prepare”. Situación ésta que es desde nuestro punto de vista criticable, pues cabe preguntarse como con los simples actos preparatorios se puede establecer con certeza la intención del agente de cometer un delito determinado, pues para ello se necesita que el sujeto comience a ejecutar el delito mismo, al comenzar a llevar a cabo los elementos del delito en cuestión, por lo que desde nuestro punto de vista la frase “o lo prepare” no debió de haberse incluido.

Artículo 94.- Cuando la tentativa de que habla el artículo anterior se hubiese llevado por parte del reo hasta el último acto necesario para la comisión del mismo delito, se le aplicará la pena ordinaria de éste aun cuando la tentativa no hubiere producido el efecto que su autor se proponía.³⁷

Como podemos observar en este artículo el legislador habla de lo que en la doctrina se conoce como delito frustrado, al establecer que cuando la manifestación del designio de delinquir por parte del agente del delito se hubiese exteriorizado llevando a cabo hasta el último acto necesario para la comisión del mismo delito aun cuando no se hubiese producido el resultado deseado por el sujeto activo de delito; en primer lugar debemos precisar que no se hace mención por qué motivo no se consumó el delito, es decir, si fue por una causa ajena a su voluntad, o si fue por qué el delito era de imposible ejecución o los medios

³⁷ Ídem.

empleados, no fueron los idóneos.

Luego entonces el legislador equipara el delito consumado con el delito frustrado y asigna a éste último la misma pena que para el delito consumado, lo que evidentemente nos muestra por parte del legislador su inclinación hacia el derecho que castiga al autor por su intención, es decir, el subjetivo y no al derecho de acto, es decir, el objetivo, pues olvida que el bien jurídico tutelado por la ley no se lesionó, sino que únicamente se puso en peligro, lo que para nosotros debe ser una circunstancias atenuante en cuanto a la sanción que se debe imponer de la comisión del delito que quedó en grado de tentativa acabada o delito frustrado.

Artículo 95.- Cuando la tentativa se hubiere frustrado antes de llevarse a su último acto por circunstancias independientes de la voluntad del delincuente, si la pena impuesta por la ley al delito fuera la capital, se aplicará a aquél la de trabajos forzados para siempre: si era ésta la que debía llevar según la ley, se le impondrá la de diez años de los mismos trabajos; y si era la destierro perpetuo se convertirá en la destierro por diez años. En los demás casos, la pena será al albedrío del juez **no debiendo éste nunca aplicar el máximo de lo que la ley imponga al delito consumado.**³⁸

En este artículo podemos observar que se habla de la tentativa in acabada, es decir, aquella en la cual el sujeto activo exterioriza su intención de cometer un determinado delito, al llevar a cabo parte de los actos ejecutivos tendientes a consumir el delito, mismo que no se consumó por circunstancias independientes a la voluntad del sujeto activo.

Asimismo podemos observar que en este artículo el legislador si establece

³⁸ ídem.

que la causa por la cual no se llevaron a cabo todos los actos ejecutivos tendientes a producir el resultado fue por una causa independiente a la voluntad del sujeto activo.

En cuanto a la pena impuesta para la tentativa in acabada, como se puede apreciar, resulta ser atenuada en cuanto a la que se debiera aplicar para el delito consumado. Siendo específico en cuanto a algunas penas; y en cuanto a las que no se encontraban especificadas, el legislador dejaba al arbitrio del juez de la causa la imposición de la pena, sin que en ningún caso pudiera imponer la máxima señalada para el delito consumado, circunstancia que desde nuestro punto de vista resulta acertada, pues no debemos olvidar que cuando un delito queda en grado de tentativa, el bien jurídico tutelado por la ley, no se lesiona, sino que únicamente se pone en peligro.

Artículo 96.- Cuando el conato de algún delito se frustrare por el arrepentimiento del reo, no se impondrá a éste pena alguna por razón del conato.³⁹

En este artículo el legislador establece lo que en la doctrina se conoce como la figura del desistimiento espontáneo o el arrepentimiento eficaz, mismas que consisten en el desistimiento voluntario y espontáneo del agente del delito, el cual requiere que primeramente se haya llevado a cabo la fase subjetiva del iter criminis (ideación, deliberación y resolución de cometer un delito) y posteriormente se comience con la fase externa, al exteriorizar el sujeto activo su voluntad de cometer el delito, para posteriormente llevar a cabo los actos preparatorios y finalmente comenzar a ejecutar el delito determinado, mediante los actos idóneos tendientes a producir el resultado ilícito, no consumándose el delito debido a ese desistimiento voluntario y espontáneo del sujeto activo. Arrepentimiento que se puede llevar a cabo tanto en la tentativa acabada como en la tentativa inacabada, es decir, estamos en presencia del desistimiento espontáneo cuando el sujeto

³⁹ Ibidem, p. 10.

activo ya esta ejecutando en parte un delito determinado y voluntariamente desiste de su idea criminal inicial; por otro lado estaremos en presencia del arrepentimiento eficaz o arrepentimiento activo, cuando el sujeto activo ya ha llevado a cabo la totalidad de los actos ejecutivos tendientes a producir el resultado ilícito, el cual aún no se ha producido, arrepintiéndose entonces el sujeto activo de su conducta y llevando a cabo diversos actos eficaces para evitar que el delito se consuma, motivo por el cual el legislador decide dejar impune dicha conducta.

Artículo 97.- Si el acto que descubre el conato fuere en si mismo un delito, además de la pena que por el conato debe llevar el delincuente con arreglo a los artículos precedentes, se le impondrá la que por dicho acto señala la ley, aun en el caso de que la tentativa de delito se haya frustrado por el arrepentimiento del delincuente.⁴⁰

De la redacción de este artículo, se desprende, que si el sujeto activo en el momento de estar ejecutando el delito que previamente había resuelto, es descubierto, y debido a ello no logra consumarse, si los actos ejecutivos que el activo ya había llevado a cabo constituyeran por sí mismos un delito, además de la pena que se le debe imponer al activo por aquél delito que ha quedado en grado de tentativa, se le impondrá la pena del delito que ha quedado consumado al estar ejecutando su resolución criminal. Empero, con dicha imposición se estaría recalificando dos veces una misma conducta, toda vez que los actos ejecutivos que el sujeto activo ha llevado a cabo, resultan ser el medio comisivo para conseguir su fin, es decir, el delito que debido a una causa ajena a la voluntad del activo, ha quedado en grado de tentativa, por lo tanto, desde nuestro punto de vista no se deben de punir ambos, sino sólo uno.

Asimismo este artículo tiene relación directa con el artículo 96 antes

⁴⁰ ídem.

analizado, en el siguiente tenor, al hablar anteriormente del desistimiento del agente del delito, decíamos que éste se podía llevar a cabo cuando ya se estaban perpetrando los actos ejecutivos idóneos tendientes a producir el resultado, en todo o en parte, bien sabido es que de la exteriorización de la conducta desplegada por el activo al dar principio a un delito determinado, se puede presentar el caso que los actos preparatorios o ejecutivos por sí mismos ya constituyan un delito, en tal caso, si bien es cierto, no se le castigará por el delito intentado, el cual no se consumó debido a su arrepentimiento eficaz proveniente de su libre voluntad para evitar el resultado ilícito, si embargo, lo cierto es que se le debe de castigar si se presenta el caso que al desplegar su conducta con la intención de cometer un determinado delito, estando realizando los actos preparatorios o ejecutivos para cometer el delito que previamente había resuelto cometer, la misma se adecua a otra figura típica, que ley sancione como delito, pues es evidente que éste último delito si se consumó.

Artículo 98.- Siempre que de los medios puestos por un delincuente para cometer un delito resulte otro delito diverso, se le impondrá al hecho la pena mayor que para la tentativa o por el delito consumado imponga la ley.⁴¹

En este artículo el legislador establece que si de los medios empleados por el sujeto activo para cometer el delito determinado que previamente había resuelto llevar a cabo, ya sean los preparatorios o los ejecutivos, resultare otro delito diverso, se impondrá la pena mayor que por la tentativa del delito determinado establezca la ley o la pena mayor que por el delito consumado se deba imponer. De lo anterior que advierte que este precepto contraviene lo establecido en el artículo 97 ya analizado, mismo que obliga al juzgador a sancionar tanto el delito que ha quedado en grado de tentativa, como el delito que se ha consumado al estar llevando a cabo, los actos preparatorios o los ejecutivos tendientes a producir el resultado ilícito.

⁴¹ Ídem.

Artículo 99.- Cuando después de haber llevado el reo la tentativa hasta el último acto, impidiere con efecto él mismo que la tentativa produzca sus efectos, procediendo así de su libre y espontánea voluntad, la pena será al prudente albedrío del juez, con tal que nunca llegue al máximo que la ley señala al delito consumado.⁴²

Este artículo el legislador habla en primer lugar de la tentativa acabada, pues establece que el sujeto activo debió haber llevado a cabo hasta el último acto del delito que pretendía ejecutar. Posteriormente establece que cuando el resultado del delito determinado no se produzca debido a que el activo lo haya impedido por su libre y espontánea voluntad, la pena aplicable la determinara el juez de la causa, sin que nunca llegue al máximo que la ley señale para el delito consumado. Como podemos observar este artículo es incongruente con lo que se establece en el artículo 96, pues en el mismo como podemos recordar el legislador establece que no se impondrá pena alguna al sujeto activo cuando el conato se frustrare por el arrepentimiento de dicho sujeto activo. Tal vez el legislador trató de diferenciar la tentativa del conato, sin embargo, nunca estableció un concepto de lo que por conato se debería entender. Por lo que así las cosas, podemos establecer que en el artículo 96 se habla de una tentativa inacabada y en el artículo 99 se establece la tentativa acabada o delito frustrado, sin embargo, de los dos artículos en cuestión se desprende que el resultado ilícito no se actualiza debido al arrepentimiento eficaz proveniente de la libre y espontánea voluntad del sujeto activo; por lo que desde nuestro punto de vista no compartimos el criterio del legislador, al dejar impune la conducta establecida en el artículo 96 y por otro lado penalizar la conducta que prevé el artículo 99. Por otro lado en este artículo se establece que la pena que se imponga al responsable de la tentativa del delito determinado que se frustró debido al arrepentimiento eficaz del sujeto activo del delito, quedará al prudente arbitrio del juez de la causa, la cual nunca podrá llegar al máximo que la ley establezca para el delito consumado que el activo había

⁴² Ídem.

resuelto cometer y el cual se frustró por su arrepentimiento eficaz, empero, desde nuestro punto de vista este artículo 99, sin bien establece que nunca el juzgador podrá imponer una pena que llegue al máximo que la ley establece para el delito consumado, lo cierto es que tampoco establece, cual será la pena mínima, necesaria para que el juzgador tenga un parámetro entre mínima y máxima y pueda así aplicar una pena justa, lo que nos hace pensar que a falta de ello el juzgador debía tomar como pena mínima la que la ley establecía como pena mínima de prisión para todos los delitos en general y de ahí partir, pero sin llegar nunca a la máxima que la ley establecía para el delito que se pretendía consumir.

Luego entonces, el primer Código Penal que hubo en México a pesar de adolecer de múltiples fallas, lo cierto es que superó por mucho a las anteriores legislaciones que en materia penal se aplicaban en el territorio nacional, pues evidentemente se basó en los Códigos Penales Europeos, tanto francés como español, adoptando una forma especial para establecer la figura jurídica de la tentativa y la forma de establecer su punición.

I. 6. 1. 5. El Código Penal de Martínez de Castro de 1871

Los primeros Códigos Penales se ensayaron en algunos Estados de la República como el de Veracruz de 1835 que ya hemos analizado previamente. En la capital de la República Mexicana, siendo Presidente de la Nación el Licenciado Don Benito Juárez, - escribe Celestino Porte Petit Candaudap - "ordenó que se nombrara una comisión para que se formulara un proyecto de Código Penal. Así el Ministro de justicia, C. Jesús Terán, nombró en el año de 1861, una Comisión integrada por los licenciados Urbano Fonseca, José María Herrera y Zavala, Ezequiel Montes, Manuel Zamacona y Antonio Martínez de Castro. Tiempo después sustituyó el Lic. Carlos Ma. Saavedra al Lic. Ezequiel Montes; Comisión que estuvo trabajando hasta 1863, interrumpiendo sus labores con motivo de la invasión francesa.

El mismo Lic. Benito Juárez una vez restablecida la paz en la República, por conducto del Ministro de Justicia, Lic. Ignacio Mariscal, mandó con fecha 28 de septiembre de 1868, se integrase y organizase la Comisión, con objeto de continuar los trabajos que se habían interrumpido, recayendo dichos nombramientos en las personas del Lic. Antonio Martínez de Castro como Presidente, y de los Lic. Manuel Zamacona, José María Lafragua, Eulalio Ma. Ortega como miembros de la misma y del Lic. Indalecio Sánchez Gavito, como secretario.”⁴³

El profesor Ignacio Villalobos, escribe: “Los trabajos se llevaron adelante y, favorecidos por la promulgación del Código Español de 1870, que se adoptó, el 7 de diciembre de 1871 fue terminado y aprobado el Código que había de regir en el Distrito Federal y en el Territorio de la Baja California sobre delitos del fuero común, y en toda la República sobre delitos contra la Federación. Entró en vigor el 1º de abril de 1872.

Este Código de 1871, formado por 1150 artículos, se componía de un pequeño título preliminar sobre su aplicación, una parte general sobre la responsabilidad penal y forma de aplicación de las penas, otra sobre responsabilidad civil derivada de los delitos, una tercera sobre delitos en particular, y una última sobre faltas.”⁴⁴

Por su parte el profesor Raúl Carrancá y Trujillo escribe: “Dos novedades importantes representa, sin embargo, el c. p. para su tiempo. La una la fue el “delito intentado”; *“es el que llega hasta el último acto en que debería realizarse la consumación, si ésta no se verifica por tratarse de un delito irrealizable porque es imposible o por que evidentemente son inadecuados los medios que se emplean”* (art.25); grado que el legislador hizo intermedio entre conato (ejecución

⁴³ PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, ed. 5ª, Ed. Porrúa, S. A., México 1980, pp. 50-51.

⁴⁴ VILLALOBOS, Ignacio, Derecho Penal Mexicano Parte General, ed. 5ª, Ed. Porrúa, S. A., México 1990, p. 113.

inconsumada, art.19) y el delito frustrado (ejecución consumada, pero que no logra el resultado propuesto, art. 26) y que certera y expresamente justificó Martínez de Castro con la diferente peligrosidad acreditada.⁴⁵

A continuación transcribiremos los artículos relativos a la figura jurídica de la tentativa previstos en el Código Penal de 1871 o mejor conocido como Código de Martínez de Castro, y al final de cada uno realizaremos un breve comentario al respecto.

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

- I. Conato:
- II. Delito intentado:
- III. Delito Frustrado:
- IV. Delito consumado:⁴⁶

En este artículo el legislador estableció los grados del delito intencional, comenzando por el conato y finalizando con el delito consumado, quedando en medio de estos el delito intentado y el delito frustrado. Asimismo podemos advertir que estos cuatro grados se aplican solo a los delitos intencionales, tal y como expresamente el legislador lo anota en el primer párrafo del artículo en cuestión.

Artículo 19.- El conato de delito consiste: en ejecutar uno o más hechos encaminados directa e indirectamente a la consumación, pero sin llegar al acto que la constituye.⁴⁷

Como podemos apreciar, se da en este precepto un concepto legal de lo que se debe entender por conato, desprendiéndose en primer lugar que el legislador utiliza la palabra ejecutar, haciendo alusión a los actos ejecutivos.

⁴⁵ CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl, et al, Ob. Cit., p. 126.

⁴⁶ Citado por GARCÍA GARCÍA, Rodolfo, Ob. Cit., p. 10.

⁴⁷ Ídem.

dejando fuera los actos preparatorios, pues establece que para que exista conato es necesario que el sujeto activo ejecute uno o más hechos encaminados directa e inmediatamente a la consumación, pero sin llegar al acto que la constituye, es decir, que el activo comience a ejecutar el delito determinado, al ir adecuando su conducta a la hipótesis establecida en el tipo legal, pero sin llegar al acto que constituye la consumación del delito.

Artículo 20.- El conato es punible, solamente cuando no se llega al acto de la consumación del delito, por causas independientes de la voluntad del agente.⁴⁸

Este artículo indudablemente es complemento del precepto antes citado en el cual se da el concepto de conato, pues bien, en este artículo en comento se establece que el conato será punible siempre y cuando el delito que previamente el activo había resuelto cometer y el cual comenzó a ejecutar, no llegue al acto de la consumación de dicho delito por causas ajenas a la voluntad del agente. Lo que indudablemente nos conlleva a establecer (interpretando dicho precepto legal a contrario sensu) que cuando no se llegue al acto de consumación del delito determinado que se había comenzado a ejecutar debido al desistimiento del activo proveniente de su libre y espontánea voluntad, dicho conato no será punible.

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

I.- Que los actos ejecutados den a conocer por si solos, o acompañados de algunos indicios, cual era el delito que el reo tenía intención de perpetrar.

II.- Que la pena que debiera imponerse por él, si se hubiera consumado, no baje de 15 días de arresto o 15 pesos de multa.⁴⁹

⁴⁸ Ídem.

⁴⁹ Ibidem, pp. 10-11.

En este artículo el legislador establece que para que el conato sea punible, se requiere además de que el delito no se haya consumado por una causa ajena a la voluntad del agente, que de los actos ejecutados realizados por el activo den a conocer por sí solos o acompañados de algunos indicios cual era el delito determinado que pretendía se consumara (actos ejecutivos). Lo que viene a reforzar el hecho de que los actos preparatorios por sí solos no son punibles, pues ello es debido a que los actos preparatorios por sí mismos no dan a conocer cual era la intención del sujeto activo o que delito determinado pretendía ejecutar, por ser ambiguos y equívocos, por ello es que el legislador establece que los actos ejecutivos deben dar a conocer por sí mismos y a acompañados de indicios cual era el delito que el agente tenía la intención de que se consumara, es decir, que con su conducta el activo comience a llevar a cabo los elementos integrantes del delito determinado; además de lo anterior el legislador establece que la pena que se debía imponer por el delito en caso de que se hubiese consumado no baje de quince días de prisión o quince pesos de multa, pues si ello acontece dicho conato quedara impune por no reunir los requisitos antes señalados.

Artículo 22.- En todo conato mientras no se pruebe lo contrario, se presume que el acusado suspendió la ejecución espontáneamente, desistiendo de cometer el delito.⁵⁰

En este artículo el legislador incluye el principio de inocencia, el cual reza: que todo individuo es inocente de la acusación que se le imputa hasta que se demuestre lo contrario. Por lo que el legislador establece en este precepto que mientras no se pruebe que no se llegó a la consumación del delito determinado por una causa ajena a la voluntad del activo, se presumirá que la causa por la cual no se llegó al acto de consumación del delito determinado, se debió a que el activo suspendió la ejecución espontáneamente, desistiendo por ende de cometer el delito.

⁵⁰ Ibidem, p. 11.

Artículo 23.- Los actos que no reúnen todas las circunstancias que exigen los artículos 20 y 21, no constituyen conato punible, y se consideran como puramente preparatorios del delito.⁵¹

Con este precepto legal, se vienen a robustecer los comentarios que se han venido manejando a lo largo del análisis de este código, en el sentido de que los actos preparatorios no son punibles por sí solos, si no que solo lo serán los actos ejecutivos, siempre y cuando reúnan los requisitos establecidos en los artículos 20 y 21.

Artículo 24.- los actos puramente preparatorios son punibles, solamente cuando por sí mismos constituyen un delito determinado que tiene pena señalada en la ley, con excepción de los casos en que ésta dispone expresamente lo contrario.⁵²

Este artículo tiene relación directa con el artículo 23, en el sentido de que los actos preparatorios no son suficientes para poder establecer que el activo pretendía ejecutar tal o cual delito y por ende si el activo solo llevo a cabo dichos actos preparatorios sin comenzar a ejecutar el delito, no se le debe castigar por ello, debido a que no ha empezado a ejecutar los actos que por si mismos o a través de indicios pueden fundadamente revelar que delito el activo tenía la intención de cometer, pues como ya lo dijimos con los actos ejecutivos se comienza precisamente a perpetrar el delito, adecuando su conducta el activo a los elementos del delito, mismos que forman parte de dicho tipo legal; sin embargo si la conducta exterior desplegada por el activo se adecua a la hipótesis prevista por un delito determinado, diverso del intentado, se le deberá castigar por ello, con el fin de no generar impunidad.

⁵¹ Ídem.

⁵² Ídem.

Artículo 25.- Delito intentado es: el que llega hasta el último acto en que debía realizarse la consumación, si esta no se verifica por tratarse de un delito irrealizable porque es imposible, o porque son evidentemente inadecuados los medios que se emplean.⁵³

En este artículo el legislador da un concepto de lo que se debe entender por delito intentado, manifestando que éste se presenta cuando el activo ha realizado hasta el último acto en que debió realizarse la consumación del delito, pero que el mismo no se consuma por que es imposible su realización, sin que explique el legislador porque es imposible dicha realización. Sin embargo desde nuestro punto de vista intuimos que tal vez se trate de imposible realización por falta del objeto material del delito, como por ejemplo, en un homicidio cuando a quién se pretendía privar de la vida, ya se encontraba muerto, etc. Además el legislador establece que puede ser que el delito no se haya consumado porque los medios empleados para cometerlo son evidentemente inadecuados.

Artículo 26.- Delito frustrado es: el que llega hasta el último acto en que debió verificarse la consumación, si ésta no se verifica por causas extrañas a la voluntad del agente, diversas de las que se expresan en el artículo que precede.⁵⁴

En el precepto legal que se acaba de transcribir, el legislador estableció el concepto de lo que se debe entender por delito frustrado, en el que se emplean como elementos integrantes de dicha figura, que el agente del delito llegue hasta el último acto en que debió verificarse la consumación, y que dicha consumación no se verifique por causas extrañas a la voluntad del agente diversas a las que se expresan en el artículo 25. En primer lugar podemos advertir que se trata de una tentativa acabada, pues dicha figura requiere que el agente del delito haya

⁵³ Ídem.

⁵⁴ Ídem.

ejecutado hasta el último acto integrante del tipo penal que pretendía se consumará; pero ésta no se verificó y por ende no se produjo el resultado ilícito, por una causa ajena a la voluntad del sujeto activo, que no sea alguna de las establecidas en el artículo 25, es decir de que el delito no sea de imposible realización: ya sea debido a su objeto o a que los medios empleados por el sujeto activo resulten ser evidentemente inadecuados.

Por su parte Francisco Pavón Vasconcelos, manifiesta: "..., el Código de 1871 consagró la punición del llamado *delito imposible*, diferenciando además entre *conato* y *delito frustrado*. La razón para castigar el primero se determinó, según expresa referencia contenida en la exposición de motivos, por la *perversidad* revelada por el sujeto a través de los actos realizados y por la *alarma social* producida por éstos...

En la fórmula del delito imposibles (*delito intentado*), estructurada por el Código de MARTÍNEZ DE CASTRO, quedaron comprendidas las hipótesis de inidoneidad absoluta y relativa referidas tanto a los medios empleados como al objeto... Si la razón aducida para solucionarlo atiende a la peligrosidad del autor y a la alarma provocada por el hecho, ante la imposibilidad de la existencia de un peligro real, en las hipótesis de inidoneidad absoluta de los medios y del objeto, debió adoptarse en todo caso el criterio de aplicación de simples medidas y no de una sanción penal, con lo cual se llegó al absurdo de equiparar el delito imposible, en cuanto a su consecuencia penal, con la tentativa punible.

Si bien resulta criticable la extensión dada al delito imposible en el artículo 25, merece elogios la distinción entre conato y frustración, así como la determinación legal de excluir de sanción a los actos preparatorios, los cuales, según mandato del artículo 24, solamente serían punibles cuando *por sí mismos* constituyeran *un delito concreto*, con pena expresa señalada en la ley, salvo los casos en que ésta dispusiera lo contrario..."⁵⁵

⁵⁵ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, Ob. Cit., pp.176-178.

Por su parte Gustavo Malo Camacho, analiza lo conducente a la punibilidad establecida para la figura jurídica de la tentativa en el Código de Martínez de Castro de 1871 y nos dice: "...el capítulo III del título quinto relativo a la aplicación de las penas, sustitución, reducción y conmutación de ellas, y ejecución de las sentencias, refirió la penalidad para esas figuras, informando para el conato, un quinto de la pena aplicada al delito consumado (artículo 202); para el delito intentado conforme a tres reglas: I. Cuando intentándose contra persona y fines determinados se produzca en personas y bienes diversos, figura que suponía la existencia del delito en presencia de error en persona y en cosas en cuyo caso se impone la pena del delito consumado; II. Cuando la consumación se presenta como imposible sólo de presente, pero no en circunstancias o medios diversos, haciéndose acreedor el agente, de un tercio a dos quintos de la pena por el delito consumado; III. En presencia de imposibilidad absoluta cuya pena era de 10 a 1,000 pesos (artículo 203); por último el artículo 204, relativo al delito frustrado expresó: I. Cuando el delito contra la persona o bienes de alguno se frustre, pero se consume en la persona o bienes de otro, se impondrá la pena del delito que resulte consumado; II. Fuera del caso anterior se impondrá de 2 quintos a 2 tercios de la pena por el delito consumado."⁵⁶

I. 6. 1. 6. El Código Penal de Almaraz de 1929

Por otra parte, **El Código Penal de 1929 o de Almaraz**, fue el sucesor del Código Penal de 1871, siendo así que: "En 1925 fue designada nueva Comisión en que figuraron los señores licenciados Ignacio Ramírez Arriaga, Antonio Ramos Pedrueza, Enrique C. Gudiño, Manuel Ramos Estrada y José Almaraz. Este último abogado, investido después de la promulgación del nuevo Código con el carácter de Presidente del Consejo Supremo de Defensa y Prevención Social, organismo también de nuevo cuño, publicó una explicación de la labor desarrollada, comenzando por informar que a su inicio se encontró con un Anteproyecto para

⁵⁶ MALO CAMACHO, Gustavo, Tentativa del Delito (con referencia al derecho comparado), Ed. Universidad Nacional Autónoma de México Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 1971, p. 44.

los dos primeros Libros del Código, que seguía los principios de la Escuela Clásica; manifestó él su inconformidad aduciendo la completa bancarrota de dicha Escuela y que con la aceptación de tal Anteproyecto la delincuencia seguiría su marcha ascendente; y presentó un estudio crítico de los principios de la Escuela Clásica y un ante proyecto propio, estudios que hizo suyos la Comisión y que sirvieron de base al nuevo Código. Este se basó en la Escuela positiva, según el expositor, y fue expedido el 30 de septiembre de 1929, después de su revisión por nuevas Comisiones en que figuraron los señores licenciados García Peña, Ruiz, García Téllez, Canales, De las Muñecas, Zimavilla, Guerrero, Lavalle, Chico Goerne y Mainero, ...”⁵⁷

“El Presidente Portes Gil, en uso de facultades que al efecto le confirió el Congreso de la Unión por Decr. de feb.9, 1929, expidió el c. p. de 30 de septiembre de 1929, para entrar en vigor el 15 de diciembre del mismo año (art. trans.). Se trata de un Código de 1,233 arts. De los que 5 son transitorios. Buena parte de su articulado procede del ante proyecto para el Estado de Veracruz, que fue promulgado como Código Penal hasta junio 10, 1932.”⁵⁸

A continuación transcribiremos los artículos relativos a la figura jurídica de la tentativa del Código Penal en comento y al final de cada uno realizaremos un breve comentario al respecto.

Artículo 20.- Los actos preparatorios serán sancionados cuando manifiesten de manera unívoca el dolo del agente.⁵⁹

En este precepto legal, se establece que los actos preparatorios serán sancionados cuando manifieste de manera unívoca el dolo del agente. Sin embargo, desde nuestro punto de vista este Código sufre un retroceso en cuanto a su antecesor, el Código de Martínez de Castro Almaraz de 1871, pues en este

⁵⁷ VILLALOBOS, Ignacio, Ob. Cit., p. 116.

⁵⁸ CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl, et al., Ob. Cit., p. 128.

⁵⁹ Citado por GARCÍA GARCÍA, Rodolfo, Ob. Cit., p. 12.

Código de 1929, el legislador sanciona los actos preparatorios, estableciendo como requisito que estos manifiesten de manera unívoca el dolo del agente, situación que en la práctica resulta un tanto cuanto difícil comprobar, pues es un elemento subjetivo que se refleja en el pensamiento del activo, es decir, en una ideación y resolución de conocer y querer el resultado ilícito del delito perpetrado, por lo que de ninguna forma se puede acreditar de manera plena su intención con los simples actos preparatorios; pues solo se podría comprobar el dolo del agente, con la confesión del mismo, que unívocamente concatenada con el acto o actos preparatorios podrían revelar su intención dolosa.

Artículo 21.- Existe tentativa, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza en un comienzo de ejecución o inejecución o por todos los actos u omisiones que debieran producir el delito, si la conducta se interrumpe o el resultado no acaece por causas ajenas a la voluntad del agente.⁶⁰

En este artículo el legislador establece un concepto de lo que se debe entender por tentativa, el cual tiene como elementos constitutivos, en primer lugar que la resolución de cometer un delito se exteriorice, comenzando a ejecutar el delito, si se trata de una norma prohibitiva o dejando de realizar los actos imperativos por la ley, a través de la omisión del sujeto activo, primer elemento del que se desprende que son los actos ejecutivos los que se punen en este concepto de tentativa, por ende quedan fuera los actos preparatorios, salvo lo previsto en el artículo 20, es decir, que se comience a perpetrar el delito, adecuando su conducta a los elementos integrantes de determinado tipo legal, asimismo se incluye la circunstancia de que el delito no se produzca si la conducta del activo se interrumpe o el resultado no acaece por causas ajenas a la voluntad del agente.

Artículo 22.- Si el autor se desistiere de la ejecución o impidiere la consumación del delito, no se impondrá sanción

⁶⁰ Ídem.

alguna, a no ser que los actos ejecutados constituyeran por sí mismos delitos.⁶¹

En este artículo el legislador establece el desistimiento por parte del activo del delito, estableciendo que si ello acontece, no se le impondrá sanción alguna, de lo que se puede advertir que esta hipótesis se debe aplicar para la tentativa inacabada, es decir, cuando no se han ejecutado todos los elementos integrantes del delito determinado, lo que se robustece con la segunda hipótesis que maneja el legislador en el sentido de que tampoco se le sancionará, si el agente impidiera la consumación del delito, pues en los dos casos se trata de un tentativa inacabada en donde todavía no se han llevado a cabo todos los elementos integrantes del delito determinado, pues de lo contrario estaríamos en presencia de la tentativa acabada, en donde únicamente faltaría que el resultado ilícito se consumará y si en ese momento el agente se arrepiente y a través de un medio eficaz evita el resultado ilícito se estaría en presencia de lo que en la doctrina se conoce como *el arrepentimiento eficaz*, pues uno se arrepiente de lo que ya está perpetrado, es decir, esta figura opera cuando se han agotado todos los actos ejecutivos del delito y como ya lo dijimos el desistimiento acontece cuando aun no se han perpetrado todos los integrantes del delito determinado que se intentaba perpetrar, por lo cual no se impondrá sanción alguna, a menos que los actos ejecutados constituyeran por sí mismos delitos.

Artículo 23.- El delito es imposible por inidoneidad de los medios empleados o por inexistencia del bien jurídico u objeto material.⁶²

En este precepto el legislador establece que el delito es de realización imposible cuando los medios empleados por el agente del delito no son idóneos, para lograr el fin perseguido, es decir, la producción del resultado ilícito o por la

⁶¹ Ídem.

⁶² Ibidem, p. 13.

inexistencia del bien jurídico tutelado por la ley penal, es decir, por ser atípico, o por falta de objeto material del delito, como por ejemplo, en un homicidio cuando a quién se pretendía privar de la vida, ya se encontraba muerto.

Por su parte Rodolfo García García, dice: "Incorrectamente el código de referencia se refirió a los actos preparatorios que pueden manifestar de manera unívoca el dolo del agente, puesto que la característica de los actos preparatorios consiste precisamente en que carecen de la univocidad.

En cuanto a la formula de la tentativa expuesta en el artículo 21 del mismo código, es evidente que se tuvo como ejemplo al redactar la última reforma del artículo 12 del Código Penal de 1931 actualmente en vigor,...

Asimismo puede apreciarse que en el artículo 23 del Código de Almaraz se define el delito imposible sin esclarecer plenamente si dicha figura constituye o no la tentativa."⁶³

I. 6. 1. 7. El Código Penal de 1931

"Con fecha 15 quince de diciembre de 1930 aparece firmado el anteproyecto de Código Penal para el Distrito y Territorios Federales por la comisión redactora integrada por los Lics. José López Lira (por la Procuraduría General de la Nación), José Ángel Ceniceros (por la Procuraduría de Justicia del Distrito y Territorios Federales), Alfonso Teja Zabre (por el tribunal Superior de Justicia del Distrito) y Ernesto G. Garza (por los Tribunales Penales)."⁶⁴

"Este Código fue promulgado el 13 de agosto de 1931 por el Presidente Ortiz Rubio, en uso de facultades concedidas por el Congreso por Decr. de ene. 2, del mismo año.

⁶³ Ídem.

⁶⁴ PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino, Ob. Cit., p. 53.

Se trata de un código de 404 arts. de los que 3 son transitorios; ...⁶⁵

A continuación transcribiremos el texto original que definió la tentativa punible.

Artículo 12.- La tentativa es punible cuando se ejecutan hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente .

Para imponer la pena de la tentativa, los jueces tendrán en cuenta la temibilidad del autor y el grado a que se hubiera llegado en la ejecución del delito.⁶⁶

En primer lugar este artículo al establecer que la tentativa es punible cuando se ejecuten hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito, se entiende que se trata de los elementos ejecutivos del delito, que son los únicos que por su univocidad, administrados con otros indicios, den a conocer que delito era el que el sujeto activo trataba de consumir, por lo que interpretado a contrario sensu, si con esas frases se entiende que los actos ejecutivos son los que son punibles, en consecuencia, los actos preparatorios no serán punibles, salvo que por si mismo constituyan un delito. Por otro lado al establecer que se ejecuten hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito, se engloba tanto al conato como al delito frustrado, es decir, a la tentativa inacabada, como a la tentativa acabada. De igual forma se establece en dicho concepto que el delito no se consume por causas ajenas a la voluntad del agente, por lo tanto si el delito no se consuma por el desistimiento del sujeto activo de perpetrarlo, se debe entender que dicha conducta debe quedar

⁶⁵ CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl, et al, Ob. Cit., p. 130.

⁶⁶ Citado por GARCÍA GARCÍA, Rodolfo, Ob. Cit., p. 14.

impune, salvo que los propios actos ejecutivos, por si mismos constituyan un delito diverso del que se pretendía consumar. Luego entonces, si el delito no se consuma por inidoneidad de los actos empleados por el sujeto activo o por la falta del objeto material del delito o por ser atípico, dichas conductas quedaran impunes.

El párrafo segundo de dicho artículo hace alusión a la facultad que tendrán los jueces para imponer la pena de la tentativa, para lo cual deberán tomar en cuenta la temibilidad del autor y el grado a que se hubiere llegado en la ejecución del delito. Por lo que desde nuestro punto de vista al establecer que el juez tomará en cuenta la temibilidad del autor, se estaría juzgando no al delito, sino al delincuente, es decir, se juzgaría al actor y no su acto, pues lo que se debe de castigar es la conducta desplegada por el activo y no lo que es y lo que ha hecho con anterioridad. Por otro lado por lo que hace a la última parte de dicho artículo y párrafo el legislador le da la facultad al juez de imponer la pena de la tentativa, de acuerdo al grado a que se hubiera llegado en la ejecución del delito, es decir, si fue en la tentativa inacabada en donde todavía no se habían llevado a cabo todos los actos ejecutivos que debieran producir el resultado ilícito, cuando una causa ajena a la voluntad del agente lo impidió, o si fue en la tentativa acabada, cuando lo único que faltaba para que se consumara el delito es el resultado ilícito, luego entonces, el juzgador deberá de imponer una mayor pena en la tentativa acabada que en la tentativa inacabada, por estar la primera más cerca de la consumación del delito.

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

Artículo 12.- Existe tentativa punible cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza ejecutando la conducta que debería producirlo u omitiendo la que debería evitarlo, si

aqué no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.

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

Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se le impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a este se refiere, sin perjuicio de aplicar la que corresponda a actos ejecutados u omitidos que constituyan por sí mismos delitos.⁶⁷

En esta reforma como podemos observar el legislador estableció que la tentativa será punible cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza ejecutando la conducta que debería producirlo, concepto dentro del cual se pueden apreciar tanto la fase subjetiva como la objetiva de la vida del delito o iter criminis, pues es obvio que primeramente el agente, debió idear el cometer un determinado delito, para posteriormente deliberar sobre si lo cometía o no lo cometía y finalmente resuelve cometerlo, por lo que al incluir la frase "*resolución*", se tiene por entendido que ya se han llevado a cabo la ideación y la deliberación para llegar a la etapa de la resolución. Por lo que hace a la fase objetiva, al haberse establecido que la resolución de cometer el delito se exteriorice ejecutando la conducta que debería producirlo, se hace alusión al primer elemento de la fase objetiva, es decir, a la exteriorización de la voluntad del sujeto activo de cometer el delito y al establecer que ésta se lleve a cabo ejecutando la conducta que debería producirlo, es claro que se trata de los actos ejecutivo, quedando entre la exteriorización y la ejecución, los actos preparatorios. Por otro lado también se incluye en la reforma la frase "*u omitiendo la que debería evitarlo*", con lo que el legislador sanciona también la conducta de omisión del agente del delito,

⁶⁷ Ibidem, p. 23.

cuando la ley establece una norma imperativa que obliga al activo a realizar una determinada conducta; por lo demás este párrafo quedo igual, al establecer la frase "*si aquel no se consuma por causas ajenas a al voluntad del agente*".

Por otra parte el párrafo segundo del artículo en cuestión no fue modificado, por lo que vale para éste el comentario hecho con anterioridad.

En esta reforma de diciembre de 1984, el legislador adiciono un párrafo al artículo 12 en donde estableció que "*si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se le impondrá pena o medida de seguridad alguna*", en donde se reguló el arrepentimiento espontáneo y el arrepentimiento activo del agente del delito, sin que se haya hecho mención a la tentativa de delito imposible, por lo que desde nuestro punto de vista si la tentativa del delito es imposible debido a la inidoneidad de los medios empleados por parte del sujeto del delito, se entiende que esta hipótesis no debe ser punible pues, si los actos preparatorios no son punibles por su falta de univocidad con relación al delito determinado que se pretende consumir, lo mismo debe acontecer cuando los medios empleados resultan inidóneos para ejecutar el delito, pues es debido a su inidoneidad que no deben castigarse, tal y como acontece con los actos preparatorios, salvo el caso en que por si mismos dichos actos se tipifiquen como un delito distinto al que se pretendía consumir. No así para cuando la tentativa del delito es imposible debido a la falta del objeto material, pues en dicha hipótesis el sujeto activo ha comenzado a ejecutar el delito, sin embargo, la falta de objeto material es lo que impide que el delito se consume, por lo tanto desde nuestro punto de vista esta tentativa de delito imposible debido a la falta de objeto material, si se debe sancionar pues se reúnen todos los elementos integrantes de la tentativa, ya que el agente del delito ideo, deliberó y finalmente resolvió cometer el delito, exteriorizando su voluntad ejecutando la conducta que debería producirlo u omitiendo la que debería evitarlo, mismo que no se consumo por causas ajenas a la voluntad del agente, como acontece cuando falta el objeto material del delito.

De acuerdo con la exposición de motivos de la iniciativa de reformas al Código Penal para el Distrito Federal, en Materia del Fuero Común y para toda la República, en materia del fuero Federal, publicadas el 14 de enero de 1985, en su página 4, se estableció lo siguiente:

“Esta iniciativa plantea importantes cambios al artículo 12, se habla, como suele hacerlo la teoría penal, de la exteriorización de la resolución de cometer delito, ejecutando la conducta que debería producirlo omitiendo la que debería evitarlo, si aquel no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente. Como se ve, la fórmula abarca tanto la tentativa acabada, como la inacabada y, además comprende por igual los delitos de acción y los de omisión, cosa que no ocurre en la actualidad.

Por otra parte se regula el desistimiento espontáneo. Esto se apoya principalmente en la necesidad de evitar la consumación de delitos y proteger, así, a las potenciales víctimas del ilícito. Las reglas propuestas acerca del desistimiento del ilícito, no implica, en su caso, la impunidad de actos ya realizados por el sujeto, cuando éstos constituyan delitos por sí mismos y sean posibles, ...”⁶⁸

La última reforma que sufrió dicho precepto legal fue publica en el Diario Oficial de la Federación, el 10 de enero de 1994, en su primero y segundo párrafos quedando como a continuación se transcribe:

ARTÍCULO 12.- Existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.

⁶⁸ Ibidem, p. 24.

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.⁶⁹

En esta reforma, el legislador establece de manera expresa que la resolución de cometer un delito se exteriorice realizando *en parte o totalmente* los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquel no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente, con lo que se hace evidente que la tentativa se divide en acabada, cuando se realizan totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado o en su caso omitiéndolos, y tentativa inacabada, cuando tales actos se realicen en parte, siendo la única modificación sufrida en este primer párrafo.

En el segundo párrafo se estableció que para imponer la pena de la tentativa, el juez tomará en cuenta lo previsto en el artículo 52 y el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo del delito, con lo que desde nuestro punto de vista, resulta mucho más congruente que lo establecido antes de esta reforma, pues anteriormente se hacía referencia a la temibilidad del autor de la tentativa, sin que en ningún otro precepto legal se estableciera como graduar dicha temibilidad, situación que no aconteció con esta reforma, ya que al hacer el reenvío al artículo 52 del mismo precepto legal, en donde se encuentran establecidas las circunstancias concurrentes al hecho delictivo, que además del grado de aproximación a la consumación del delito deberá de tomar en consideración el juzgador con el fin de imponer un pena justa al responsable del delito y realizar una correcta individualización de la pena.

Por otro lado el tercer párrafo no se reformó, quedando igual a cuando fue creado o adicionado por el artículo 1 del Decreto de 29 de diciembre de 1984, publicado en "Diario Oficial" de 14 de enero de 1985, en vigor 30 días después de

⁶⁹ Ídem.

su publicación.

I. 6. 1. 8. El Código Penal para el Distrito Federal de 1999

Este Código Penal para el Distrito Federal, fue publicado el 17 de septiembre de 1999, en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, entrando en vigor el 1º de octubre de 1999.

A continuación transcribimos en lo conducente los considerandos, relativos a los antecedentes de la iniciativa de decreto por el que se derogan, reforman y adicionan diversas disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal.

“PRIMERO.- Que a partir del 1º de enero de 1999 la Asamblea Legislativa es competente para legislar en materia penal en el Distrito Federal, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 122 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Apartado C. Base Primera, fracción V, inciso h, y por el artículo undécimo transitorio del decreto mediante el cual se reforman diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 22 de agosto de 1996.

SEGUNDO.- Que, el 18 de mayo de 1999, el Congreso de la Unión asumió el texto vigente, hasta esa fecha, del Código penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal, cambiándole el nombre a Código Penal Federal, por lo que el Distrito Federal se sigue rigiendo, en materia del fuero común, por el Código que aún conserva el nombre original.

En efecto, en la iniciativa que el Ejecutivo Federal envió a la Cámara de Senadores y que dio pie a la reforma publicada el 18 de mayo de este año en el Diario Oficial de la Federación, se señala: “Finalmente a partir del primero de

enero del presente año, las modificaciones que el Congreso de la Unión realiza al Código Penal producirán efectos exclusivamente en el ámbito Federal." A su vez, en el dictamen correspondiente a esa iniciativa se estableció: El contenido del segundo artículo transitorio propuesto simplemente reitera el contenido del artículo décimo transitorio del Decreto por el que se reforman diversos artículos de la Constitución del 25 de octubre de 1993. Por ello es que estas comisiones unidas consideran conveniente suprimirlo al considerar que basta la disposición contenida en el artículo transitorio citado para establecer que en el Distrito Federal, en tanto la Asamblea Legislativa no legisle sobre el particular seguirán vigentes las disposiciones del que hasta hoy se conoce como Código Penal para Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia del fuero federal (. . .) estas comisiones unidas quieren dejar claro que el hecho de cambiar de nombre el ordenamiento penal vigente hasta la fecha para el Distrito Federal, no significa de modo alguno que ésta sede de los poderes federales deje de contar con un ordenamiento punitivo, ya que regirán en los términos de la disposición constitucional citada las disposiciones vigentes al 31 de diciembre de 1998."

En consecuencia ésta Comisión considera que es procedente, tal y como lo propone el Artículo Primero de la iniciativa de Decreto que se dictamina, que se asuma el texto del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal vigente, con todas las reformas y adiciones publicadas hasta el 31 de diciembre de 1998, y se le cambia el nombre para que a partir de la reforma que se dictamina se denomine "Código Penal para el Distrito Federal".

TERCERO.- Como consecuencia de la existencia de un Código Penal Federal, y en ejercicio de las facultades de ésta Asamblea para legislar en materia penal en el ámbito local, ésta Comisión considera que no solamente es necesario el cambio de denominación del Código vigente sino que, además se requiere la

desfederalización de su contenido,...⁷⁰

Como se puede observar en este Código, no se modificó la redacción del artículo 12, con relación al mismo artículo del Código de 1931, en su última reforma de 1994, por lo tanto valen los comentarios hechos con referencia a dicho artículo en el subcapítulo anterior.

I. 6. 1. 9. El Nuevo Código Penal para el Distrito Federal del 2002

El 14, 28 y 30 de noviembre del año 2000, los partidos políticos Revolucionario Institucional, de la Revolución Democrática y Acción Nacional, presentaron ante el Pleno de la Asamblea Legislativa, sendas iniciativas de Código Penal para el Distrito Federal. En tales fechas, la mesa directiva de ese órgano Legislativo, las turno para su análisis, discusión y en su caso aprobación, a la Comisión de Administración y Procuración de Justicia.

Mediante sesión de la Comisión de Administración y Procuración de Justicia, de fecha 20 de diciembre del año 2000, se aprobó que un grupo multidisciplinario de especialistas en materia penal, realizará un documento ordenado en forma de compulsa de las tres iniciativas de Código Penal. El 19 de enero del año 2001, se presentó a la comisión de Administración y Procuración de Justicia, la compulsa de las iniciativas de Código Penal para el Distrito Federal y se ordenó su impresión y distribución.

El día 28 veintiocho de febrero del 2001 dos mil uno, se declararon inaugurados los trabajos del Foro de Análisis para la modernización de la Legislación Penal del Distrito Federal.

La Comisión de Administración y Procuración de Justicia en Sesión

⁷⁰ Antecedentes de la Iniciativa por el que se Derogan, Reforman y Adicionan diversas disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal, Publicada el 17 de septiembre de 1999, en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, pp. 2, 3.

celebrada en el mes de agosto del 2001 dos mil uno, se acordó la integración de una Comisión Revisora y Redactora del Código Penal, que tendría como objeto fundamental, analizar el documento que el grupo especial de Asesores elaboró, así como las propuestas y opiniones que durante el desarrollo de los Foros de Análisis para la Modernización de la Legislación Penal del Distrito Federal, en sus tres etapas, Delegacional, Temática y de Conclusiones se recabaron, para que con todos estos elementos, elaborar el Anteproyecto del Código Penal, el cual a su vez fue remito a el Grupo Especial de Asesores para su conocimiento.

Con fecha 30 treinta de octubre del 2001 dos mil uno, la Comisión de Administración y Procuración de Justicia, tomó el acuerdo consistente en integrar una Comisión Especial, que se abocara al análisis del Anteproyecto de Nuevo Código Penal, que la Comisión Revisora y Redactora, elaboró, para así contar con un documento final que se sometió a la Comisión de Administración y Procuración de Justicia para su análisis, discusión y como fue el caso, aprobación.

La Comisión de Administración y Procuración de Justicia, en cumplimiento del acuerdo de fecha 4 de marzo del año 2002, y del propio de fecha 26 del presente, puso a disposición de los interesados el documento oficial del trabajo del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.

En sesión de la Comisión, celebrada los días 23, 24, 25 de abril, se aprobó por unanimidad de sus integrantes el Anteproyecto de Decreto que contiene el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.

El pleno de la Asamblea Legislativa, en sesión celebrada el 30 de abril del 2002, aprobó por unanimidad el proyecto de decreto que contiene el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, en dicha fecha se remitió al C. Jefe de Gobierno del Distrito Federal para su correspondiente publicación.

El 18 dieciocho de junio del 2002, el C. Jefe de Gobierno del Distrito

Federal, envió a la comisión de Gobierno de la Asamblea Legislativa el documento que contiene las observaciones formuladas al Decreto que contiene el referido ordenamiento, la Comisión de Administración y Procuración de Justicia, en sesión celebrada el 27 de junio, analizó y aprobó por unanimidad las observaciones conducentes.

El pleno de la Asamblea Legislativa en sesión de fecha de julio del año en curso, aprobó por unanimidad el Proyecto de Decreto con las observaciones siguientes:

La inclusión en los artículos que integran el Libro Primero de los rubros que identifican la materia que en cada dispositivo se contiene, los que sin duda habrán de contribuir a una adecuada identificación de ésta, sin que represente que la actividad interpretativa se vea limitada o concluida.

Estructura : Dos libros, con 32 Títulos, que contienen uno o varios Capítulos que sumándolos dan un resultado de 147 Capítulos y 365 artículos.

Transitorio, cuenta con cinco disposiciones que de forma puntual establecen, el tiempo en que entrará en vigor a partir de su publicación en la Gaceta oficial del Distrito Federal y en el Diario Oficial de la Federación, el que será de 120 ciento veinte días.

Siendo publicado el 16 dieciséis de julio del 2002 dos mil dos, en la Gaceta oficial del Distrito Federal y en el Diario Oficial de la Federación, entrando en vigor el 12 doce de noviembre del 2002 dos mil dos.

La figura jurídica de la tentativa punible en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, se prevé en el Libro Primero Disposiciones Generales, Título Segundo El Delito, Capítulo II Tentativa, en el artículo 20, mismo que a la letra dice:

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 por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo no se llega a la consumación, pero se pone en peligro el bien jurídico tutelado.

En el artículo 21 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, quedó establecido el desistimiento y el arrepentimiento de la siguiente manera:

Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se le impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a éste se refiere, a no ser que los actos ejecutados constituyan por sí mismos algún delito diferente, en cuyo caso se le impondrá la pena o medida señalada para éste.

En tanto que su punibilidad se prevé en el Libro Primero Disposiciones Generales, Título Cuarto, Aplicación de Penas y Medidas de Seguridad, Capítulo III Punibilidad de la Tentativa, en el artículo 78 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, mismo que a la letra dice:

La punibilidad aplicable a la tentativa, será de entre una tercera parte de la mínima y dos terceras partes de la máxima, previstas para el correspondiente delito doloso consumado que el agente quiso realizar.

En la aplicación de las penas o medidas de seguridad a que se refiere este artículo, el juzgador tendrá en cuenta, además de lo previsto en el artículo 72 de este Código, el mayor o menor grado de aproximación a la consumación del delito y

la magnitud del peligro en que se puso al bien jurídico protegido.

Toda vez que el análisis jurídico de la Tentativa Punible en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, resulta ser la base del presente trabajo de investigación, será en los capítulos precedentes en donde se irá realizando dicho análisis.

CAPITULO II

CONCEPTOS Y NATURALEZA JURÍDICA DE LA TENTATIVA

El presente capítulo tiene como objetivos, proporcionar los conceptos tanto doctrinales, como legislativos y la interpretación del artículo 20 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal; asimismo realizaremos un análisis del *iter criminis* o vida del delito y sus fases, tanto la interna o subjetiva como la externa u objetiva y posteriormente trataremos de establecer la naturaleza jurídica y esencia de la tentativa, así también analizaremos los elementos de la tentativa punible y concluiremos con el estudio de la autonomía de la tentativa. Lo que a continuación procedemos a efectuar.

II. 1. Conceptualización Doctrinal de la Tentativa

Francesco Carrara, definió a la tentativa: “como *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 equivalentemente al que se quería violar...* También puede definirse como un hecho humano antijurídico y perturbador de la tranquilidad de los ciudadanos, que por su naturaleza se hallaba en capacidad de producir la lesión de un derecho ulterior más importante que el que fue violando por el mismo hecho, y que estaba dirigido por el agente, con intención determinada y perseverante, a la lesión del derecho que no resultó violado, sino solamente puesto en peligro.”⁷¹

Reinhart Maurach por su parte nos dice: “Tentativa es la manifestación de la resolución a cometer un hecho punible doloso por acciones que, si bien

⁷¹ CARRARA, Francesco, Programa de Derecho Criminal, ed. s/n, Ed. Temis S.A., Bogotá-Colombia 1988, p. 246.

representan un comienzo de la ejecución, no llegan a realizar el tipo perseguido. La tentativa se encuentra pues entre preparación y consumación. En contraste a la primera se caracteriza por la circunstancia de que se inicia ya la inmediata irrupción en la imagen rectora del delito. En contraste a la última, es preciso que no concorra plenamente la parte objetiva del tipo, pero que se dé su parte subjetiva. La voluntad de consumación no realizada objetivamente es lo característico de la tentativa. No existirá pues tentativa cuando el autor, a pesar de ejecutar acciones objetivamente adecuadas al resultado, no acoja en su voluntad el evento típico.”⁷²

Hans Welzel establece el concepto de tentativa de la siguiente manera: “La tentativa es la realización de la decisión de llevar a efecto un crimen o simple delito, mediante acción que constituye un principio de delito. En la tentativa el tipo objetivo no está completo. Por el contrario, el tipo subjetivo debe darse íntegramente, y por cierto del mismo modo como tiene que aparecer en un delito consumado.”⁷³

José A. Sáinz Cantero, nos dice: “La tentativa se produce cuando el sujeto que, con intención de producir el resultado típico, ha iniciado los actos de ejecución, sólo realiza parte de la fase ejecutiva, la cual se interrumpe por una causa ajena a su voluntad. Consecuencia de ello es que el resultado (o la consumación) que el sujeto quería producir cuando inició los actos ejecutivos no se produzca.”⁷⁴

Enrique Pessina, por tentativa entiende: “La realización del propósito criminoso es una modificación que se lleva a la realidad exterior por la actividad humana, y significa que ocurre algo a consecuencia de la determinación volitiva, esto es, que se da un *eventus*, sin el cual la *cogitatio* no llega a ser objetiva o real

⁷² MAURACH, Reinhart, Ob. cit., p. 172.

⁷³ WELZEL, Hans, Derecho Penal Alemán Parte General, ed. 11ª, 2ª Castellana, Ed. Jurídica de Chile 1976, p. 262.

⁷⁴ SAINZ CANTERO, José. Lecciones de Derecho Penal Parte General, ed. 3ª, Ed. Bosch S.A., Barcelona 1990, p. 784.

como *actio*. Cuando la fuerza de la voluntad impulsa a la actividad orgánica en la dirección de un fin determinado que forma el contenido de esa violación, se verifica un hecho que depende de nosotros, y que consiste en dedicarnos a convertir en existencia objetiva el querer subjetivo: aquel esfuerzo nuestro constituye un *conato*.⁷⁵

Luis Jiménez de Asúa, entiende por tentativa: "... que la tentativa es un *delito imperfecto*, y por ello, muy a menudo hablamos con sentido sinónimo de tentativa y de delito imperfecto. Sin embargo la *imperfeción* del delito intentado es más bien una de las condiciones de la tentativa, y por ello su verdadera esencia reside, no sólo en que no se realice el resultado perseguido (límite inferior en cuanto al delito consumado), sino en que se realice el *principio de ejecución* (límite superior en cuanto a los actos preparatorios).⁷⁶

Romagnosi dijo que la tentativa o conato es "la ejecución incompleta de un delito."⁷⁷

Carmignani estableció el concepto de la tentativa como: "Todo aquello que falta a la consumación del delito."⁷⁸

Zachariae por su parte establece que: "Tentativa de delito es la acción u omisión intencional y externa que dirigiéndose a la perpetración de un delito, realiza todo lo que es necesario para consumir éste, según el concepto legal."⁷⁹

Para nosotros la tentativa es aquella manifestación de la voluntad del agente de cometer un delito, que se exterioriza comenzando a ejecutar parte o todos los elementos integrantes de dicho delito, pero sin que llegue a consumarse, es decir, sin que se produzca el resultado, por una causa ajena a su voluntad.

⁷⁵ PESSINA, Enrique, *Elementos de Derecho Penal*, ed. 4ª, Ed. Reus S.A., Madrid 1936, pp. 466-467.

⁷⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, Ob. Cit., p. 393.

⁷⁷ Citado por JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, Ob. Cit., p. 386.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 389.

⁷⁹ *Ídem*.

II. 2. Conceptualización Legislativa de la Tentativa

En este apartado estableceremos el concepto legislativo de la tentativa y la interpretación que de ella da La Suprema Corte de Justicia de la Nación.

En el Código Penal Federal, se establece el concepto de tentativa punible en el párrafo primero del artículo 12:

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

En el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, se establece el concepto de tentativa punible en el artículo 20:

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 por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo no se llega a la consumación, pero se pone en peligro el bien jurídico tutelado.

En el Código Penal para el Estado de Aguascalientes, se establece el concepto de tentativa punible en el párrafo primero del artículo 25:

Existe tentativa punible cuando la resolución de provocar un resultado lesivo se exterioriza realizando los actos que deberían producirlo u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del

inculpado, pero se provoca con ello la puesta en peligro del bien jurídico protegido por la norma.

En el Código Penal para el Estado de Baja California Norte, se establece el concepto de tentativa punible en el párrafo primero del artículo 15:

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.

En el Código Penal para el Estado de Baja California Sur, se establece el concepto de tentativa punible en el artículo 20:

Existe tentativa punible cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza ejecutando u omitiendo, en parte o totalmente, los actos que deberían producir el delito, si esta se interrumpe o el resultado no acaece por causas ajenas a la voluntad del agente, o cuando no se pudiera realizar el delito por inexistencia del bien jurídico u objeto material.

En el Código Penal para el Estado de Campeche, se establece el concepto de tentativa punible en el párrafo primero del artículo 10:

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.

En el Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Chiapas, se

establece el concepto de tentativa punible en el párrafo primero del artículo 10:

La tentativa consiste en la resolución de cometer un delito, exteriorizada en la ejecución de todos o parte de los actos que deberían producir como resultado el mismo u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquel no se produce por causas ajenas a la voluntad del agente.

En el Código Penal para el Estado de Chihuahua, se establece el concepto de tentativa punible en el párrafo primero del artículo 13:

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

En el Código Penal para el Estado de Coahuila, se establece el concepto de tentativa punible en el párrafo primero del artículo 38:

La figura típica en grado de tentativa se integra cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza, por realizar en parte una conducta unívoca e idónea para consumarlo; o por ejecutar totalmente la que debiera producir el resultado; sí aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.

En el Código Penal para el Estado de Colima, se establece el concepto de tentativa punible en el artículo 17:

Existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un

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

En el Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Durango, se establece el concepto de tentativa punible en el párrafo primero del artículo 9:

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.

En el Código Penal para el Estado de Guanajuato, se establece el concepto de tentativa punible en el párrafo primero del artículo 18:

Hay tentativa punible cuando con la finalidad de cometer un delito se realizan actos u omisiones idóneos dirigidos inequívocamente a consumarlo, si el resultado no se produce o se interrumpe la conducta por causas ajenas a la voluntad del activo.

En el Código Penal para el Estado de Guerrero, se establece el concepto de tentativa punible en el párrafo primero del artículo 16:

Existe tentativa punible cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza ejecutando u omitiendo, en parte o totalmente, la conducta que debería producir o evitar el resultado, si aquélla se interrumpe o el resultado no acontece por causas ajenas a la voluntad del agente.

En el Código Penal para el Estado de Hidalgo, se establece el concepto de tentativa punible en el párrafo segundo del artículo 14:

Existe tentativa punible cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza ejecutando u omitiendo en parte o totalmente, los actos que deberían producir o evitar el resultado, si aquellos se interrumpen o el resultado no acontece por causas ajenas a la voluntad del agente.

En el Código Penal para el Estado de Jalisco, se establece el concepto de tentativa punible en el párrafo primero del artículo 10:

La tentativa es punible cuando, usando medios eficaces e idóneos, 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.

En el Código Penal para el Estado de México, se establece el concepto de tentativa punible en el párrafo primero del artículo 10:

Además del delito consumado, es punible la tentativa y ésta lo es cuando la intención se exterioriza ejecutando la actividad que debería producir el delito u omitiendo la que debería evitarlo, si por causas ajenas a la voluntad del agente, no hay consumación pero si pone en peligro el bien jurídico.

En el Código Penal para el Estado de Michoacán, se establece el concepto de tentativa punible en el párrafo primero del artículo 11:

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.

En el Código Penal para el Estado de Morelos, se establece el concepto de tentativa punible en el párrafo primero del artículo 17:

Existe tentativa punible cuando la intención de realizar el hecho constitutivo del cuerpo del delito se exterioriza mediante la ejecución de la actividad que debe producir ese hecho o la omisión de la que debería evitarlo, poniendo en peligro el bien jurídico correspondiente, si el delito no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.

En el Código Penal para el Estado de Nayarit, se establece el concepto de tentativa punible en el artículo 11:

La Tentativa es punible cuando usando medios eficaces e idóneos, se ejecutan hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito; si éste no se consuma por causas ajenas a la voluntad de la gente.

En el Código Penal para el Estado de Nuevo León, se establece el concepto de tentativa punible en el artículo 31:

La tentativa es punible cuando se realizan actos de ejecución idóneos, encaminados directamente a la consumación de un delito, y éste no llega a producirse por causas ajenas a la voluntad de quien representó el hecho.

En el Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Oaxaca, se establece el concepto de tentativa punible en la fracción II del artículo 10:

II.- Existe tentativa, 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 por causas ajenas al agente, no hay consumación pero sí puesta en peligro del bien jurídico.

En el Código de Defensa Social para el Estado Libre y Soberano de Puebla, se establece el concepto de tentativa punible en el artículo 20:

Existe tentativa, cuando usando medios eficaces e idóneos, se ejecutan o exteriorizan total o parcialmente actos encaminados directa o inmediatamente a la realización de un delito, o se omiten los que deberían evitarlo, si no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.

En el Código Penal para el Estado de Querétaro, se establece el concepto de tentativa punible en el párrafo primero del artículo 15:

Existe tentativa punible cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza ejecutando u omitiendo, en parte o totalmente la conducta que debería producir o evitar el resultado, si aquellas se interrumpen o el resultado no acontece por causas ajenas a la voluntad del agente.

En el Código de Defensa Social para el Estado Libre y Soberano de Quintana Roo, se establece el concepto de tentativa punible en el párrafo segundo del artículo 15:

Existe tentativa punible cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza ejecutando u omitiendo, en parte o totalmente, los actos que deberían producir o evitar el resultado, si aquellos se interrumpen o el resultado no acontece por causas ajenas a la voluntad del agente.

En el Código Penal para el Estado de San Luis Potosí, se establece el concepto de tentativa punible en el párrafo primero del artículo 15:

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 de su agente.

En el Código Penal para el Estado de Sinaloa, se establece el concepto de tentativa punible en el párrafo primero del artículo 16:

La tentativa es punible cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza ejecutando u omitiendo los actos que deberían de producir o evitar el resultado, si aquellos se interrumpen o el resultado no acontece por causas ajenas a la voluntad del agente.

En el Código Penal para el Estado de Sonora, se establece el concepto de tentativa punible en el párrafo primero del artículo 10:

Existe tentativa cuando la resolución de cometer un delito se manifiesta en actos u omisiones que deberían producirlo, o en un inicio de ejecución o inejecución de los mismos, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.

En el Código Penal para el Estado de Tabasco, se establece el concepto de tentativa punible en el párrafo primero del artículo 11:

Existe tentativa punible cuando la intención se exterioriza ejecutando la actividad que debía de producir el delito u omitiendo la que debería de evitarlo si, por causas ajenas a la voluntad del agente, no hay consumación pero sí puesta en peligro del bien jurídico.

En el Código Penal para el Estado de Tamaulipas, se establece el concepto de tentativa punible en el artículo 27:

La tentativa es punible cuando se ejecuta una conducta idónea encaminada directa e inmediatamente a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.

En el Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Tlaxcala, se establece el concepto de tentativa punible en el artículo 11:

La tentativa es punible si usando medios eficaces e idóneos, se ejecutan hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito y éste no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.

En el Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Veracruz, se establece el concepto de tentativa punible en el artículo 21:

Existe tentativa, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza en un comienzo de ejecución o inejecución o por todos los actos u omisiones que deberían producir el delito, si

la conducta se interrumpe o el resultado no acaece por causas ajenas a la voluntad del agente.

En el Código Penal para el Estado de Yucatán, se establece el concepto de tentativa punible en el párrafo primero del artículo 17:

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

En el Código Penal para el Estado de Zacatecas, se establece el concepto de tentativa punible en el párrafo primero del artículo 10:

La tentativa es punible cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza ejecutando u omitiendo, en parte o totalmente, los actos que deberían producir o evitar el resultado, si aquellos se interrumpen o éste no acontece por causas ajenas a la voluntad del agente.

Por su parte la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la Sexta Época, interpretó a la tentativa, en la tesis: 349, tomo: II, parte SCJN, página: 193, Apéndice de 1995, misma que a la letra dice:

TENTATIVA INEXISTENTE. La tentativa punible es un grado de ejecución directa e inmediata de un delito que no llega a su total consumación por causas ajenas a la voluntad del inculpado y si los actos de éste que aparecen demostrados en el proceso son equívocos, como los simplemente preparatorios y los de significado ambiguo, no

deben considerarse como constitutivos de tentativa.

Asimismo la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la Quinta Época, interpretó a la tentativa, en la tesis, visible en la página: 1235, del tomo: LVIII, del Semanario Judicial de la Federación, misma que a la letra dice:

TENTATIVA, DELITO EN GRADO DE. El Código Penal vigente en el Distrito Federal, no define la tentativa, sino que señala, en su artículo 12, cuándo es punible, lo cual quiere decir que hay casos en que no lo es. La punibilidad de la tentativa nace "cuando se ejecutan hechos encaminados directa o inmediatamente a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente". La tentativa surge cuando la ejecución del delito se materializa, y ya iniciada la actividad criminal, viene una circunstancia fortuita a frustrar la voluntad del agente; cuando éste desiste espontáneamente de su propósito, se está en presencia de la tentativa no punible, impunidad que se funda en razones de política criminal, en cuanto conviene a los fines de ésta, estimular los desistimientos. El código de 1931, ha condicionado los actos de ejecución, elemento típico de la tentativa, a dos circunstancias una, de causalidad, otra, en razón de tiempo: por la primera se requiere que los actos ejecutivos se encaminen directamente a la realización del delito proyectado o sea, que por su naturaleza se le vinculen íntimamente; dentro de esta técnica, no pueden reputarse como actos de ejecución, aquellos que por su ambigüedad no se pueden determinar en relación precisa con el delito que se va a cometer, o que por su naturaleza constituyen actos preparatorios. La segunda circunstancia demanda una concordancia, una contemporaneidad entre los actos de

ejecución y hechos mismo, en tal forma, que aquellos sean precisamente inmediatos a éste; requisito que descarta, notoriamente, una posible confusión entre actos preparatorios y actos ejecutivos, pues los primeros demandan forzosamente un transcurso de tiempo, que los segundos no requieren. La instigación al delito no es sancionable dentro de nuestro sistema punitivo, en tanto que no se traduzca en la ejecución material del delito, en cualquiera de sus grados. En este último caso, puede surgir la incriminación correspondiente, conforme a las prevenciones del artículo 13 del Código Penal; pero cuando no se lesiona bien jurídico alguno, la instigación, estéril en sus resultados, no es sancionable, y por esta consideración es imposible hablar de autoría intelectual en un delito que no se exterioriza materialmente. Ahora bien, si existen indicios suficientes que permiten suponer que el acusado fungió de intermediario entre una persona y las comisionadas para ejecutar materialmente un homicidio, estos actos de mediación e inducción al delito, no son, jurídicamente hablando, los que, por su índole personal, no pueden delegarse en tercero; cuando, esto ocurre, el autor intelectual no ejecuta hechos materiales, induce a otros a cometerlos, asumiendo la responsabilidad inherente a los hechos resultantes de su instigación al delito.

Así también la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la Quinta Época, interpretó a la tentativa, en la tesis, visible en la página: 614, del tomo: LXXXV, del Semanario Judicial de la Federación, misma que a la letra dice:

TENTATIVA, DELITOS EN GRADO DE. Aun cuando se

admitiera que un caso reviste los aspectos del delito imposible, porque los medios empleados para su realización resultaran no idóneos, no podría por esa sola circunstancia establecerse la inexistencia de la tentativa, cuya punibilidad dispone el artículo 12 del Código Penal del Distrito. En efecto, dentro del concepto del citado artículo, se comprenden todos los grados del delito inconsumado por causas ajenas a la voluntad del agente, que en el Código Penal de 1871 se designaban como conato, delito intentado y delito frustrado correspondiendo la definición del intentado, al delito imposible, es decir, aquel que en la consumación "fue irrealizable porque fue imposible o porque fueron evidentemente inadecuados los medios que se emplearon". El propio precepto no define la tentativa; pero señala en que, casos es punible: "cuando se ejecutan hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente". La tentativa surge cuando la ejecución del delito se materializa, y ya iniciada la actividad criminal, viene una circunstancia fortuita a frustrar la voluntad del agente. Es decir, para que exista la tentativa punible, basta que quede evidenciado con hechos materiales, el propósito de delinquir, independientemente de que los hechos sean, o no, idóneos para lograr el fin deseado, y sólo cuando el agente desiste voluntariamente de ese propósito, no se considerará punible la tentativa.

Por otra parte la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la Séptima Época, interpretó a la tentativa, en la tesis, visible en la página: 154, del tomo: 169-174 Segunda Parte, del Semanario Judicial de la Federación, misma que a la letra dice:

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

Como podemos observar, tanto en el Código Penal Federal, así como en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal y en los diversos Códigos Penales de los Estados, se establece lo que se debe entender legislativamente por tentativa punible, por su parte la Suprema Corte de Justicia de la Nación, tampoco ofrecen un concepto de lo que se debe entender por tentativa, sino que únicamente nos

proporcionan una interpretación jurídica de los conceptos legislativos, en donde como ya lo hemos dicho se establece la figura de la tentativa.

II. 2. 1. El artículo 20 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal

En este apartado realizaremos una breve análisis del artículo 20 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, toda vez que es precisamente en dicho artículo en donde se proporciona el concepto legislativo de lo que se debe entender por tentativa punible, luego entonces, transcribiremos lo que ahí se establece.

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 por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo no se llega a la consumación, pero se pone en peligro el bien jurídico tutelado.

El primer elemento integrante de dicho concepto lo constituye la resolución de cometer un delito, como sabemos la resolución forma parte de la fase interna o subjetiva del iter criminis, a la cual le anteceden primeramente la ideación de cometer un delito, posteriormente le sucede a dicha etapa la deliberación de cometer o no cometer el delito y finalmente la resolución de cometerlo, lo que evidentemente nos conlleva a establecer que el agente del delito conocía y quería la realización del mismo, es decir, que su actuar es doloso.

El segundo elemento integrante de dicho concepto de tentativa lo constituye la exteriorización de dicha voluntad, realizando en todo o en parte los actos ejecutivos que debieran producir el resultado. La exteriorización de la voluntad de cometer un delito, es la primera parte de la fase externa u objetiva del iter criminis, obviamente este estadio de la fase externa u objetiva del iter criminis como los

actos preparatorios debido a su falta de univocidad o de claridad para poder acreditar con ellos la intención del agente de cometer un delito determinado es lo que influyó en el legislador para dejarlos impunes, por ello mismo es que el legislador establece que dicha exteriorización del activo de cometer un delito determinado se debe verificar en el mundo fáctico a través de los actos ejecutivos, los cuales se traducen en el comienzo de la ejecución del delito determinado que previamente dicho agente había resuelto cometer, es decir adecuar su conducta a la hipótesis prevista en el tipo penal que el agente tiene la intención cometer, misma conducta que se puede verificar realizando en todo o en parte los actos ejecutivos que debieran producir el resultado, de donde se puede apreciar que con ello se hace alusión a las llamadas tentativa acabada o inacabada, con el fin de dar mayores bases al juzgador para que esté en condiciones de establecer el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo del delito.

La omisión que debería evitar el delito, es la otra hipótesis que establece el legislador en este concepto de tentativa, por lo que hace al elemento integrante del delito, es decir, a la conducta, que como sabemos puede ser tanto de acción como de omisión, siendo el caso que en esta última el legislador establece una norma imperativa, o sea, impone al garante el deber de realizar una determinada conducta con el fin de evitar la producción de un delito, por lo que desde luego, si el garante omite realizar en todo o en parte los elementos integrantes del delito que pretendía se consumará y por una causa ajena a él no se verifica el resultado, su conducta será punible.

El tercer elemento integrante del concepto de tentativa en cuestión, lo constituye la no consumación del delito por causas ajenas a la voluntad del agente; al incluir esta frase el legislador, deja abierta la posibilidad a cualquier causa eficaz que evite la consumación del delito siempre y cuando sea ajena a la voluntad del sujeto activo, toda vez que si la no consumación del delito provienen de la libre y espontánea voluntad del activo ya se por su desistimiento o por su arrepentimiento eficaz, dicha conducta quedará impune por cuanto hace a la

tentativa del delito que se pretendía consumar, sin perjuicio de aplicar la que corresponda a actos ejecutados u omitidos que constituyan por sí mismos delitos.

El cuarto y último elemento de la tentativa punible, que se prevé en el artículo 20 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, consiste en que se ponga en peligro el bien jurídico tutelado por la Ley Penal, mismo que depende del delito que el sujeto activo previamente había resultado cometer, como por ejemplo: en el homicidio, el bien jurídico tutelado por la ley penal es la vida de las personas; en el robo, el patrimonio de las personas, etc. Cuando el delito se consuma, se lesiona el bien jurídico tutelado por la ley penal, cuando el delito queda en grado de tentativa, únicamente se pone en peligro el bien jurídico tutelado por la ley penal, ya que el resultado no se consumó por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo, a pesar de haber llevado a cabo en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir la consumación del delito que previamente había resultado cometer.

II. 3. El “*Iter Criminis*” o la vida del Delito y sus fases

Giuseppe Maggiore escribe: “Débese a los prácticos italianos la elaboración de la doctrina de la tentativa...”

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

Todos los delitos, menos los llamados instantáneos, que *perficiuntur único actu* (como la injuria, el falso testimonio, etc.), tienen un desenvolvimiento propio, ya que la acción en la cual consisten, se descompone en una cantidad de actos que constituyen otras tantas etapas del proceso criminoso.

Solo en estos delitos que tienen un *iter*, un camino se puede hablar de tentativa...

Todo delito tiene una historia que se desarrolla a través de dos fases, una interna y subjetiva, externa y objetiva la otra. El delito nace como una idea. Es esta primera fase solo puede interesar a la conciencia moral y religiosa, como tentativa o pecado de pensamiento...De simple idea, el delito se convierte en voluntad y deliberación...

Una vez que el pensamiento criminoso sale del momento interno y se proyecta en el mundo exterior, entramos en el proceso ejecutivo del delito.

Lógicamente hablando, todo lo que siga al pensamiento criminoso es ejecución. Pero la doctrina y la ley han subdividido este proceso ejecutivo en varios períodos o momentos, que van desde el principio hasta el agotamiento del delito.⁸⁰

Luis Jiménez De Asúa, con respecto al *iter criminis* escribe: "El delito tiene un desarrollo dinámico, desde que la idea surge en la mente de un hombre, hasta que, deliberada y resuelta, se prepara y consuma. A este proceso le llamaron los prácticos *iter criminis*...

El *iter criminis* supone la investigación de las fases por las que pasa el delito, desde la ideación al agotamiento. Todo lo que ocurre desde que la idea nace en la mente del criminal hasta el agotamiento del delito, esto es, todo lo que pasa desde que la idea entra en él hasta que consigue el logro de sus afanes. Y tiene dos fases fundamentales: interna y externa.

La fase interna sólo existe mientras el delito, encerrado en la mente del

⁸⁰ MAGGIORE, Giuseppe, Derecho Penal, vol. I, ed. 2ª, Ed. Temis S.A., Santa Fe de Bogotá -Colombia 2000, pp. 68-70.

autor, no se manifestó exteriormente.

La externa ya se manifiesta. Sale a la luz por actos, incluso de preparación.

En puridad no existen más que estas dos fases; pero, estudiándolas concienzudamente, interfiere entre ellas otra intermedia: la resolución manifestada. En la cual no existe todavía la fase externa, por que no se trata de actos materiales; más que de acción, son expresivos de resolución (proposición, conspiración, etc.).⁸¹

José María Rodríguez Devesa, escribe: "Desde que se concibe la idea de cometer el delito hasta que el autor consigue lo que se ha propuesto, atraviesa el acto una serie de fase que se conocen con el nombre de *iter criminis*. Surgida la idea criminal, previa una deliberación en que se ponderan los pros y los contras, o sin ella, se adopta la resolución de cometer el hecho punible y se pone en práctica hasta llegar a la consumación, tras la cual puede haber una fase ulterior de utilización del delito cometido para lograr lo que el autor se proponía. La conducta del sujeto provoca la intervención del Derecho penal a partir de ciertas formas de resolución criminal manifestada o exteriorizada de modo determinado; y concluye con la *consumación*, sin que sea preciso que el sujeto llegue al *delito agotado*, a la consecución de sus ulteriores propósitos, caso de que los hubiera"⁸²

José A. Sáinz Cantero, en cuanto al *iter criminis* escribe: "Desde que la idea de cometer un delito surge en la mente del hombre hasta que se lleva a efecto, pasa por una serie de etapas que conocemos como "iter criminis". Es, con otras palabras, la vida del delito.

En ella pueden distinguirse dos fases: la interna, integrada por la idea criminal, la deliberación sobre esta idea y la resolución; y la externa, que

⁸¹ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, Ob. Cit., pp. 223-225.

⁸² RODRÍGUEZ DEVESA, José M. Derecho Penal Español Parte General, ed. 8ª, s/Ed. Madrid 1981, p. 726.

comprende los actos preparatorios, los actos de ejecución, la consumación y el agotamiento del delito.”⁸³

Eugenio Raúl Zaffaroni, en cuanto al *iter criminis* establece: “... Tengamos en cuenta que el delito se inicia cronológicamente como una idea en la mente del autor, que a través de un proceso que abarca la concepción (idea criminal), la decisión, la preparación, la ejecución, la consumación y el agotamiento, llega a afectar el bien jurídico tutelado en la forma descrita por el tipo. Este proceso o camino, que va desde la concepción hasta el agotamiento del delito, se llama **iter criminis**. No todo el **iter criminis** puede ser penado, porque de ser así, la seguridad jurídica se desbarataría puesto que estaríamos penando la idea, el pensamiento mismo, es decir, etapas que son puramente internas del autor, lo que violaría el elemental principio jurídico de que el pensamiento no puede soportar ninguna pena (*cogitationis poenam nemo patitur*).”⁸⁴

Por su parte Raúl Carrancá y Trujillo y Raúl Carrancá y Rivas, escriben: “En el *iter criminalis*, o sea, según los prácticos italianos del siglo XIII en adelante, el camino que recorre el delincuente para dar vida al delito, pueden advertirse dos fases: la interna o psíquica y la externa o física. En la vida del delito concurren una actividad mental y una muscular, a la primera pertenece la idea criminal (motivo, deliberación y resolución); a la segunda, la manifestación de la idea (proposición, conspiración, inducción), la preparación, los actos ejecutivos (tentativa) y los de consumación.”⁸⁵

Fernando Castellanos Tena, nos da la explicación de la frase *iter criminis* y explica: “El delito se desplaza a lo largo del tiempo, desde que apunta como idea o tentación en la mente, hasta su terminación; recorre un sendero o ruta desde su iniciación hasta su total agotamiento. A este proceso se le llama *iter criminis*, es

⁸³ SAINZ CANTERO, José. Ob. Cit., p. 771.

⁸⁴ ZAFFARONI, Eugenio R., Manual de Derecho Penal Parte General, Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor, México 1991, p. 639.

⁸⁵ CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl, et al, Ob. Cit., p. 661.

decir, camino del crimen.

El delito nace como idea en la mente del hombre, pero aparece externamente después de un proceso interior, más o menos prolongado. A la trayectoria desplazada por el delito desde su iniciación hasta que está a punto de exteriorizarse se le llama fase interna. Con la manifestación principia la fase externa, la cual termina con la consumación.⁸⁶

Reinhart Maurach, escribe sobre la teoría de los grados, en el siguiente sentido: "Por teoría de los grados o etapas de realización del delito se entiende aquella concepción del hecho punible que investiga su curso final, su progresión conforme a la medida de realización volitiva del autor, y enjuiciar la conducta del sujeto atendiendo a la etapa alcanzada. Puede aquí, sin pretender sentar firmes conceptos juridicopenales, descomponerse la realización, comienzo, ejecución, consumación, agotamiento."⁸⁷

Como podemos observar de las definiciones vertidas anteriormente, los autores coinciden en establecer que el *iter criminis* o vida del delito, son los grados a través de los cuales la conducta del agente va trascendiendo hasta llegar a su fin. El *iter criminis*, se compone de dos fases; una subjetiva o interna en la que se encuentran: la ideación, la deliberación y finalmente la resolución de cometer un delito; y otra objetiva o externa, que se compone de: la exteriorización, los actos preparatorios, los actos ejecutivos y la consumación, algunos autores opinan que también forma parte de dicha fase el agotamiento, lo anterior de acuerdo con la teoría del delito.

A continuación procedemos a realizar un estudio de las fases tanto subjetiva, como objetiva y las diversas subfases que las integran.

⁸⁶ CASTELLANOS TENA, Fernando, Ob. cit., p. 283.

⁸⁷ MAURACH, Reinhart, Ob. cit., p. 165.

II. 3. 1. La fase interna o subjetiva

La fase interna o subjetiva de acuerdo con el *iter criminis*, comienza con la ideación por parte del agente de cometer un delito, misma que se representa en su mente, posteriormente aparece la deliberación, en donde el agente precisamente delibera entre cometer o no cometer el delito, si resuelve no cometerlo, hasta ese grado llegó su voluntad de cometer el delito; pero si por el contrario después de su deliberación resuelve cometer el delito, aparece así la última subfase de la parte interna o subjetiva del *iter criminis*, que es la resolución de cometer un delito.

En el mismo sentido explica la fase interna del *iter criminis*, Fernando Castellanos Tena, al escribir: "... La fase interna abarca tres etapas o períodos: idea criminosa o ideación, deliberación y resolución.

Idea criminosa o ideación. En la mente humana aparece la tentación de delinquir, que puede ser acogida o desairada por el sujeto. Si el agente le da albergue, permanece como idea fija en su mente y de ahí puede surgir la deliberación.

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

Resolución. A esta etapa corresponde la intención y voluntad de delinquir. El sujeto, después de pensar lo que va a hacer, decide llevar a la práctica su deseo de cometer el delito; pero su voluntad, aunque firme, no ha salido al exterior, sólo existe como propósito en la mente."⁸⁸

⁸⁸ CASTELLANOS TENA, Fernando, Ob. cit., p. 284.

Por su parte Francisco Pavón Vasconcelos, en cuanto a la fase interna o subjetiva del *iter criminis*, escribe: "El primer fenómeno (*ideación*) se produce al surgir en la mente del sujeto la idea de cometer un delito.

Esta primera fase se encuentra precedida de varios momentos siempre necesarios. Como ya lo observó Enrique Ferri, si el curso de los sentimientos y de la ideas se agota pasivamente o se neutraliza con los sentimientos o ideas opuestas 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 determinando una idea delictuosa.

Puede suceder que la idea criminal, rechazada en principio, surja nuevamente iniciándose la llamada *deliberación*. Por ésta se entiende el *proceso psíquico de lucha entre la idea criminosa y aquellos factores de carácter moral o utilitario que pugna contra ella*. La deliberación supone por tanto, *facultad de determinar la voluntad libremente*, pues el antagonismo surgido entre la idea criminal y los factores señalados, que pugna contra ella, hacen preciso en el sujeto la plena capacidad de discernimiento y autodeterminación.

Entre el momento en que surge la idea criminal y su realización puede transcurrir un corto tiempo o un intervalo mayor, según sea el ímpetu inicial de ella y la calidad de la lucha desarrollada en la psique del sujeto, pero si en éste persiste la concepción criminosa, después de haberse agotado el conflicto psíquico de la deliberación, se ha tomado ya la *resolución* de delinquir.⁸⁹

Como hemos podido observar, la fase subjetiva se presenta en la mente del agente de forma ascendente, es decir, necesariamente siguiendo este orden;

⁸⁹ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, Ob. Cit., pp. 2-3.

ideación, deliberación y resolución de cometer un delito, pues no se puede resolver el cometer un delito sin antes haberlo ideado y deliberado. Por otra parte una vez completa la fase interna del *iter criminis*, estamos en condiciones de establecer que la conducta que el agente del delito ha resuelto cometer es de naturaleza dolosa, entendiéndose el dolo como el conocimiento y la voluntad que tiene el agente de realizar el delito, pues como ya lo dijimos éste, primera mente ha ideado llevar a cabo una conducta que se encuentra tipificada como delito, posteriormente ha deliberado entre cometerlo o no cometerlo y si finalmente resuelve cometer el delito, es decir, sabe que el realizar dicha conducta va en contra de la ley y aun así ha decidido llevarla a cabo.

II. 3. 2. La fase externa u objetiva

La fase externa u objetiva, escribe Castellanos Tena: "Comprende desde el instante en que el delito se hace manifiesto y termina con la consumación. La fase externa abarca: manifestación, preparación y ejecución."⁹⁰

Por su parte Manuel Cobo del Rosal y Tomás S. Vives Antón, en conjunto en cuanto a la fase externa u objetiva del *iter criminis* escriben: "La *fase externa* o de resolución manifestada comienza a partir de la exteriorización de la voluntad, desde la que el proceso de realización del delito puede proseguir, a través de la *preparación* y la *ejecución*, hasta la *consumación*."⁹¹

Nosotros comulgamos con los doctrinarios antes citados en el sentido de que la fase externa u objetiva del *iter criminis*, comienza con la exteriorización de la voluntad de cometer un delito por parte del agente, voluntad que ha quedado plenamente resuelta en la mente de éste al colmarse la fase subjetiva o interna de la vida del delito, y que se exterioriza ahora en el mundo fáctico, sin que dicha exteriorización de la voluntad sea punible por si sola, salvo raras excepciones que

⁹⁰ CASTELLANOS TENA, Fernando, Ob. cit., p. 285.

⁹¹ COBO DEL ROSAL, Manuel, et al, Derecho Penal Parte General, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1999, p. 712.

se presentan en los delitos de mera expresión, en donde el tipo penal se agota con la simple manifestación de las ideas, sin embargo, en este subcapítulo no ahondaremos en este tema, pues el mismo será materia de análisis posteriormente dentro de este sencillo trabajo de investigación; retomando el tema que nos ocupa ahora, diremos que sucesivamente a la exteriorización de la voluntad aparecen los actos preparatorios, en donde el agente comienza a allegarse de los medios necesarios para llevar a cabo su voluntad delictiva, sin que con ellos comience a ejecutar el delito mismo que se ha propuesto, pues los actos preparatorios por si mismos carecen de univocidad para poder establecer con ellos la intención del sujeto activo de cometer un delito; la tercera subfase de la parte externa u objetiva, la conforman los actos ejecutivos o tentativa, que aparecen, cuando el sujeto activo, comienza precisamente a ejecutar el delito, adecuando su conducta a lo descrito en el tipo penal; y si no se presenta una causa externa que impida que el activo adecue su conducta a la de la figura delictiva deseada, o que por su propia y espontánea voluntad éste desista de cometer el delito, en el caso de la tentativa inacabada o que se arrepienta y evite eficazmente que se produzca el resultado delictivo en el caso de la tentativa acabada, aparecerá la consumación del delito, en donde con su conducta el agente ha agotado o llevado a cabo todos los actos ejecutivos integrantes del tipo penal que previamente resolvió cometer y debido a ello se ha producido el resultado ilícito. Algunos autores se inclinan por incluir el agotamiento como la última subfase de la parte objetiva o externa del *iter criminis*, el cual se presenta cuando además de haberse producido el resultado delictivo, sancionado por la ley, el agente del delito logra el fin que se ha propuesto, por ejemplo: el enriquecimiento obtenido sin el justo trabajo, en el robo; el cobro de una herencia después de haber cometido el homicidio del *decius*, etc. Que en algunos tipos penales aparece inmerso dentro de los mismos elementos del delito y que en la doctrina se conoce como el elemento subjetivo distinto al dolo, es decir, el *animus*, con el cual actúa el agente del delito. Sin embargo, nosotros lo trataremos dentro del subcapítulo de la consumación.

La Manifestación

La manifestación de la voluntad de cometer un delito determinado, es la primera subfase de la parte externa u objetiva del *iter criminis*, a través de la cual el sujeto activo exterioriza su voluntad delictiva en el mundo fáctico, misma que por sí sola resulta impune, pues con ella el activo no ha comenzado a ejecutar al delito que ha resuelto cometer, es decir, su conducta ya sea positiva (acción) o negativa (omisión), aun no se ha adecuado a los elementos integrantes del tipo delictivo que se propone cometer, salvo en aquellos casos en los que el tipo penal, es de los llamados de mera expresión en los que con la simple exteriorización de la voluntad delictiva, que puede ser de manera oral o escrita, el agente agota los elementos integrantes del tipo, en los que se lesiona el bien jurídico tutelado por la norma penal, sin que se necesite que se produzca un resultado material para que el tipo penal se consume.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 6º establece:

La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, los derechos de terceros, provoquen algún delito, o perturben el orden público; el derecho a la información será garantizado por el Estado.

Como podemos observar la garantía de libre expresión de las ideas consagrada en este artículo 6º Constitucional, establece que la expresión de las ideas no puede ser reprimida salvo que entre otras cosas ahí precisadas, constituya un delito o lo provoque.

II. 3. 3. Actos Preparatorios

Los actos preparatorios es la segunda subfase de la parte externa u

objetiva, la cual se presenta sucesivamente a la exteriorización de la voluntad criminosa del agente, con ellos el activo comienza a preparar el delito, sin que con éstos comience a ejecutar el delito mismo que se a propuesto, pues los actos preparatorios por si mismos resultan equívocos y carentes de univocidad para poder establecer con los mismos cual es la intención del sujeto activo de cometer un delito; es por eso que en nuestra legislación los actos preparatorios por sí mismos no son punibles en relación con la tentativa, sin embargo, si la conducta desplegada por el activo por sí misma constituye un delito distinto del que se pretendía llevar acabo, se le sancionará por dicho delito y no por la tentativa del delito que había resuelto cometer.

Por su parte Francisco Pavón Vasconcelos escribe: "Los actos *preparatorios* tienden a *preparar* el delito y sólo subjetivamente, contemplados desde el punto de vista del autor, es posible darles tal significación; exteriormente y de común nada revelan sobre la intención delictuosa del autor. La compra del revólver y la adquisición del veneno son actos de preparación dentro de la *intención* del autor; objetivamente nada descubren, por su naturaleza *equivoca*, sobre el propósito delictuoso, supuesto que la compra del arma o la adquisición del veneno pueden tener tanto un fin avieso como lícito."⁹²

Por su parte Manuel Cobo del Rosal y Tomás S. Vives Antón, en cuanto a los actos preparatorios escribe: "*Preparar el delito es llevar a cabo una actividad externa dirigida a facilitar su realización ulterior*. La preparación del delito se diferencia de la simple manifestación de la voluntad criminal en que aquélla se *dirige* a la ejecución, mientras que ésta puede llevarse a cabo sin tal finalidad."⁹³

José A. Sáinz Cantero, en cuanto a los actos preparatorios, escribe: " Los actos preparatorios comienzan cuando el sujeto lleva a cabo una actividad externa, material o inmaterial, encaminada a facilitar la ejecución de la resolución

⁹² PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, Ob. Cit., p. 14.

⁹³ COBO DEL ROSAL, Manuel, et al. Ob. Cit., p. 714.

criminal.

Los actos preparatorios pueden ser internos, que son los que se desarrollan en la mente del sujeto, después de adoptada la resolución de delinquir, externos los que se realizan en el exterior, los cuales pueden ser materiales o inmateriales (verbales, por ejemplo).

En principio los actos preparatorios son impunes. Las razones que se alegan para justificar la impunidad son de diversa índole. De técnica probatoria, en cuanto que en abstracto se trata de actos indiferentes desde el punto de vista del Derecho Penal (la compra de una navaja, por ejemplo), adquiriendo relevancia solo cuando se llevan a cabo para (dirigidos a) la comisión de un delito. Las dificultades de probar esa intención, aconseja su impunidad. De política criminal, porque no conviene que el Derecho Penal intervenga en la actividad meramente preparatoria, ya que la experiencia enseña que, con frecuencia, auténticas acciones preparatorias no desembocan en actos ejecutivos; en atención al principio del bien jurídico pues por regla general, los actos preparatorios no crean un peligro inmediato para el bien jurídicamente protegido.⁹⁴

Carrancá y Trujillo Raúl y Carrancá y Rivas Raúl, en cuanto a los actos preparatorios escriben: "La preparación consiste en la manifestación externa del propósito criminal por medio de actos materiales adecuados. Aquí puede darse la preparación putativa, porque los medios no son realmente aptos para producir la violación que se hubiera resuelto cometer (adquirir sal común por arsénico para ejecutar un envenenamiento ya decidido). La adquisición cuando es de cosa que tiene un destino equívoco (la de la escalera no lo es; pero sí la de la máquina para falsificar moneda), caso que más bien es sancionable por considerarse como un comienzo de ejecución y quedar comprendido en la tentativa.

La *communis opinio* coincide en sostener que los actos preparatorios en

⁹⁴ SAINZ CANTERO, José, Ob. Cit., pp. 774-775.

general son equívocos, no revelan con claridad y precisión la voluntad de delinquir, de donde resultaría más dañoso que eficaz sancionarlos (Rossi); no hay todavía en ellos un principio de violación de la norma penal (Manzini); revelan muy escasa peligrosidad (Hippel)...⁹⁵

Pues bien, como podemos observar los actos preparatorios no son punibles en relación con el delito que se pretende ejecutar, ya que si bien es cierto, como su propio nombre lo indica, los mismos se presentan en el mundo fáctico con el fin de preparar el camino para llevar a cabo el delito que el agente ha resuelto cometer, como por ejemplo el adquirir determinados objetos, el desplazarse a determinados lugares, el investigar determinadas situaciones, etc. No menos cierto es que dichos actos preparatorios en relación con el delito que el agente ha resuelto cometer, no pueden ser punibles debido a que – como lo escribe Luis Jiménez de Asúa – “... para sancionarlos como el primer paso de un concreto delito, sería necesario probar que estos actos van preordenados al delito, a un determinado delito y sólo a él, lo que únicamente es demostrable cuando se ha entrado en la esfera del tipo penal o en la del bien jurídico protegido, con lo cual es obvio que nos hallamos ya en el comienzo de ejecución.”⁹⁶ Además de que por sí mismos resultan equívocos y por ende faltos de univocidad en relación con el delito que el agente ha resuelto cometer, ya que sólo cuando el agente comienza a ejecutar los elementos integrantes de un tipo penal determinado su conducta resulta ser inequívoca en cuanto a dicho tipo penal, pues éste se ha comenzado a ejecutar por parte del sujeto activo; en tanto que los actos preparatorios por sí mismo no revelan la intención del agente, además de que con ellos la conducta del sujeto activo no se ha comenzado a adecuar a los elementos integrantes del tipo penal en cuestión, es decir, no puede decirse que hay tentativa.

II. 3. 4. Actos Ejecutivos

Los actos ejecutivos forman parte de la fase externa u objetiva del *iter*

⁹⁵ CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl, et al, Ob. Cit., p. 663.

⁹⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, Ob. Cit., p. 337.

criminis o vida del delito, estos son de naturaleza punible, ya que los mismos constituyen el comienzo de ejecución del delito que el agente ha resuelto cometer, exteriorizando sus voluntad y preparando los medios necesarios para llegar ahora a comenzar la ejecución del delito, es decir, los elementos integrantes del tipo penal que ha resuelto cometer, los cuales resultan ser unívocos, es decir, que a través de ellos se logra advertir la intención del sujeto activo de ejecutar un delito determinado, pues su conducta se va adecuando a lo descrito por el tipo. Los actos ejecutivos se presentan de dos formas, si el activo a comenzado a realizar en todo o en parte los actos ejecutivos que conforman el tipo penal en cuestión, sin que se produzca el resultado del delito por una causa ajena a la voluntad del activo, nos encontramos en presencia de la tentativa del delito, ya sea acabada o inacabada; si se produce el resultado estaremos en presencia del delito consumado, con todo y su resultado delictivo.

Los actos de ejecución – de acuerdo con José A. Sáinz Cantero – “... son aquellos mediante los cuales el sujeto directamente “conjuga”, o empieza a conjugar, el verbo que constituye el núcleo del tipo.”⁹⁷

Fernando Castellanos Tena, escribe en cuanto a la ejecución: “El momento pleno de ejecución, puede ofrecer dos diversos aspectos: tentativa y consumación. Se llama consumación a la ejecución que reúne todos los elementos genéricos y específicos del tipo legal.”⁹⁸ Nosotros agregaríamos que en la consumación se presenta el resultado delictivo, por que de no ser así nos encontraríamos en presencia de una tentativa acabada.

Para Francisco Pavón Vasconcelos los actos ejecutivos: “... son *generalmente unívocos*, por cuanto por sí mismos resultan capaces de expresar *objetivamente* la intención de su autor de delinquir y entrañan peligro de lesión,...”⁹⁹

⁹⁷ SAINZ CANTERO, José, Ob. Cit., p. 779.

⁹⁸ CASTELLANOS TENA, Fernando, Ob. cit., p. 287.

⁹⁹ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, Ob. Cit., p. 14.

En la doctrina, desde los inicios del *iter criminis*, se han presentado diversas teorías que tratan de explicar en que momento comienzan los actos ejecutivos, en relación con los actos preparatorios, sin embargo, no existe una teoría que sea aceptada unánimemente, sin embargo, debemos decir que para determinar el comienzo de la ejecución, es necesaria la adecuación al delito determinado que se ha resuelto cometer.

A continuación trataremos de explicar las teorías más importantes que la doctrina ha expuesto al respecto de los actos ejecutivos:

Teorías Subjetivas

A).- *Teoría Subjetiva extrema*

"La teoría subjetiva más extrema se conformaba con la simple objetivización de la voluntad. Según ella, debe entenderse que existe una tentativa punible tan pronto como la intención antijurídica se reconoce de cualquier forma en las acciones cometidas por el sujeto. Esta puede surgir ya en la primera actividad llevada a cabo que, con voluntad delictiva, se dirija a la consumación.

Se ha criticado a esta teoría que, castigando la simple manifestación de la voluntad, se castigará, en ocasiones deseos, pensamientos y ansias; lo cierto es que, aun cuando la acción juzgada objetivice una voluntad firme de cometer el delito, esta teoría nos lleva demasiado lejos en el campo de la punición, pues la voluntad lo mismo puede manifestarse en una acción muy lejana a la acción típica como en una muy próxima. Con ella desaparece en realidad la distinción entre actos preparatorios y ejecutivos, pues es evidente que la voluntad de cometer el delito puede manifestarse ya en una acción que comienza a prepararlo."¹⁰⁰

Por otro lado, cabe preguntarse como es que se conocería la intención del

¹⁰⁰ FERRÉ TREPAT, Elena, Ob. Cit., pp. 145-146.

sujeto, cuando la objetivación, se presentar en actos preparatorios que por sí solos nada revelan en cuanto a la intención del agente de cometer un determinado delito. Por ello es que la *cummunis opinio* rechazo esta teoría como sustento para saber cuando se habían comenzado a llevar a cabo el comienzo de la tentativa, pues ampliaban los actos ejecutivos a los actos meramente preparatorios, con lo que se vulneraban los derechos subjetivos del agente, al no proporcionarle seguridad jurídica y sancionar como tentativa actos meramente preparatorios.

B).- Teoría del *Dolus ex re*

“Más precisa que la anterior y doctrinalmente más importante es la teoría del *Dolus ex re*, pues esta no es suficiente para que exista una acción ejecutiva la simple exteriorización de la voluntad, sino que de la actividad realizada debe desprenderse no sólo la voluntad de cometer, sino también qué delito se quería cometer. Existe tentativa cuando de los hechos probados se puede extraer la conclusión que se quería cometer un determinado delito, y si de los hechos probados no se puede extraer esta conclusión, entonces la acción permanece impune...

La teoría del *Dolus ex re* no se ha considerado útil, pues en muchas ocasiones la acción no permite ver cuál es la intención del autor justo hasta el momento de darse la acción típica... Pero, por otra parte, la acción puede manifestar una voluntad inequívoca de cometer un delito determinado en una acción muy anterior a la típica. Esta teoría puede, pues, del mismo modo que la anterior llevarnos a castigar acciones preparatorias muy lejanas a la realización del tipo... También en esta teoría desaparece, por consiguiente, la distinción entre preparación y ejecución...

Además se ha criticado a esta posición el ser contradictoria con una de las bases de la teoría subjetiva, la carencia de relación causal en la tentativa. Según se afirma, se trata de reconocer el resultado, que el autor persigue, a través de la

acción, que el autor ejecuta. No debe acudirse a la voluntad del autor, sino que debe deducirse su voluntad sólo a través de su acción. Es decir, se trata de deducir objetivamente a qué resultado se dirige la acción, y la única forma de saber si una acción se dirige a un resultado es viendo si ésta es causal, con el mismo...

Entiendo que lo realmente importante es poner de manifiesto que el punto de partida de esta teoría es falso, pues se confunde aquí un problema material, como es la distinción entre actos preparatorios y ejecutivos, con un problema de prueba, como es que la voluntad del autor pueda deducirse de los hechos probados, es decir, resulte completamente probada. Es erróneo, como se ha determinado anteriormente pretender hacer coincidir ambos momentos.¹⁰¹

Desde nuestro punto de vista la teoría del *Dolus ex re*, para la cual la conducta desplegada por el agente debe revelar que delito se quería cometer, se encuentra íntimamente ligada con los elementos integrantes del tipo penal que se ha resuelto cometer, es decir, para que de la actividad realizada por el agente se pueda desprender no solo la voluntad de cometer un delito, sino también que delito se quería cometer, el agente debe de estar ya ejecutando los elementos integrantes del tipo en cuestión, para que de dicha conducta se pueda desprender su intención de cometer un delito determinado, de otra forma estaríamos hablando de actos meramente preparatorios, que por sí mismo nada revelan en cuanto a que delito se tenía la intención de cometer.

C).- Teoría basada en la firmeza de la resolución

“Según la teoría que se expone a continuación, no basta, para que exista una acción ejecutiva, con la manifestación de una resolución delictiva o de una voluntad encaminada a un delito determinado, sino que es necesaria la presencia de una resolución firme, invariable o irrevocable. Serán pues acciones ejecutivas

¹⁰¹ Ibidem, pp. 146-148.

aquellas que reflejen la voluntad firme del autor de cometer el delito...

Para poder juzgar si la acción manifiesta una voluntad firme o no, se vio en la necesidad de acudir al plan del autor, pues solo éste nos muestra exactamente la relación existente entre la acción juzgada y la acción típica y la proximidad o lejanía de la primera con la segunda. Sin embargo, el plan del autor, por sí solo, no sirve de criterio para determinar si en la acción juzgada se ha manifestado o no una voluntad firme e irrevocable de cometer el delito...

Por todo lo expuesto anteriormente, puede afirmarse que las teorías que establecen el criterio de distinción en la firmeza de la voluntad del autor no aportan un criterio válido para distinguir las acciones preparatorias de las ejecutivas. Al igual que sucedía con las teorías anteriores, puede ampliarse excesivamente el ámbito de los actos ejecutivos a costa de los preparatorios. Pero es que también pueden considerarse aún preparatorios actos típicos. En realidad, desaparece la distinción entre actos preparatorios y ejecutivos, que no pueden depender del grado de fortaleza que manifiesta la voluntad del sujeto.¹⁰²

No debemos olvidar que el derecho penal, es un derecho de acto y no de autor, es decir, se sanciona la conducta típica desplegada por el sujeto activo y no la peligrosidad del sujeto activo, por lo que esta teoría resulta incongruente con lo anterior. Además de que se supone que el sujeto activo en la parte subjetiva o interna del *iter criminis*, primeramente ha ideado, posteriormente deliberado cometer un delito, finalmente resuelve cometer un determinado delito; tanto la exteriorización como los actos preparatorios con esta teoría serían considerados como ejecutivos, pues la exteriorización y los actos preparatorios resultan ser cometidos con una decisión firme de que se produzca el resultado delictivo. Por otra parte, aun cuando el agente ya este comenzando a ejecutar el delito que previamente ha resuelto cometer, puede suceder que se produzca en su mente la libre y espontánea voluntad de desistirse de cometer éste (tentativa in acabada) y

¹⁰² Ibidem, pp. 148-149, 153.

aun cuando ya haya ejecutado todos los elementos integrantes del tipo penal que previamente había resuelto cometer, antes de que se produzca el resultado delictivo, puede arrepentirse (tentativa acabada).

Teorías Objetivas

A).- *Teoría Objetivo-formal*

"Esta teoría pretende evitar la extensión del ámbito de los actos ejecutivos a que habían llevado las posiciones subjetivas, basándose en el tipo del delito. Según ella, las acciones ejecutivas se identifican con las acciones típicas y, por ello, se entiende que el comienzo de la tentativa tiene lugar con el comienzo de la acción descrita en el tipo. Para saber que acciones son ejecutivas debe acudir a los tipos de la Parte Especial. La acción ejecutiva se determina de modo preciso por el verbo activo que la Ley emplea en el tipo del delito y que incluye el resultado. Por ejemplo, matar, tomar, etc. Las acciones que no son subsumibles en la conducta descrita por la Ley son preparatorias, por tanto impunes...

La tentativa da comienzo cuando comienza la acción típica. Con ello el problema se ha trasladado de lugar, y de lo que se trata ahora es de resolver cuándo empiezan las acciones típicas, lo cual continúa siendo impreciso...

Por otra parte, en los delitos que no están compuestos por varias acciones típicas, en cuyo caso la teoría resulta inadecuada, este criterio es simplemente impracticable. La acción descrita en el tipo no admite en muchos casos una realización parcial, por ello, la tentativa sería en estos casos imposible."¹⁰³

Esta teoría objetivo formal, establece que las acciones ejecutivas se presentan cuando el agente comienza a llevar a cabo las conductas descritas en el tipo penal, es decir, acciones ejecutivas, serán igual a la conducta descrita en el

¹⁰³ Ibidem, pp. 156, 158.

tipo que se ha resuelto cometer, toda aquellas conductas que no se encuentren descritas en el tipo penal que se ha resuelto cometer, serán para esta teoría actos preparatorios. Se le cuestiona a esta teoría, que sucedería cuando se trate de tipos penales no compuestos por varias acciones descritas en el tipo, en los que esta teoría – opina Elena Farré Trepas – resulta inaplicable. Sin embargo, no debemos de olvidar que los tipos penales son creados con el fin de salvaguardar la convivencia armónica de una sociedad, por lo tanto, su creación se debe a las necesidades de seguridad jurídica de cada sociedad, debido a ello los tipos penales se crean por necesidad, sin que el legislador en muchas ocasiones tome en cuenta la teoría del delito y mucho menos el *iter criminis*, por lo tanto, la praxis es distinta a la teoría y por ello resulta verdaderamente muy difícil que las teorías se apliquen cien por ciento a la practica y menos aun a cada tipo penal.

B).- Teoría Objetivo-material

“Deben incluirse aquí aquellas teorías que partiendo de posición objetiva no encuentran en la redacción legal el criterio de distinción entre actos preparatorios y ejecutivos. Debe distinguirse:

a).- Teoría basada en la causalidad

Los representantes de estas teorías llegaban prácticamente a los mismos resultados que los de la teoría-formal anteriormente expuesta, aceptando la asimilación entre actos ejecutivos y típicos, aunque no por razones formales sino por razones materiales.

b).- Teoría que distingue entre causa y condición

Un primer grupo lo formaron aquellos autores que pretendía distinguir entre causa y condición. Acciones ejecutivas eran para ellos solamente aquellas que eran causa del resultado, preparatorias las que constituyen una condición del

mismo...

Como se observa, estas teorías trasladaron el problema de la distinción entre acción ejecutiva y preparatoria, a la distinción entre causa y condición. Sin embargo, la posibilidad de efectuar esta distinción ha sido negada en numerosas ocasiones por la doctrina, que ha considerado que todas las condiciones de un resultado poseen el mismo valor causal, y existe únicamente la posibilidad de distinguir entre condición del resultado y no condición, pero no entre diversos tipos de condiciones respecto a su relación con el resultado...

Pero no sólo su fundamentación, sino tampoco sus resultados son satisfactorios, ya que prácticamente limitan la acción ejecutiva a la última, con lo cual acciones que parecen merecedoras de pena permanecerían impunes...

En general, puede decirse de las teorías causales que no ofrecen criterios de distinción satisfactorios, ya que además de la imposibilidad, ya señalada, de distinguir entre el mayor o menor valor causal de unas condiciones y otras, su aplicación conduce a reducir excesivamente el ámbito de los actos ejecutivos."¹⁰⁴

No debemos olvidar que la conducta desplegada por el sujeto activo, ya sea de acción o de omisión produce como consecuencia un resultado ya sea formal o material, a este puente se le denomina nexo causal, toda vez que de no haberse desplegado la conducta del sujeto activo, no se hubiera producido el resultado ilícito, cuando el delito se consuma; en el caso de tentativa, de no haberse producidos los actos ejecutivos ya sea en todo o en parte, no se hubiese puesto en peligro el bien jurídico tutelado por la norma penal. Desde nuestro punto de vista estas teorías que establecen que los actos ejecutivos son la causa del resultado y los actos preparatorios son la condición del mismo, no resultan claras ni convincentes, pues de acuerdo con la teoría del delito la causa del resultado ilícito será la conducta desplegada por el activo, misma que en su conjunto abarca

¹⁰⁴ Ibidem, pp. 159, 161-162.

tanto los actos preparatorios como los actos ejecutivos, por lo tanto bajo este tenor, resulta desafortunada la tesis que establece que los actos ejecutivos son la causa del resultado, en base a las consideraciones antes expuestas. Ahora bien, por lo que hace a la tesis de que los actos preparatorios son la condición del resultado, desde nuestra consideración, tampoco resulta afortunada, pues si atendemos a la prelación lógica de la subfases de la parte objetiva del *iter criminis*, en la cual primero aparece la exteriorización de la voluntad, posteriormente, los actos preparatorios, sucediéndoles los actos ejecutivos y finalmente la consumación, llegamos a la conclusión de que: serán condición para que el resultado ilícito se presente, la exteriorización, los actos preparatorios y los actos ejecutivos.

c).- Teoría que comportan una ampliación del ámbito de las acciones ejecutivas

“Otro grupo de teorías se apoya también en criterios materiales para la distinción entre actos preparatorios y ejecutivos. Comportan, a diferencia de las anteriores, una amplificación de las acciones ejecutivas a acciones que no son típicas, pues se aportan como solución a la excesiva estrechez de la teoría objetivo-formal, que como vimos, consideraba impunes acciones dignas de punición.

d).- Teoría que comportan una ampliación del ámbito de las acciones ejecutivas

Gran acogida encontró en el Tribunal Supremo alemán la teoría de Frank, expresada de la forma siguiente: <<Existe ya un principio de ejecución en todos los momentos de actividad que en virtud de su necesaria conexión con la acción típica aparecen como partes integrantes de ella según la concepción natural.>>... La fórmula descrita representa, por lo tanto una ampliación del ámbito de las acciones ejecutivas respecto a la teoría objetivo-formal, pues, a diferencia de

aquella, considera acciones ejecutivas no solamente las acciones típicas, sino también las acciones anteriores...

Tampoco esta posición consiguió establecer una clara distinción entre acciones preparatorias y ejecutivas. Su mayor defecto radica en su imprecisión,... pues hay acciones que deben considerarse como preparatorias y que también poseen una necesaria conexión con la acción típica..."¹⁰⁵

Compartimos el análisis crítico que la profesora Elena Farré Trepas, realiza en cuanto a esta teoría, pues como ya lo dijimos al analizar la teoría que distingue entre causa y condición; existe un vínculo entre los actos preparatorios y los actos ejecutivos debido a la prelación de los primero con los segundos, hecho que se ve robustecido en esta teoría que nos ocupa, la cual reza que no sólo los actos ejecutivos son aquellos que se encuentra descritos en el tipo legal, sino que también lo son los que por su necesaria conexión con éstos amplifican el tipo. Sin embargo, debido a esa conexión es que con esta teoría algunos actos preparatorios, serían considerados como actos ejecutivos.

f).- *Teoría del peligro*

"Según ella, existe una acción ejecutiva cuando existe un peligro objetivo para el bien jurídico protegido. Cuando aún no pueda hablarse de peligro para el bien jurídico existirá sólo una acción preparatoria... Se exige,... que se trate de un peligro concreto, entendiendo que el principio de ejecución representa el paso de acciones que representan sólo un peligro general indeterminado a acciones que comportan una peligrosidad concreta para un determinado bien jurídico. O bien se exige un peligro directo, serio, o bien una alta medida de peligro...

Es posible que el concepto de peligro, que puede ser válido para la fundamentación de la tentativa, no sea en cambio, un criterio válido para

¹⁰⁵ Ibidem, pp. 163-164.

establecer la distinción entre actos preparatorios y ejecutivos. Aun exigiendo un determinado grado de peligro, no puede determinarse con precisión que acciones comportan más peligro que otras, es decir, en que momento debe colocarse el límite adecuado del peligro..."¹⁰⁶

En primer lugar debemos de precisar que el Derecho Penal tutela ciertos bienes que considera dignos de ser protegidos, para garantiza la paz social; por ejemplo: la vida, la salud, la libertad sexual, el patrimonio, la fe pública, el normal desarrollo psicosexual, etc. Tipificando como delitos ciertas conductas que los lesionan. Cuando se presenta la tentativa, de algún delito que el agente había resuelto cometer, el bien jurídico no se lesiona, sino que se pone en peligro. Luego entonces, cuando se comienza a ejecutar el delito y el mismo no se consuma por una causa ajena a la voluntad del agente, dicha conducta, es punible por haber puesto en peligro el bien jurídico tutelado por la norma Penal. Pero como lo hemos establecido al tratar de realizar ciertas críticas de otras teorías antes analizadas en este apartado, el peligro que sufre el bien jurídico es a consecuencia de cierta conducta desplegada por el agente, misma que se presenta, una vez que el agente, ha ideado, deliberado y finalmente resuelto cometer el delito, exteriorizando su voluntad, para posteriormente realizar los actos preparatorios y finalmente los actos ejecutivos; por lo tanto la lesión que sufre el bien jurídico tutelado es producto de la conducta desplegada por el agente. Debido a ello, es que desde nuestro punto de vista no puede dividirse el peligro que sufre el bien jurídico tutelado, sin embargo, el mismo objetivamente hablando se aprecia cuando el agente comienza a ejecutar el delito, es por esto que la teoría *del peligro* establece que hay una acción ejecutiva cuando existe un peligro objetivo para el bien jurídico protegido, cuando aun no pueda hablarse de peligro para el bien jurídico existirá sólo una acción preparatoria. Empero para nosotros, dicha teoría resulta imprecisa en base a las consideraciones antes expuestas.

¹⁰⁶ Ibidem, pp. 165-166.

g).- Teoría del ataque al bien jurídico

“... que la acción de ejecución tiene lugar cuando la misma comporta una agresión para el bien jurídico protegido...”

Esta solución tampoco puede considerarse adecuada, ya que al limitar las acciones ejecutivas a aquellas acciones que comportan un ataque al bien jurídico que conlleva la posibilidad de legítima defensa, reduce demasiado el ámbito de las acciones ejecutivas...”¹⁰⁷

Esta teoría del ataque al bien jurídico, establece que las acciones ejecutivas se presentan cuando la misma comporta una agresión para el bien jurídico protegido, sin embargo, desde nuestro punto de vista, la misma resulta imprecisa para establecer con ella cuando se presentan las acciones ejecutivas, pues cuando el legislador observa que en la sociedad existen diversas conductas reiteradas que ponen en peligro la paz social, ya que lesionan determinados bienes que se consideran dignos de ser protegidos por la ley, crea un tipo penal con el fin de salvaguardar dicha paz social tutelando un determinado bien jurídico a través de la creación de un nuevo tipo penal. Por otro lado cuando el agente del delito, previa ideación, deliberación y resolución de cometer el delito, exterioriza su voluntad de cometerlo, realiza los actos preparatorios y posteriormente comienza a llevar a cabo los actos ejecutivos en parte o en todo, pero sin llegar a consumar el delito por una causa externa ajena a su voluntad, se dice que el bien jurídico se ha puesto en peligro, ya que al no haberse producido el resultado ilícito no se ha lesionado aun el mismo. Una vez precisado lo anterior, podemos decir, que el bien jurídico se pone en peligro con la conducta desplegada por el agente, la cual comprende tanto la fase interna como la externa del *iter criminis*, por lo tanto, resulta imprecisa la teoría del ataque al bien jurídico, para con ella tratar de establecer cuando estamos en presencia de los actos ejecutivos.

¹⁰⁷ Ibidem, pp. 166-167.

C).- *Teorías mixtas objetivo-subjetivas*

“Ante el fracaso de las teorías puramente subjetivas y objetivas para ofrecer criterios de delimitación válidos para el comienzo de la tentativa, se ha acudido por parte de las teorías mixtas a la combinación de ambas

a).- *Fórmula de Frank y consideración del plan del autor*

En este sentido completa Baumann la fórmula – ya descrita – de Frank. Baumann entiende que debe juzgarse desde un punto de vista objetivo, es decir, por un espectador objetivo que conoce el plan del autor. La acción será ejecutiva cuando un observador objetivo que conoce el plan del autor aparece según la concepción natural como parte de la acción típica.

b).- *Teoría del peligro y consideración del plan del autor*

También Schrönke-Shröder concluyó en una teoría mixta, partiendo del criterio del peligro directo para el bien jurídico protegido, que se haya presentado en las actuaciones ejecutivas a diferencia de las acciones preparatorias, concretándolo con la consideración del plan del autor. Entiende, pues, que existe tentativa <<cuando la voluntad delictiva se ha manifestado en una acción que según el plan conjunto del autor comporta un peligro directo para el bien jurídico protegido.

c).- *Ansatz formel*

Un nuevo punto de vista fue aportado por Welzel, quien entendía que la tentativa empieza con aquella actividad con la cual el autor según su plan del delito, inicia inmediatamente la realización del tipo. En esta formulación se parte de la acción típica del tipo de delito de la Parte Especial (tomar, matar...), y considera que también puede ser ejecutivas, además de las acciones típicas,

aquellas que no siendo aún típicas inician directamente el desarrollo de la acción típica. El juicio para conocer cuándo se inicia la acción ejecutiva se fundamenta en el plan del autor, pero lo emite un espectador objetivo.

Ninguna de las dos primeras teorías anteriormente expuestas consiguió aportar un criterio más preciso. La fórmula de Frank, así como la consideración del peligro directo al bien jurídico, resultaron sin duda mejorados al introducir la consideración del plan del autor. La introducción del mismo no consiguió, sin embargo, evitar totalmente la imprecisión que, según expresamos, es el inconveniente que presentan ambas posiciones. Las teorías mencionadas continuaron siendo, por ello, demasiado indeterminadas.

La fórmula del *ansatz-formel*, que dio lugar a la denominada teoría individual-objetiva, ofrece mayor seguridad jurídica que las anteriores, pues partiendo de acciones típicas limita la punición además de éstas a aquellas acciones que representan un inicio directo. A pesar de ello... tampoco resuelve la cuestión absolutamente.¹⁰⁸

Estas teorías objetivas subjetivas, tampoco resultan absolutas para determinar en que momento estamos en presencia de los actos ejecutivos, con relación a los actos preparatorios, ya que en la práctica existen tipos legales que son creados por el legislador tomando en consideración la necesidad de salvaguardar la paz social y no la teoría del delito y mucho menos el *iter criminis*, debido a ello, no en todos los tipos penales se pueden aplicar las teorías antes expuestas.

Nosotros no comulgamos con una teoría en especial, sino que más bien tratamos de retomar de cada una de las teorías antes expuestas lo que mejor funcione para lograr de esa forma hacerlas aplicables en la práctica.

¹⁰⁸ Ibidem, pp. 169-172.

II. 3. 4. 1. La Tentativa

La tentativa es la realización objetivamente incompleta de un delito determinado, porqué falta que el delito se consume y se produzca su resultado ilícito. En la tentativa la fase interna o subjetiva se encuentra completa, ya que el sujeto activo, primeramente ideó el cometer un delito determinado, posteriormente deliberó entre cometer o no cometer el delito y finalmente resolvió cometerlo. Por otro lado objetivamente el delito se encuentra incompleto, debido a que una vez que el sujeto activo ha resultado cometer un delito determinado, exterioriza su voluntad de cometerlo y posteriormente realiza los actos preparatorios y finalmente los actos ejecutivos tendientes a la consumación del delito, pero sin que éste se consume aun y por ende no se produce el resultado ilícito, ni se lesiona el bien jurídico tutelado por la ley penal, debido a causas ajenas a la voluntad del sujeto activo o al desistimiento libre y espontáneo del activo de cometer el delito.

La tentativa puede ser inacabada (cuando el sujeto activo ha comenzado a ejecutar el delito que previamente ha resuelto cometer, realizando parte de los elementos del tipo delictivo en cuestión, pero sin que logre ejecutar todos los elementos integrantes del tipo penal, debido a causas ajenas a su voluntad o al desistimiento libre y espontáneo del activo de cometer el delito), o acabada (cuando el sujeto activo ha ejecutado todos los elementos integrantes del tipo penal que ha resuelto cometer, pero debido a causas ajenas a su voluntad o al arrepentimiento eficaz del activo de cometer el delito, el mismo no se consuma).

La tentativa entonces aparece cuando el sujeto activo comienza a realizar los actos ejecutivos tendientes a la consumación del delito que previamente ha resuelto cometer, dichos actos ejecutivos, deben ser unívocos y por ende inequívocos, es decir que por sí mismos expresen que delito el sujeto activo trataba de consumir, que con dicha conducta el activo ponga en peligro el bien jurídico tutelado por la ley penal, y si bien es cierto, existen tipos penales que

debido a su estructura gramatical no están conformados por elementos que se vayan presenten sucesivamente, lo cierto es que cuando en la práctica se presente estos tipo de figuras penales, a lo que se debe atender para saber cuando estamos en presencia de una tentativa y no de actos meramente preparatorios, es a la conducta descrita en el tipo penal en cuestión y a los hechos que se estudian en particular.

II. 3. 4. 2. La Consumación

La consumación se presenta cuando se encuentran completos los elementos integrantes del tipo penal y se produce el resultado ilícito. Se dice entonces que el delito se encuentra objetiva y subjetivamente completo, ya que de acuerdo con el *iter criminis*, el sujeto activo ha realizado la fase interna o subjetiva – pues primeramente ideó cometer un determinado delito, posteriormente deliberó entre cometerlo o no cometerlo y finalmente resolvió hacerlo – asimismo la fase externa u objetiva también se encuentra completa – ya que el sujeto activo ha exteriorizado su voluntad de cometer el delito, posteriormente ha llevado a cabo los actos preparatorios, y finalmente los actos ejecutivos – Cuando el activo comienza a ejecutar en parte los elementos integrantes de un tipo penal, sin que dicho delito se consume por una causa ajena a la voluntad del activo, nos encontramos en presencia de una tentativa inacabada. Cuando el activo realiza o ejecuta todos los elementos integrantes de un tipo penal, pero sin que se produzca el resultado ilícito debido a una causa ajena a la voluntad del activo, nos encontramos en presencia de la tentativa acabada o delito frustrado.

Para Manuel Cobo del Rosal y Tomás S. Vives Antón. “La *consumación acaece cuando se realiza la totalidad de los elementos del tipo de injusto de que se trate*, esto es, no sólo la actividad o actividades descritas por él, sino también, y plenamente, el resultado típico, produciéndose, de modo completo, el desvalor global de la figura delictiva.”¹⁰⁹

¹⁰⁹ COBO DEL ROSAL, Manuel, et al., Ob. Cit., p. 732.

Para Giuseppe Maggiore. "El delito se llama *consumado* o *perfecto* cuando en él se verifican todos los elementos esenciales propuestos por la ley para acriminar un hecho. Y esos elementos son el sujeto, el objeto, la acción y el resultado..."¹¹⁰

Para Francesco Antolisei. "...*el delito es consumado cuando el hecho concreto responde exacta y completamente al tipo abstracto definido por la ley en una norma incriminadora especial.*

Agréguese que lo que verdaderamente se necesita para que un delito sea consumado, no es ya la presencia de todos los presupuestos exigidos para la punibilidad del hecho, sino el concurso de todos los elementos indispensables para la existencia de ese delito. Por consiguiente, la punibilidad está subordinada a la verificación de una condición; de ordinario el delito se consuma, no ya cuando tal acontecimiento se produce, sino cuando está plenamente realizado el hecho (conducta y, de ordinario, resultado) que está prohibido por el precepto penal...

El momento consumativo en algunas especies de delitos se produce al observarse determinada conducta (acción u omisión); en otras, al producirse determinado resultado. En esta diferencia se funda la distinción entre delitos de pura conducta (delitos formales) y delitos de resultado (delitos materiales),... Por otra parte en los delitos permanentes la consumación presenta una especial característica: se prolonga en el tiempo, comenzando en el momento en que están reunidos todos los elementos del delito y concluyendo al cesar el estado dañoso o peligroso creado por la conducta del reo."¹¹¹

Al respecto Francisco Muñoz Conde, nos dice: "Generalmente, en los tipos delictivos de delitos de resultado, la consumación se produce en el momento de la

¹¹⁰ MAGGIORE, Giuseppe, Ob. Cit., p. 65.

¹¹¹ ANTOLISEI, Francesco, Manual de Derecho Penal Parte General, ed. 8ª, Ed. Temis. Bogotá Colombia 1988, p. 336.

producción del resultado lesivo (por ejemplo, en los delitos contra la vida: con la muerte del sujeto pasivo). Sin embargo, el legislador puede adelantar la consumación a un momento anterior. Así, en los delitos de consumación anticipada (delitos de intención, delitos de peligro), el legislador no espera a que se produzca el resultado lesivo, con la prohibición penal se trata de evitar, debido que declara ya consumado el hecho en un momento anterior. Así por ejemplo en el delito de rebelión se consuma desde el momento en que se produce un lanzamiento público y violento para alcanzar determinados fines...

Distinta de la consumación formal es la *consumación material, agotamiento o terminación* del delito, en la que el autor no solo realiza todos los elementos típicos, sino que. Además, consigue satisfacer la intención que perseguía: heredar al pariente que mató, lucrarse con el delito patrimonial cometido, etc. En la medida en que esta consumación material está más allá de la previsiones típicas carece de relevancia jurídico-penal. Sin embargo, algunas veces el legislador hace coincidir consumación formal y material (así, por ejemplo, en las amenazas la pena varía según que el autor haya conseguido o no sus propósitos,...) o tiene en cuenta el propósito ulterior a la consumación formal como elemento subjetivo del injusto (... en el que el ánimo de lucró se convierte en el elemento definidor del tipo, sin que para la consumación formal del hurto sea necesario que el autor llegue efectivamente a lucrarse). La consumación material o terminación del delito puede tener también importancia a efectos de prescripción, de participación y concurso.¹¹²

Elena Farré Trepas, define al delito consumado: "... como *la realización de todos los elementos, tanto los elementos objetivos, como los subjetivos, del tipo de delito previsto en la Parte Especial*. Por ello para saber en cada caso cuando concurre el delito consumado deberá acudir a cada una de las distintas figuras delictivas previstas en el Código. Sin embargo, de forma un poco más general,

¹¹² MUÑOZ CONDE, Francisco, et al, Derecho Penal Parte General, ed. 2ª, Ed. Tirant lo blanc. Valencia 1996, pp. 428-429.

puede establecerse en virtud de las diferentes clases de tipos que se recogen en el Código Penal, que, por ejemplo, los delitos de mera actividad se consuman con la sola realización de la conducta prohibida. En los delitos de resultado debe haberse producido, por el contrario, el resultado separado espacio-temporalmente de la conducta. En los delitos de lesión se requiere la lesión del bien jurídico protegido, en los delitos de peligro, el peligro actual. Los delitos de omisión propia se entiende que se consuman en el momento en que el sujeto deja pasar la última posibilidad de realizar la acción debida.

La consumación del hecho no depende, pues, de si el autor ha conseguido la meta o el resultado propuesto. La consumación es un concepto de *naturaleza formal* que se determina según la respectiva figura legal, con la realización de todas las características objetivas y subjetivas del tipo penal descrito en la Parte Especial. Por ello se diferencia de la consumación formal del delito la terminación del mismo, también denominada consumación material y en nuestra doctrina en alguna ocasión: agotamiento del delito.

La terminación, agotamiento o consumación material del hecho tiene lugar cuando el suceso ha encontrado su verdadera terminación... más allá del propio cumplimiento del tipo, en especial cuando se han realizado eventuales intenciones del autor unidas al hecho. Aquellos delitos en los que la terminación se produce en un momento distinto a la consumación han sido clasificados por la doctrina alemana, según su estructura, en cuatro grupos distintos.

a) La distinción entre la consumación formal y la terminación del delito reside en que, por razones político criminales, en determinados casos el legislador adelanta la frontera de la punición penal a un momento anterior a la efectiva producción de aquello que quiere evitar. Jescheck denomina estos supuestos de consumación anticipada, para referirse a los delitos de peligro, de emprendimiento, de resultado cortado o mutilado de dos actos.

La consumación formal se separa de la terminación en los delitos de peligro, ya que mientras en los delitos de lesión para el cumplimiento del tipo penal se precisa una lesión del objeto de la acción protegido, para los delitos de peligro es suficiente con el peligro de lesión como resultado de la acción. En tanto que la terminación del delito se produce con la causación de la lesión o bien con la supresión del peligro.

También se produce un adelanto de la consumación en los delitos de empresa. En estos casos se equipara la tentativa a la consumación. De esta forma se impide aplicar a estas acciones tanto la atenuación de la pena propia de la tentativa, como el desistimiento voluntario. A la terminación no se llega hasta la consecución de la finalidad del autor.

Los delitos mutilados de dos actos y de resultado cortado se consuman tan pronto como el autor practica la acción descrita en el tipo pero solo se terminan cuando se ha realizado la intención del autor.

b) Se ha señalado como nota característica de un segundo grupo el que la terminación del delito no coincide con la consumación, la *estructura iterativa* de los tipos, los cuales se desarrollan progresivamente a través de acciones u omisiones prácticas siempre con el mismo dolo. Esto se produce, en primer lugar, en los delitos permanentes a través de los cuales se crea un estado antijurídico, que el autor mantiene y que se desarrolla de forma ininterrumpida a través de la prosecución del tipo penal. Estos delitos se consuman con la creación del estado antijurídico; en cambio, se terminan solo con su supresión. Así por ejemplo, el delito de detenciones ilegales se consume con la privación de libertad del sujeto pasivo, momento en el cual quedan perfectamente realizados los elementos del tipo.

c) Un tercer grupo vendría compuesto por aquellos casos en los que el resultado final o total del hecho se consigue mediante acciones que no

corresponden ya en sentido formal a la descripción del tipo. Por ejemplo, el ocultamiento del botín en el hurto o la destrucción completa del edificio incendiado.

d) Por último dentro de un cuarto grupo integra Jescheck los casos de unidad natural de acción y delito continuado. La consumación se produce con el cumplimiento completo del primer tipo incluido en el conjunto. La terminación se produce con la consumación o bien con la terminación del último.

La doctrina alemana concede a la distinción entre consumación formal y consumación material o terminación del delito una significativa importancia práctica en relación a diversas cuestiones. Así en orden a la *participación*, puesto que se considera que en este lapso de tiempo intermedio entre ambas cabe aún participación. Además, se determina la *prescripción* no según la consumación sino la terminación del delito. Y también para la fundamentación del concurso ideal constituye la terminación del delito un momento decisivo, ya que los delitos cuya terminación y consumación se producen en momentos distintos constituyen supuestos de unidad de acción; de tal forma, un entrecruzamiento que solo se produzca en esta última fase originara un concurso ideal. Por último se ha planteado también se afectan al autor las circunstancias cualificativas del hecho que se desarrollan entre la consumación y la terminación.¹¹³

De todo lo anterior podemos considerar en primer lugar que la consumación del delito es distinta del agotamiento del mismo, legalmente la consumación se produce cuando el activo lleva acabo todos los elementos integrantes de un determinado tipo penal y debido a ello se produce el resultado ilícito. Ahora bien, de acuerdo al resultado, los delitos pueden ser de resultado material o formal; en los delitos de resultado material, la lesión del bien jurídico tutelado se aprecia en el mundo fáctico, mismo que recae sobre el objeto material del delito; en los delitos de resultado formal, la lesión del bien jurídico tutelado, no se denota en el mundo fáctico, es decir, no es material o palpable, sin embargo, al consumarse el delito

¹¹³ FERRÉ TREPAT, Elena, Ob. Cit., pp. 235-239.

se lesiona el bien jurídico tutelado.

En los tipos penales de los llamados de peligro, no es posible la tentativa, debido a que en estas figuras típicas el delito se consuma con la sola exteriorización de la voluntad del sujeto activo, sin necesidad de que exista un resultado material, ya que el legislador crea determinados tipos penales con el fin de salvaguardar la paz social y por ello tipifica conductas que de alguna forma ponen en peligro la paz social, por ejemplo como pasa con el delito de amenazas, en el cual se sanciona el sólo hecho de amenazar a otro con causarle un mal en su persona, en sus bienes, en su honor o en sus derechos.

Por otro lado la consumación del delito se puede presentar de acuerdo con el artículo 17 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, de la siguiente forma:

El delito, atendiendo a su momento de consumación, puede ser:

I. Instantáneo: cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos los elementos de la descripción legal;

II. Permanente o continuo: cuando se viola el mismo precepto legal, y la consumación se prolonga en el tiempo; y

III. Continuado: cuando con unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas e identidad de sujeto pasivo, se concretan los elementos de un mismo tipo penal.

La fracción I establece que el delito se consuma de manera instantánea cuando se agota en el mismo momento en que se han realizado todos los

elementos constitutivos de determinadas figuras típicas, como por ejemplo en el homicidio en donde el delito se consuma cuando el activo ha privado de la vida a otra persona.

La fracción II establece que el delito es permanente o continuo, cuando la consumación se prolonga en el tiempo, como sucede por ejemplo en el delito de posesión de objetos de robo, en donde la conducta ilícita cesa en el momento en que el activo deja de poseer dichos objetos de un robo en el cual no participo; sin embargo, el delito se consuma desde el momento en que el activo posee los objetos de un robo en el cual no participó y cesa hasta el momento en que deja de poseerlos.

Al respecto resulta aplicable citar la tesis sustentada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la Sexta Época, visible en la página: 14, del tomo: Segunda parte, LIX, del Semanario Judicial de la Federación, misma que a la letra dice:

DELITO INSTANTANEO Y DELITO CONTINUO. DIFERENCIA ENTRE AMBOS. Una distinción entre el delito instantáneo y el continuado se funda en que el primero se consuma en un sólo acto, agotando el tipo, mientras el segundo supone un estado, o sea una acción consumativa del delito, que se prolonga sin interrupción, por más o menos tiempo.

De igual forma vale citar la tesis sustentada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la Sexta Época, visible en la página: 72, del tomo: Segunda parte, III, del Semanario Judicial de la Federación, misma que a la letra dice:

DELITO PERMANENTE Y DELITO CONTINUADO. La ley

contiene la noción del delito permanente, al hablar de la prolongación en el tiempo de la acción u omisión criminal, o sea, el que implica una persistencia en el resultado durante el cual el sujeto activo mantiene su voluntad delictiva y, por ende, la antijuridicidad que es su consecuencia. Son ejemplos específicos el rapto y la privación ilegal de libertad, en nuestro medio, o el secuestro y el plagio en otras legislaciones, y se opone a dicho concepto el de delito instantáneo, que termina con la producción del efecto, como el robo, que se agota con el apoderamiento; el fraude, con la obtención del lucro, o el homicidio, con la privación de la vida.

La fracción III establece que existe delito continuado cuando con unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas y unidad de sujeto pasivo, se viola el mismo precepto legal. Por ejemplo en los delitos de robo de los llamados hormiga, en donde el activo que trabaja en una tienda departamental, resuelve apoderarse de un traje completo para caballero, pero como ve que sí se apodera de todo el traje los empleados de seguridad se percatarían del robo, por lo que decide apoderarse el primer día del saco, el segundo del pantalón, el tercero del chaleco, sin embargo ese día lo descubren y se percatan que asimismo faltan las otras dos piezas del traje, misma que confiesa haberse apoderado de ellas, luego entonces, se acredita que el activo con unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas y unidad de sujeto pasivo, se viola el mismo precepto legal, sin embargo, si uno de estos requisitos no se cumple el delito de robo se tendría por consumado en el momento del apoderamiento de la cosa ajena mueble con ánimo de dominio y sin consentimiento de la persona que legalmente puede disponer de ella.

Al respecto resulta aplicable la tesis, sustentada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la Séptima Época, visible en la página: 19, del tomo: 11 Segunda parte, del Semanario Judicial de la Federación, misma

que a la letra dice:

DELITOS PERMANENTES Y CONTINUOS, DIFERENCIA ENTRE. En el lenguaje doctrinario se dice que son delitos permanentes, aquellos en los que, mediante la manifestación de voluntad punible del sujeto activo, se crea un ulterior estado antijurídico duradero, como en el rapto, en que el delito permanece prolongado en el tiempo, mientras dure la retención de la mujer (Edmundo Mezger, Tratado de Derecho Penal, Tomo I, página 380). Así pues, no deben confundirse los delitos permanentes con los delitos continuos, pues en estos, su duración no es esencial del delito, dado que la persistencia temporal de la acción no forma parte de su descripción legal, pero los diversos actos en que se descomponen la acción respectiva, representan, según Franco, "similitud del tipo delictivo, homogeneidad de ejecución, carácter unitario del bien jurídico violado, conexión temporal y utilización de las mismas relaciones y de la misma ocasión, como en los casos en que se comete repetidamente el adulterio con la misma persona o cuando se roba al mismo propietario cosas semejantes, aprovechando las mismas ocasiones".

Así también resulta aplicable la tesis: 1.2º. P. J/21, sustentada por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, en la Octava Época, visible en la página: 91, tomo: VII, Abril de 1991, del Semanario Judicial de la Federación, misma que a la letra dice:

DELITO CONTINUADO. REQUIERE IDENTIDAD DEL OFENDIDO. Atento a lo dispuesto en el artículo 7o. , fracción III, del Código Penal para el Distrito Federal, existe

el delito continuado, cuando con unidad de propósito delictivo y pluralidad de conductas se viola el mismo precepto legal. Sin embargo, como lo ha advertido la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el Amparo Directo 3807/86, resuelto el catorce de octubre de mil novecientos ochenta y siete, "Independientemente de que en el Código Federal el llamado delito continuado no tiene entidad, tanto los Códigos que lo comprenden, como la doctrina, al respecto predicen como características del mismo la pluralidad de acciones, la unidad de intención y la identidad de lesión, y es por ello que es indispensable para que se integre la forma continuada de ejecución, el que la acción recaiga sobre el mismo pasivo, y si hay distintos pasivos, podrá haber identidad en la figura delictiva que se integra, pero no en la lesión que se produce." Por tanto, es obvio que, para la cabal integración del ilícito de cuya naturaleza se trata, además de los elementos descritos por la norma que lo previene, extensivamente, debe afectarse el bien jurídico de un mismo ofendido.

Por lo que hace al agotamiento de los delitos, el mismo resulta legalmente irrelevante, ya que el delito se consuma en el momento en que el sujeto activo lleva a cabo todos los elementos integrantes del tipo y se produce el resultado ilícito ya sea formal o material, sin que para su tipificación se requiera que la intención final del activo se haya consumado, por supuesto que dicha intención sólo se puede dar en los delitos de realización dolosa, en donde se tiene conciencia y voluntad de cometer un determinado delito, por ejemplo: en el delito de robo, se sanciona la conducta del activo cuando se apodera de una cosa ajena mueble sin derecho y sin consentimiento de la persona que legalmente puede disponer de ella con arreglo a la ley, sin que importe cual fue el fin que movió al activo para cometer el delito, pues de acuerdo con el artículo 226 del Nuevo

Código Penal para el Distrito Federal, se tendrá por consumado el robo desde el momento en que el inculpado tiene en su poder la cosa robada; aun cuando la abandone o lo desapoderen de ella. Y por el contrario el delito se agotaría de acuerdo a la voluntad final del activo, cuando éste después de apoderarse de la cosa robada, por ejemplo, la hubiera vendido y con ello obtendría un lucro indebido sin el justo trabajo. Por otro lado existen algunos tipos penales en los que el legislado adelanta el momento del agotamiento e integra dentro de los elementos constitutivos del tipo la intención final del activo, a través del elemento subjetivo distinto al dolo, como por ejemplo en el delito de fraude en donde la conducta del activo es típica si a través del engaño obtiene un lucro indebido.

II. 4. Naturaleza jurídica y esencia de la tentativa

En este apartado, trataremos de explicar la naturaleza jurídica de la tentativa, primeramente diremos que en la doctrina al hacer un estudio de ella, se hace bajo distintos títulos a saber: *naturaleza jurídica de las disposiciones legales que declaran punible el desarrollo imperfecto del delito, o formas de aparición del delito o grados de realización del hecho punible o tipos de imperfecta ejecución o simplemente tentativa.*

La problemática en cuanto a la naturaleza jurídica de la tentativa trata de precisar si corresponde incluir a esta institución jurídica dentro de la tipicidad, ya sea como una simple extensión del tipo del delito consumado, ya sea como un tipo de delito independiente de aquél o si por el contrario, constituye una institución atípica.

La doctrina se ha dividido – según Elena Farré Trepát – fundamentalmente en dos grandes grupos a saber: “una posición minoritaria que niega el carácter típico de la tentativa de delito y en general de las formas de imperfecta ejecución; otra posición mayoritaria de autores que afirman la tipicidad de la tentativa”¹¹⁴

¹¹⁴ Citado por FERRÉ TREPAT, Elena, Ob. Cit., p. 40.

Luego entonces comenzaremos por tratar de explicar la postura que ve a la tentativa de delito como figura atípica. Dentro de este grupo encontramos a Rodríguez Devesa, quien considera: "... que la tentativa de delito constituye únicamente una causa de extensión de la responsabilidad criminal, pero no una conducta típica."¹¹⁵ Dichas causas de extensión de la responsabilidad criminal tienen como característica un déficit respecto a la tipicidad, pero sin embargo guardan una estrecha relación con el tipo legal que es determinante para su punibilidad.

Por otro lado existe la corriente que ven a la tentativa como figura típica, con la cual comulga la mayoría de la doctrina, sin embargo, la forma de concebir, dicha tipicidad no ha sido unitaria, ya que se divide en dos posiciones distintas: por un lado, la mantenida por aquellos autores que consideran a la tentativa como una extensión o amplificación de la tipicidad básica y que incluso suponen una modificación del tipo básico, pero que no constituye un tipo distinto al de la parte especial. Y por otro lado la sustentada por algunos doctrinarios que consideran que la tentativa constituye tipos de delito distintos a los de la parte especial.

Debido a lo anterior, a continuación habremos de exponer cada una de las dos posturas, empezando por la corriente que sostiene que la tentativa es una extensión de la tipicidad básica.

De acuerdo con Beling, el tipo transcribe de forma puramente descriptiva, la imagen objetiva, externa, de una clase de delito, es decir, como un concepto abstracto puro, que pertenece a la ley y no a la vida real, el cual puede traer distintas formas de aparición que utilizadas en sentido restrictivo no son otras que las que se refieren a la tentativa y a las formas de participación a las que también llama tipicidades modificadas. Luego Entonces la tipicidad originaria que es la más directa y pura de todas las formas de aparición del tipo, se traduce en la consumación del hecho ejecutado por el autor.

¹¹⁵ Ídem.

La tentativa de delito como extensión de la tipicidad. Uno de los primeros que se ocupó de esta cuestión fue M. E. Mayer quién considero que bajo este concepto debían comprenderse todas aquellas circunstancias que fundamentan la tipicidad de una conducta, atribuyendo a las características del delito particular una validez que va más allá de su extensión conceptual.

Estas causas de amplificación de la pena, vienen a constituir una ampliación del delito definido en la parte especial al ampliar en una determinada extensión la amenaza penal. Así mismo la colocación de estos preceptos en la parte general del Código Penal no constituye ningún impedimento para su consideración como conductas típicas. Esta colocación obedece simplemente a una razón de técnica legislativa, ya que es mucho más razonable el escribir este precepto en la parte general del Código junto aquellas disposiciones que son aplicables a todos los delitos descritos en la parte especial, en lugar de repetir la punición de la tentativa junto a la consumación para cada delito en particular lo cual constituiría sin lugar a dudas un sistema repetitivo y falto de agilidad.

La tentativa como tipo de delito distinto del delito consumado, debido a la imposibilidad de castigar la conducta delictiva cuando tal conducta no va seguida del resultado ilícito que se produce cuando se consuma un delito. Por lo que según ésta teoría es preciso crear tipos legales que hagan posible la punición de la conducta delictiva sin el resultado especialmente previsto. Estos preceptos tienen la naturaleza de verdaderos tipos de lo injusto, si bien con carácter sui generis, por el hecho de que por sí solos estos tipos no muestran su contenido, siendo preciso acudir en cada caso al tipo de delito específico de que en concreto se trate, para conocer este contenido y la pena aplicable. El tipo de la tentativa establecido por ejemplo en el artículo 20 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, el cual se conecta en abstracto, con todos los tipos por dicho Código, definidos en la parte especial, menos con los de tentativa especialmente penada y en cada caso concreto con aquel que define y sanciona el resultado que se deseaba producir por el agente del delito.

No es adecuado limitar el carácter de típicas a las figuras contenidas en la parte especial del Código y negárselo así a la tentativa que se encuentra en la parte General del Código. Ya que la división que el Código Penal lleva a cabo entre parte especial y parte general, así como la atribución a una conducta de una pena ya determinada, o por el contrario de una pena cuya determinación solo es posible mediante la revisión a otra previamente determinada, como sucede en el caso de la tentativa de delito, han dejado de considerarse normalmente como cuestiones decisivas en orden a la determinación de la tipicidad de una figura legal. Por el contrario, se acepta que el hecho de que una conducta se encuentra regulada en la parte general del Código Penal se debe únicamente a razón de técnica legislativa y que, por lo tanto, no puede ser determinante de su naturaleza jurídica.

Por lo que hemos llegado a la conclusión de que la tentativa constituye una figura típica. Ciertamente si la figura jurídica de la tentativa recogida en el artículo 20 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, en su parte general, estas conductas en donde no se produce el resultado ilícito, no podrían incriminarse, en virtud del principio *nulla poena sine lege*, que se reconoce como uno de los principios fundamentales del derecho penal, por lo que con este artículo el legislador lleva a cabo una ampliación del ámbito de la punición a hechos que de otra forma deberían permanecer impunes; en virtud del principio antes citado el cual establece, que solo puede castigarse un hecho cuya punibilidad esta previamente establecida por la ley, de forma unánime se viene asignando al tipo legal una función de garantía dicha función consiste en expresar todos los presupuestos legales que condicionan la aplicación de una pena, es decir, la descripción de las características del delito por medio de las cuales la ley penal cumple su función de garantía. Desde esta perspectiva el contenido del tipo estaría constituido por todas aquellas exigencias legalmente determinadas a través de las cuales se delimita una conducta punible de una conducta impune.

Partiendo de esta configuración del tipo de garantía, la tentativa y la

consumación pertenecen en todo caso como elemento típico esencial de la producción del resultado, que falta, o no es objetivamente imputable, en la tentativa. Por otra parte, la tentativa constituye solo el dar comienzo a la ejecución.

Si se parte, como aquí se ha hecho, de una norma penal encaminada a evitar la lesión de bienes jurídicos mediante imperativos dirigidos al ciudadano para que no emprenda la lesión de los mismos, el contenido de la presión estará compuesto ineludiblemente de conductas que se dirijan a dicha lesión nunca de resultados.

La consideración de la tentativa de delito como una figura típica es la dominante. Su regulación en la parte general del Código Penal se debe únicamente a razones de economía legislativa que no determinan la respuesta sobre su naturaleza jurídica.

Sin embargo, no existe acuerdo sobre la forma de concebir esta tipicidad. Para algunos autores constituye una simple extensión de la tipicidad básica y normal, que se traduce en el delito consumado. Otro sector doctrinal considera posible establecer también en estos casos una tipicidad autónoma e independiente de aquel.

La respuesta a esta cuestión se haya directamente condicionada por el concepto de tipo que se sostenga y por el contenido que se atribuya al mismo. Así, se parte del tipo de garantía, constituido por todas aquellas exigencias legalmente determinadas, a través de las cuales se delimita una conducta punible de otra impune, o bien si se parte del tipo penal, comprensivo de aquellos elementos que condicionan la punibilidad del hecho, tanto si afectan a la gravedad del injusto como si obedecen a otras razones político criminales, la tentativa, constituye un tipo distinto del delito consumado, que incluye el resultado del delito. En cambio, si nos referimos al tipo de injusto será preciso delimitar el contenido que se atribuye al mismo.

En conclusión la tentativa forma parte de la teoría del delito y se presenta como una forma amplificadora de los tipos establecidos en la parte especial, toda vez que la razón de su tipificación, se debe a la necesidad de no dejar impunes aquellas conductas que teniendo como fin el cometer un determinado delito, comienzan a ejecutar el delito mismo, el cual no se consuma debido a una causa ajena a la voluntad del agente. Es por ello que para que la tentativa cobre vida jurídica, debe siempre ir relacionada al delito que el agente previamente había resuelto cometer el cual no se consumó debido a una causa ajena a su voluntad. Por otro lado, el hecho de que la figura jurídica de la tentativa se encuentre tipificada en la parte general del Código, no es óbice para considerarla un figura típica, ya que si esto acontece, se debe simplemente a una razón de técnica legislativa, ya que es mucho más razonable el describir este precepto en la parte general del Código junto aquellas disposiciones que son aplicables a todos los delitos descritos en la parte especial, en lugar de repetir la punición de la tentativa junto a la consumación para cada delito en particular, lo cual constituiría sin lugar a dudas un sistema repetitivo y falto de agilidad

Así puede afirmarse que la institución jurídica de la tentativa, es el genero, la cual se encuentra regulada en la parte general del Código, debido simplemente a una razón de técnica legislativa, y la especie, serán aquellos delitos que se encuentran tipificados en la parte especial del Código y que obviamente la admiten, los cuales no llegaron a consumarse debido a una causa ajena a la voluntad del sujeto activo, por ello se dice que se trata de un tipo amplificador de los tipos que se encuentran regulados en la parte especial del Código, con el fin de no dejar impunes aquellas conductas que tenían la plena intención de cometer algún delito y que debido a una causa ajena a la voluntad del agente no se consumó, y si bien es cierto, con dicha conducta no se alcanzó a lesionar algún bien jurídico tutelado por la norma penal, lo cierto es que si puso en peligro dicho bien y es por ello que se punen dichas conductas.

Luego entonces, la tentativa es un grado de ejecución del delito, pues

contiene los elementos de éste, a saber: conducta, típica, antijurídica y culpable.

Consta de una conducta, ya que puede presentarse a través de un acción o de una omisión, de acción cuando su conducta se encuadra en la hipótesis establecida en el tipo a través de una norma prohibitiva; de omisión cuando su conducta (de no hacer) se encuadra en la hipótesis establecida en el tipo a través de una norma imperativa.

La tentativa es típica, pues el legislador, con el fin de no dejar impunes aquellas conductas desplegadas por sujetos activos, que con la plena intención de cometer algún delito, llevan a cabo los actos ejecutivos tendientes a su realización, mismo que no logra consumarse debido a una causa ajena a su voluntad; por lo que crea un amplificador del tipo penal, al cual ubica en la parte general del Código pues para su existencia requiere que la conducta que el activo había resuelto cometer exteriorizándola a través de los actos ejecutivos tendientes a su consumación, la cual no aconteció debido a una causa ajena a su voluntad, se encuentre tipificado en la parte especial, por ello decimos que se trata de un tipo amplificador de los tipos previstos es la parte especial que no se consumaron debido a las causa ya enunciadas.

Precisado lo anterior diremos que la tentativa de un delito de la parte especial del Código, es de resultado formal, ya que únicamente ponen en peligro el bien jurídico tutelado por la norma penal, más no se lesiona, por lo que no se hace tangible en el mundo fáctico a través de un resultado material, mismo que se presentaría en dado caso que dicho delito se hubiera consumado y que claro fuera de resultado material.

II. 5. Los elementos de la tentativa

La institución jurídica de la tentativa, contiene elementos que son indispensables para que se configure la tentativa, los cuales son *la voluntad o*

intención de delinquir, el comienzo de ejecución del delito y la no consumación del mismo.

Si falta alguno de los elementos que integran la tentativa, la misma no se producirá, por lo que a continuación estudiaremos por separado cada uno de los elementos de la misma.

II. 5. 1. Voluntad de cometer el delito.

La voluntad o intención de delinquir, es el primer elemento que integra cualquier tentativa, como lo hemos venido estableciendo a lo largo de este trabajo de investigación, y especialmente al estudiar lo relativo al *iter criminis*, en la parte subjetiva, el activo, primero idea cometer un delito – el cual obviamente debe estar tipificado en la norma penal – posteriormente delibera entre cometerlo o no cometerlo, y si decide hacerlo, la parte subjetiva del camino del delito se encuentra completa y con ello también el primer elemento de aquel delito que ha quedado en grado de tentativa.

Pero para que el sujeto activo pueda tener la voluntad o intención de delinquir, debe ser un sujeto imputable, con capacidad de obrar en el Derecho penal, es decir, que el activo conozca la ilicitud de su acto y no obstante ello quiera realizarlo, debe tener la capacidad de entender y querer – aptitud intelectual y volitiva – la cual se encuentra condicionada por la salud mental y el desarrollo del activo.

Fernando Castellanos, establece: “La imputabilidad es, el conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mentales en el autor, en el momento del acto típico penal, que lo capacitan para responder del mismo.

Comúnmente se afirma que la imputabilidad está determinada por un mínimo físico representado por la edad y otro psíquico, consistente en la salud

mental. Son dos aspectos de tipo psicológico: salud y desarrollo mentales;...”¹¹⁶

Es necesaria la intención para que exista la tentativa, es decir, se requiere que el activo conozca que su resolución constituye un delito y no obstante ello, que tenga voluntad de cometerlo, es decir que actué con dolo (con plena conciencia y voluntad de sus actos, cognoscitiva y volitivamente).

Cuando el primer elemento de la tentativa, es decir la voluntad o intención de delinquir, se ha acreditado, se dice entonces que subjetivamente el delito está completo, ya que como lo hemos establecido a lo largo del presente trabajo de investigación, cuando el delito queda en grado de tentativa, se encuentra objetivamente incompleto en relación con el delito consumado, toda vez que éste, se encuentra completo tanto subjetivamente (voluntad y conciencia de cometer el delito), así como objetivamente (es decir, haber llevado a cabo todos los elementos integrantes de un delito, que el mismo se consumen y se produzca su resultado). Cuando el delito queda en grado de tentativa por el contrario, se encuentra incompleta objetivamente, pues a pesar de que se han llevado a cabo en todo o en parte, – según se el caso: tentativa acabada o tentativa inacabada – no se ha producido el resultado ilícito (material o formal) que aparece cuando el delito se consuma, debido a una causa ajena a la voluntad del activo.

II. 5. 2. Comienzo de los actos ejecutivos del delito

El segundo elemento característico de la tentativa es el comienzo de los actos ejecutivos del delito que previamente el agente ha resuelto cometer, dichos actos, se traducen en el elemento típico de la tentativa. Para establecer cuando comienza la tentativa es necesario remitirse al delito que se había resuelto cometer, pues como ya lo hemos visto al realizar el estudio correspondiente a los actos ejecutivos, a pesar de las diversas teorías existentes en el derecho penal internacional en cuanto a este tema, no existe teoría alguna a través de la cual se

¹¹⁶ CASTELLANOS TENA, Fernando, Ob. Cit., p. 218.

pueda establecer en que momento comienza la tentativa, ya que los delitos de la parte especial del Código, son creados por el legislador, cuando dentro de la sociedad aparecen conductas reiteradas que lesionan la paz social, estableciendo tipos penales a través de normas prohibitivas o imperativas, con el fin de salvaguardar la convivencia de las personas en sociedad; más no son creados tomando en consideración los lineamientos establecidos en la teoría del delito o el *iter criminis*, es por ello que en la práctica se deben de valorar todos los elementos de prueba que debidamente administrados entre sí, permiten establecer al Ministerio Público investigador y al Juzgador, en que momento comienzan los actos ejecutivos del delito.

En consecuencia como ya ha quedado debidamente establecido en otro apartado de este trabajo de investigación, solo los actos de ejecución son incriminados o punibles aún cuando se hubiese demostrado que los actos de preparación estén dirigidos a cometer un determinado delito. Asimismo establecimos que solo serían punibles los actos preparatorios, cuando por sí mismos constituyan una figura típica distinta de la que el activo había resuelto cometer pero de ningún modo se pueden punir, cuando forman parte de la tentativa del delito que el activo previamente había resuelto cometer.

II. 5. 3. La no consumación del delito

La no consumación del delito, resulta ser el último elemento de la figura jurídica de la tentativa, ya que primeramente el activo debió haber ideado cometer un delito, posteriormente deliberó entre cometerlo o no cometerlo y finalmente resolvió cometerlo, una vez resuelta su voluntad, el activo la exterioriza, comenzando a preparar el camino para ejecutar el delito, a través de los actos preparatorios, posteriormente el activo comienza a ejecutar el delito mediante los actos ejecutivos, con el fin de consumarlo y de que se produzca su resultado ilícito, sin embargo, el mismo no se produce debido a una causa ajena a su voluntad no se consuma, ya que de otro modo si el delito se hubiese consumado,

no estaríamos en presencia de una tentativa del delito que el activo previamente había resuelto cometer, sino ante el delito perfecto previsto en la parte especial del Código.

El último requisito necesario para que se de la tentativa, es el impedimento para la consumación objetiva del delito que el activo previamente había resuelto cometer, dicho impedimento puede darse como resultado de cualquier contingencia ajena a la voluntad del agente por cuyo motivo es un delito perfecto subjetivamente, pero imperfecto objetivamente, en relación con el delito consumado previsto en la parte especial del Código.

Las causas de la no consumación del delito pueden presentarse, de manera voluntaria, ello acontece, cuando el activo libre y espontáneamente, desiste de seguir llevando a cabo los actos ejecutivos que deberían producir el resultado ilícito y se presenta en las tentativas inacabadas, por el contrario en la tentativa acabada, cuando el activo ha llevado a cabo todos los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, pero sin que éste se haya consumado aun y en ese momento, el activo se arrepiente y consigue evitar que el resultado se produzca. Pero cuando ello acontece nuestra legislación prevé que no se impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a la tentativa del delito que se había resuelto cometer se refiere, sin perjuicio de aplicar aquellas penas o medidas de seguridad que corresponda a actos ejecutados u omitidos que por sí mismo constituyan delitos.

II. 6. La imperfección del delito en la tentativa

En cuanto a la llamada imperfección del delito en la tentativa, J. Ramón Palacios Vargas, establece: "Carrara siempre llamó a la tentativa delito imperfecto. Coinciden en la afirmación Florián, Pessina y Ferri.

Si entendemos con Saltelli y Romano Di Falco que la consumación existe

cuando por efecto de la actividad del sujeto se han realizado todos los elementos exigidos por el tipo, habremos de concluir con Cuello Calón, que la tentativa no es un delito imperfecto, en cuanto que todos sus extremos jurídicos han sido satisfechos; que sólo en oposición al delito consumado la tentativa es delito imperfecto, por no haberse lesionado totalmente el bien protegido por el tipo; y como justamente observa Bettioli, la tentativa tiene su propia objetividad, dada la lesión potencial de un bien jurídico; tiene una estructura suya, propia, dados los actos idóneos dirigidos a ocasionar un resultado lesivo; tiene una sanción específica, mas mitigada que la prevista para la consumación.

Ahora bien el concepto de perfección aplicado a tentativa y consumación, lo podemos entender desde un punto natural y de otro meramente formal o jurídico. Bajo el primero es obvio que la consumación es perfección, por corresponder el acto humano de voluntad con la lesión completa del bien contemplado en el precepto tipificador, y que tentativa es imperfección, por que falta precisamente el resultado, el más importante de los requisitos del tipo; más jurídicamente estimado el tema, 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.

Es incuestionable, tal como destaca Antolisei, que el delito tentado adquiere relevancia sólo en mérito del delito al cual se proyecta la acción venida a menos, desde su nomen adviértese su derivación del tipo, pero esto no es óbice para sostener con Paoli que un hombre sin brazos es imperfecto, pero siempre es un hombre. La contradicción entre tentativa y consumación es más bien aparente, pues en el marco del Derecho tan se consuma el delito tentado como el previsto en la norma principal; se trata de dos momentos diferenciados, y de dos situaciones que el Derecho penal capta para los efectos de la represión.

Sintetizando podemos decir que: a) La existencia jurídica del delito tentado

viene de su particular previsión genérica en la ley, y del tipo principal; b) Tiene su propia materialidad, puesto que objetivamente es diverso el resultado – material o simplemente jurídico – del tipo principal, que la objetividad de la tentativa que consiste en la puesta en peligro de aquél bien garantizado por el referido tipo; c) La tentativa es perfecta y ahí inculpa, cuando satisface los elementos subjetivos y objetivos – a veces normativos – requeridos por su norma general y por la norma que tutela el bien agredido.”¹¹⁷

Alfonso Reyes Escandía, establece: “Tradicionalmente se ha dado a la tentativa el nombre de “delito imperfecto”; a ese propósito, necesario es distinguir si la palabra “imperfecto” se refiere al verbo latino *perficere* (cumplir terminar ultimar, acabar); la tentativa, en cuanto dice relación con una conducta que no logra la finalidad buscada, es algo imperfecto, pero si el calificativo se emplea para designar el hecho cuya consecuencia jurídica ha de ser una sanción penal, entonces debe afirmarse que la tentativa es jurídicamente un ente perfecto, no solo porque tiene su propia sanción aunque referida a la del tipo cuya conducta comienza a ejecutarse, sino porque se necesitó crear un dispositivo especial para darle relevancia jurídica...”¹¹⁸

Para nosotros, la tentativa es un delito perfecto, pues como ya lo hemos analizado anteriormente en este trabajo de investigación, contiene todos los elementos del delito (conducta, típica, antijurídica y culpable), sin que sea óbice para ello, el hecho de que el resultado producto de la conducta ya sea de acción o de omisión, no sea material, sino formal, asimismo tampoco resulta un obstáculo, el que no se haya alcanzado a lesionar el bien jurídico tutelado por la norma penal, pues ello se debe a que no se consumó el delito que previamente el sujeto activo había resultado cometer, debido a una causa ajena a su voluntad; sin embargo, si se puso en peligro el bien jurídico tutelado, ya que si el delito no se consumó, fue debido a una causa ajena a la voluntad del sujeto activo, y no a que éste, es decir,

¹¹⁷ PALACIOS VARGAS, J. Ramón, Ob. Cit., pp. 25-27.

¹¹⁸ REYES ECHANDIA, Alfonso, Obras Completas Derecho Penal Tipicidad Culpabilidad, tomo I, Ed. Temis S. A., Santa Fe de Bogotá, Colombia 1998, p. 119.

el activo, haya desistido libre y voluntariamente de cometer el delito, cuando se encontraba realizado parte los actos ejecutivos necesarios para la consumación del tipo penal de la parte especial, o que una vez llevados a cabo todos los elementos del tipo que previamente había resuelto cometer el sujeto activo, evitara que se produjera el resultado ilícito y por ende la consumación de dicho delito. Es por ello que el derecho penal sanciona la puesta en peligro del bien jurídicamente tutelado.

Luego entonces, el hecho de que se considere la tentativa como un delito imperfecto, se debe a que alguna parte de la doctrina ha establecido que la tentativa constituye un *minus* frente al delito consumado, argumentando que la tentativa a diferencia de éste, no supone la completa realización del tipo de la parte especial del Código, que el sujeto activo previamente había resuelto cometer, sino únicamente una parte de él.

II. 7. Elementos de la tentativa punible

Los elementos de la tentativa punible, son aquellos por los que se encuentra conformado el concepto que se prevé en el artículo 20 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, mismo que a la letra dice:

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 por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo no se llega a la consumación, pero se pone en peligro el bien jurídico tutelado.

Del anterior concepto se desprende que la tentativa punible se conforma por los siguientes elementos:

- Que exista la resolución de cometer un delito;
- Que dicha resolución se exteriorice realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo;
- Que el resultado no se produzca por causas ajenas a la voluntad del agente; y
- Que se ponga en peligro el bien jurídico tutelado.

En el mismo sentido se ha pronunciado el Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, en la Octava Época, en el criterio sustentado en la tesis: VI.2o. J/275, visible en la página: 74, tomo: 77, Mayo de 1994, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, misma que a la letra dice:

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

Sin embargo, de los mismo elementos integrantes de la tentativa, se desprenden otros elementos que se encuentran implícitos en aquellos, mismo que a continuación procedemos a tratar de analizar.

II.7. 1. Intención de efectuar una conducta típica

La intención de efectuar una conducta típica, es decir, la resolución de cometer un delito, resulta ser el primer elemento de la tentativa punible, elemento éste que es de carácter subjetivo, pues no debemos olvidar que la parte subjetiva del *iter criminis*, comienza por la ideación que tiene el sujeto activo de cometer un determinado delito, posteriormente, el sujeto delibera entre cometer o no cometer

dicho delito y finalmente resuelve cometerlo, es decir, con plena conciencia y voluntad – con *Dolo* – ya que el sujeto activo al idear cometer un delito, sabe de antemano que la conducta que ha ideado, se encuentra prohibida por la ley y constituye un delito, y tiene conciencia de ello, tan es así, que posteriormente delibera entre cometer o no cometer el delito que previamente ha ideado, planteándose las consecuencias que pueden producirse si lleva acabo el delito y es detenido, como por ejemplo: una pena de prisión y no obstante ello, las asume y quiere el resultado ilícito que se producirá al cometer el delito que previamente ha ideado. Por lo tanto su resolución, se encuentra dirigida a un fin determinado, como puede ser: el privar de la vida a otra persona; apoderarse de una cosa mueble ajena con ánimo de dominio y sin consentimiento de la persona que legalmente puede otorgarlo; o imponerle la cópula a una persona, sin su consentimiento a través de la violencia; etcétera.

El problema surge en la práctica, al momento de tratar de acreditar que el sujeto activo efectivamente tenía la intención de cometer el delito determinado que ha quedado en grado de tentativa, toda vez que se trata de un elemento subjetivo que se encuentra en la mente del activo. Es por ello que el juzgador al momento de realizar el estudio correspondiente, deberá adminicular todos los elementos de prueba que a manera de indicios, obren en una causa y tratar de llegar de la verdad conocida a la verdad histórica, con el fin de estar en condiciones de afirmar que la intención del sujeto activo era la de cometer un determinado delito.

Al respecto vale citar, el criterio sustentado por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, en la Octava Época, visible en la página: 447, tomo: XII, Noviembre de 1993, del Semanario Judicial de la Federación, misma que a la letra dice:

**TENTATIVA DE HOMICIDIO. PARA SU CONFIGURACION
ES PRIMORDIAL DEMOSTRAR EL ANIMUS NECANDI DEL
SUJETO ACTIVO. Para distinguir en un evento si se está en**

presencia de un delito de homicidio en grado de tentativa, o de lesiones, hay que atender especialmente al elemento subjetivo del tipo, es decir, a la intención o estado psíquico del agente en el momento de cometer el hecho criminoso.

II.7. 2. Principio de ejecución o actos ejecutivos

Una vez que ha quedado acreditada la resolución que el sujeto activo tiene de cometer un determinado delito, se debe acreditar que dicha resolución se exteriorizó realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, es decir, que se ha comenzado a ejecutar el delito, ya que solo los actos de ejecución resultan relevantes para la tentativa punible, toda vez que los actos preparatorios por su propia naturaleza son equívocos y no revelan por sí mismos la intención del activo de cometer el delito. Por ejemplo: cuando el sujeto activo resuelve privar de la vida a otra persona que trabaja en un banco, para lo cual comienza a llevar a cabo los actos preparatorios, tales como conseguir la pistola con la cual dispararía en contra del pasivo, una vez que la tiene se traslada a la sucursal bancaria y ya estando ahí, el guardia de seguridad se percata de que el activo porta una pistola y logra someterlo, por que cree que su intención es robar el banco. Cosa distinta acontece cuando el mismo sujeto activo, se dirige hacía el lugar en donde se encontraba el sujeto pasivo, se coloca frente a él, saca de entre sus ropas el arma, corta cartucho y en ese momento le dice te voy a matar y acto seguido le dispara en el cuerpo logrando lesionarlo; con lo que se acredita que el sujeto activo exteriorizo su resolución de cometer un de cometer el delito de homicidio, al realizar totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado.

Siendo aplicable a lo anterior, la siguiente tesis sustentada por el Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Sexto Circuito, en la Octava Época, visible en la página: 587; del tomo: XII, Agosto de 1993, del Semanario Judicial de la Federación, misma que a la letra dice:

TENTATIVA PUNIBLE DE HOMICIDIO, ELEMENTOS DE PRUEBA DE LA. Los elementos de la tentativa punible de homicidio son: a) La intención de querer privar de la vida al pasivo (elemento subjetivo); b) La realización de actos idóneos para consumarla y c) Que el resultado no se produzca por causas ajenas a la voluntad del agente; por lo que si en autos se demostró que el activo manifestó verbalmente su intención de cometer el ilícito penal, momentos antes de los hechos, que efectuó un disparo sobre la cara de la víctima mientras se encontraba tirada, produciéndole lesiones y no la muerte, dada la intervención de otras personas que impidieron siguiera la agresión, es indudable que existen datos fehacientes que permiten concluir con la intención de perpetrar el homicidio; máxime que un disparo sobre la cara de la ofendida, región donde se ubican órganos vitales, constituye un medio idóneo para el fin y tal conducta probada, justifica el auto de formal prisión reclamado.

II.7. 3. Univocidad de la voluntad y de los hechos

En cuanto a la univocidad de la voluntad y de los hechos, el Doctor Rodolfo García García, nos dice: "Es también elemento constitutivo de la tentativa punible que la voluntad y el principio de ejecución que la integran se dirijan inequívocamente a la realización de un delito, es decir, se requiere que no haya duda de que la acción se dirige precisamente a la perpetración de un delito; a esta circunstancia se le denomina la univocidad de la acción."¹¹⁹

Luego entonces, la univocidad de la voluntad y de los hechos, resulta ser una característica de los actos ejecutivos, los cuales deben de ser inequívocos

¹¹⁹ GARCÍA GARCÍA, Rodolfo, Ob. Cit., p. 64.

con respecto al delito que el sujeto activo ha resuelto cometer, por ello para que una tentativa sea punible, se requiere que la resolución de cometer un delito se exteriorice 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 sujeto activo. Es por ello que no basta con que la voluntad del sujeto activo, esté encaminada a la realización de un determinado delito, sino que además se requiere que los hechos ejecutados por el sujeto activo, sean inequívocos, es decir, que revelen por sí mismos la intención del sujeto activo de cometer el delito que previamente había resuelto cometer, si se reúnen estos dos requisitos, estaremos en presencia de la univocidad de la voluntad y de los hechos.

En relación a la univocidad de la voluntad y de los hechos, resulta aplicable el criterio sustentado por el Primer Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, en la Octava Época, en la tesis, visible en la página: 694, del tomo: XIII, Junio de 1994, del Semanario Judicial de la Federación, misma que a la letra dice:

VIOLACION EN GRADO DE TENTATIVA. SUPUESTOS EN QUE SE INTEGRA. Es incuestionable que para tener por comprobados los elementos que configura la tentativa del delito de violación es menester que se esté en presencia de hechos, que por la materialidad y tangibilidad que revistan, sean significativos sin lugar a dudas que el inculcado tuvo el propósito firme de copular con la pasiva, sin conseguirlo por la interrupción de un agente o causa externa. Verbigracia, el que previamente a desplegar la conducta hubiere anunciado expresamente que esa era su finalidad; el que durante la secuela en que verifique su conducta se hubiera preparado para introducir su órgano viril por vías idóneas, o no idóneas, ya sea descubriéndoselo y propiciarse las condiciones adecuadas e inmediatas para la cópula y

obligando a la víctima a hacerlo; y en fin cualquier otra forma que de una apreciación lógica y atendiendo a las circunstancias que rodeen el caso, conduzcan necesaria e inequívocamente a probar los aludidos requisitos.

II. 7. 4. Idoneidad de la conducta y de los medios empleados

La idoneidad de la conducta y de los medios empleados, resulta ser otro requisito para la configuración de la tentativa punible. "La idoneidad – escribe Rodolfo García García – significa en la ciencia penal que los actos de ejecución de la tentativa deben ser adecuados y aptos para conseguir el fin delictuoso que el agente se propone. Igualmente la idoneidad de los medios consistente en la adecuación o aptitud de los medios empleados por el agente para la perpetración del fin delictuoso que pretende."¹²⁰

Para que un delito determinado quede en grado de tentativa, se requiere, además de los elementos ya enunciados con anterioridad, que la conducta desplegada por el sujeto activo sea idónea para producir el delito que previamente había resuelto llevar a cabo, pero además se requiere también la idoneidad de los medios empleados para ejecutarlo, características sustanciales de los actos ejecutivos, a través de los cuales el sujeto activo exterioriza en parte o totalmente su resolución de cometer un delito, el cual no se consuma por una causa ajena a su voluntad. Por ejemplo: cuando un sujeto activo después de haber ideado cometer un robo en una joyería, decide exteriorizar su resolución criminal, para lo cual consigue primeramente una arma de fuego con la cual amagará al personal de la joyería, posteriormente se dirige al lugar en donde se ubica la joyería y espera el momento adecuado de acuerdo con su plan y entra en la joyería con la intención de apoderarse de diversas joyas, saca el arma, amaga con ella al personal de la joyería, al tiempo que los amenaza con matarlos si intentan algo y si no le entregan las joyas de la aparador, por lo que los empleados de la joyería

¹²⁰ GARCÍA GARCÍA, Rodolfo, Ob. Cit., p. 66.

ante el temor de sufrir un mal presente e inmediato, se ven intimidados y no oponen resistencia y comienza a hacer lo que el activo les ordena, pero al momento de estar colocando las joyas en el maletín que el activo les había entregado, llega el personal de una empresa de valores a recoger el dinero de la venta del día y como también van armados, logran someter al sujeto activo, por lo que no logra consumirse el delito de robo, debido a una causa ajena a la voluntad del sujeto activo. Del ejemplo anterior se advierte que tanto la conducta desplegada por el activo, como los medios utilizados por él fueron idóneos para perpetrar el robo a la joyería, mismo que no se consumó por una causa ajena a su voluntad.

En cuanto a la idoneidad de la conducta y de los medios empleados en la tentativa punible, vale transcribir el criterio sustentado por el Cuarto Tribunal Colegiado del Cuarto Circuito, en la Novena Época, tesis: IV.4o.1 P, visible en la página: 515, del tomo: VI, Noviembre de 1997, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, mismo que a la letra dice:

SALUD, DELITO CONTRA LA. TENTATIVA DE SUMINISTRO. LOS ACTOS PREPARATORIOS NO LA INTEGRAN. Los elementos de la tentativa punible, de acuerdo al artículo 12 del Código Penal Federal, son: a) el moral o subjetivo, que consiste en la intención dirigida a cometer un delito; b) el material u objetivo, es decir, los actos realizados en forma directa e inmediata para la consumación de ese ilícito; y c) un resultado que no llega a su consumación por causas ajenas a la voluntad del activo. Sentado lo anterior, resulta obvio que la tentativa punible, para surtirse, requiere no de meros actos preparatorios, sino de una acción que de manera inequívoca sea un principio de ejecución, de iniciación del injusto que no llega a su fin lesivo por causas ajenas a la voluntad del agente. Tales actos, en

sí constituyen la entrada al núcleo del tipo y caracterizan a la tentativa, en cuanto son los medios idóneos o aptos para causar lesión en el bien jurídico tutelado, conforme a la determinación subjetiva previa adoptada por el activo y por circunstancias ajenas a éste no llegan a la meta propuesta. Ahora bien, cuando se trata de un delito contra la salud en la modalidad de suministro en grado de tentativa, debe considerarse que ésta no se integra si se le encontró al activo, en la revisión previa al ingreso al reclusorio, la droga recibida de un tercero, oculta en sus zapatos, la cual dijo pretendía llevar a un interno, pues dichos actos son por su naturaleza previos o preparatorios, cuenta habida de que ni siquiera pudo llegar al sitio donde iba a proporcionar al interno el estupefaciente.

II. 7. 5. El elemento finalista

El elemento finalista, se basa en que la conducta ya sea de acción o de omisión desplegada por el sujeto activo, debe estar encaminada a un fin determinado, es decir, el sujeto activo primeramente idea llevar a cabo un determinado delito, posteriormente delibera entre cometerlo o no cometerlo y finalmente resuelve llevarlo a cabo, con plena conciencia y voluntad de su actuar, sabedor de que de llevar a cabo su resolución, su conducta sería típica, antijurídica y culpable y no obstante ello decide voluntariamente exteriorizar su voluntad, queriendo y aceptando el hecho criminal, es decir con dolo, dirigiendo su actuar a un fin delictivo predeterminado, el cual en la tentativa punible no se consuma por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo.

“La acción final – escribe Enrique Díaz Aranda, al explicar la concepción de acción final planteada por Hans Welzel – se conforma de dos fases: la primera es subjetiva e inicia con la proposición de un fin, la selección de medios para

conseguirlo y la consideración de efectos concomitantes. La segunda es objetiva y se manifiesta en el mundo real con la realización de los medios preparatorios hasta llegar a la realización de la conducta típica (tentativa) y, en su caso, la producción del resultado (consumación)."¹²¹

II. 7. 6. El requisito del peligro corrido

El requisito del peligro corrido, se refiere precisamente a que en la tentativa punible, al no consumarse el delito que el sujeto activo previamente había resuelto cometer, no se lesiona el bien jurídico tutelado por la ley penal, sino que únicamente se pone en peligro dicho bien.

Los bienes jurídicos que protege o tutela la ley penal, se ven regulados a través de tipos penales, ya sea de carácter prohibitivo o imperativo, que se conforman por uno o varios elementos, que pueden ser acumulativos o alternativos, así como por modalidades agravantes o atenuantes. Es por ello que cuando un delito se consuma se lesiona un determinado bien jurídico tutelado por ley penal, como lo puede ser la vida de las personas – cuando se comete homicidio – la salud e integridad corporal – en el delito de lesiones – el patrimonio de las persona física o jurídicas colectivas – cuando se comete el delito de robo o el de fraude – la libertad sexual de la personas – en el delito de violación o de abuso sexual – etcétera.

Siendo la tentativa punible un grado de ejecución del delito, el cual no se consumó por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo, a pesar de que aquel exteriorizó su resolución de cometer un delito realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían de producir el resultado u omitiendo los que deberían evitarlo; lógico resulta concluir que entonces el bien jurídico tampoco se lesionó, sino que únicamente se puso en peligro. Luego entonces para que un

¹²¹ DIAZ ARANDA, Enrique, Dolo Causalismo-Finalismo-Funcionalismo y la Reforma Penal en México, ed. 2ª, Ed. Porrúa, México 2000, p. 45.

bien jurídico se ponga en peligro, se debe haber ejecutado en parte o totalmente un determinado delito, siempre y cuando no se produzca su resultado, es decir, no se consume por causas externas ajenas a la voluntad del sujeto activo.

II. 7. 7. La no consumación del delito por causas ajenas a la voluntad del agente

La no consumación del delito que el sujeto activo previamente ha resuelto cometer y que a comenzado a ejecutar, debe ser por una causa ajena a su voluntad.

Por ejemplo, cuando el sujeto activo idea violar a una mujer que labora en la misma empresa que él, a la que por más que corteja no accede a tener una relación amorosa con él, ya que es casada, por lo que planea esperarla a la salida de su trabajo y como sabe que la mujer no cuenta con automóvil propio, se ofrecerá a llevarla a su casa, como en alguna otra ocasión lo ha hecho, pero en lugar de llevarla a su domicilio, decide que introducirá el automóvil en un terreno baldío que se ubica en la misma ruta que se toma para llegar al domicilio de la mujer y que como será de noche y en dicho lugar no hay luz, someterá a la mujer por la fuerza y le impondrá la cópula, amenazándola con decirle a su marido que ella accedió voluntariamente a copular con él, si trata de denunciarlo; por lo que posteriormente delibera entre cometer la violación o no cometerla, con plena conciencia de que puede ser descubierto en flagrancia, es decir, en el momento de estarle imponiendo la cópula, y ser detenido, o de que tal vez no sea así, pero la mujer, lo denuncie, sin embargó, sus ánimos lascivos tendientes a tener cópula con la mujer, son más fuertes que su temor a ser privado de su libertad; por lo que quiere y acepta las consecuencias que se presenten al violar a la mujer, es decir, ha resuelto cometer el delito de violación. Posteriormente exterioriza su voluntad y comienza a llevar a cabo los actos preparatorios, al encontrarse con la mujer antes de la hora de salida y decirle que sí la lleva a su casa y toda vez que la mujer acepto, a la hora de la salida se van de la empresa juntos, con dirección al

domicilio de la mujer, pero al llegar al lugar en el que se ubica el terreno baldío, el sujeto activo introduce el vehículo en dicho terreno, la mujer se sorprende y le dice al sujeto activo que qué está haciendo, al tiempo que intenta bajarse del automóvil, pero como el sujeto activo previamente había puesto los seguros, no logra hacerlo, en ese momento el activo se abalanza sobre ella la sujeta fuertemente de las manos, la mujer grita y se resiste, pero como el activo es superior en fuerzas, la somete y como su automóvil es una mini van, por la fuerza la obliga a pasarse hacia la parte de en medio de la camioneta y la tira entre los asientos y entonces, con una soga que previamente había guardado en la bolsa de su chamarra le amarra las manos, al tiempo que la mujer sigue gritando, el activo la golpea en la cara y con una mano le tapa la boca, mientras con la otra le sube la falda y le logra quita la pantaleta; comenzado ahora a llevar a cabo los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, diciéndole a la mujer, ahora sí vas a ser mía, acto seguido el sujeto activo trata de bajarse el cierre del pantalón, pero como éste se le ator, quita la mano de la boca de la mujer, para bajarse el cierre, momento que la mujer aprovecha para seguir gritando pidiendo auxilio, gritos de auxilio que en ese momento escuchan unos muchachos que también se introdujeron en el terreno baldío con el fin de tomarse una cervezas y no ser detenidos por la policía, el activo logra bajarse el cierre y se saca del pantalón su miembro viril, pero para evitar que la mujer siguiera gritando le vuelve a tapar la boca con una mano, se encima en la mujer y con la otra mano intenta abrir las piernas de la mujer quien se resiste como puede, y cuando le logra abrir las piernas y está en proceso de introducir su pene en la vagina de la mujer, los muchachos rompen los vidrios de la camioneta y logran abrir las puertas, impidiendo con ello que el sujeto activo lograra imponerle la cópula a la mujer, pues lo bajan de la camioneta, lo golpean y dan aviso a la policía.

Es así como claramente del ejemplo anterior se advierte que nos encontramos en presencia de un delito de violación que ha quedado en grado de tentativa, pues ha quedado acreditado que el sujeto activo tenía la intención de violar a la mujer, la cual exteriorizó realizando totalmente los actos ejecutivos que

deberían producir el resultado, es decir, imponerle la cópula a la sujeto pasivo, lo que no aconteció debido a una causa ajena a su voluntad, como lo fue la intervención oportuna de terceras persona que evitaron que la violación se consumara.

Es por lo anterior que la tentativa punible requiere como uno de sus elementos que el delito que el sujeto activo había resuelto cometer, mismo que ya se había empezado a ejecutar, no se consume por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo.

Si el delito no se consuma porque el sujeto activo desiste o se arrepiente de su resolución criminal primaria espontánea y voluntariamente, a pesar de que nada le impida consumir el delito, no es posible acreditar que el delito quede en grado de tentativa punible, pues falta uno de los elementos que integran la tentativa punible (que el delito no se consume por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo). Pero si alguno o algunos de los actos ejecutados por el activo constituyen por sí mismos un delito, se le sancionara por su comisión.

Al respecto cabe citar la tesis II.2o.P.A.27 P, sustentada por el Segundo Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Segundo Circuito, en la Novena Época, visible en la página: 499, del tomo: III, Abril de 1996, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, misma que a la letra dice:

VIOLACION. TENTATIVA DE, INEXISTENTE. Si la violación dejó de producirse no por causas ajenas a la voluntad del agente, sino por propio y espontáneo desistimiento, de conformidad con el artículo 10 del Código Penal para el Estado de México que establece que si la ejecución del delito queda interrumpida por desistimiento propio y espontáneo del inculpado, sólo se castigará a éste con la pena señalada a los actos ejecutados que constituyan por sí mismos delitos,

se desprende que la tentativa punible es un grado de ejecución directa e inmediata de un delito que no llega a su total consumación por causas ajenas a la voluntad del agente y si aparece demostrado que los actos ejecutados por éste no dieron origen a la consumación total del aludido ilícito por causas meramente voluntarias del sujeto activo su conducta no puede ser sancionada por aquél sino por los actos ejecutados que trajeron consigo la perpetración del otro ilícito.

II. 8. Autonomía de la Tentativa

En cuanto a la autonomía de la tentativa, Francesco Antolisei establece: "... que el delito intentado es la resultante de la combinación de dos normas: una principal (la norma incriminadora especial: por ejemplo, el art. 624 en el hurto) y otra secundaria (la norma extensiva, es decir, el art. 56), las cuales dan origen a un nuevo título de delito, a un título de delito que es y debe considerarse "autónomo", aunque conserve el *nomen iuris* de la figura delictuosa a la cual se refiere (hurto intentado, incendio intentado, etc.). La tentativa, por tanto, no constituye una circunstancia atenuante respecto del delito consumado, inclusive porque las circunstancias representan siempre un algo más en comparación con la figura típica del delito, siendo así que en nuestro caso se da algo menos."¹²²

Por su parte J. Ramón Palacios Vargas, en cuanto a la autonomía de la tentativa, establece: "... La norma de la tentativa es accesoria; sólo cobra vida al contacto con la norma principal de la que es un grado menor. Es un título de delito autónomo – tentativa, frustración – pero jamás tiene vida por sí. No hay pues el delito de tentativa, sino la tentativa de un delito, por ser el fruto de la combinación de dos normas incriminadoras; una principal y otra secundaria, las cuales dan vida

¹²² ANTOLISEI, Francesco, Ob. Cit., p. 339.

a un nuevo título de delito, el delito tentado.”¹²³

Para nosotros la figura jurídica de la tentativa, resulta ser un grado de la ejecución del delito, por lo tanto no se le puede considerar como un delito autónomo, ya que no existe el delito de tentativa por sí sólo, sino que para su existencia se requiere en primer lugar, que la conducta que el sujeto activo ha resuelto cometer, se encuentre tipificada como delito, por ejemplo: Homicidio o Robo, posteriormente que el sujeto activo exteriorice su voluntad de cometer un determinado delito, al realizar en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquel no se consuma por causas ajenas a la voluntad del activo, quedando entonces el delito en grado de tentativa, es por ello que desde nuestro punto de vista, la tentativa por sí sola, no es autónoma, sino que resulta ser un amplificador del tipo, creado con el fin de no dejar impunes aquellas conductas dolosas, a través de las cuales se han llevado a cabo los actos ejecutivos tendientes a producir el resultado, mismo que no se ha producido por causas ajenas a la voluntad del agente, debido al peligro en que se ha puesto del bien jurídico protegido por la norma penal. Luego entonces, se trata de un delito de los denominados complejos mixtos, que se conforma por la no consumación de un delito previsto en la parte especial y por los elementos establecidos en la tentativa prevista en parte general del Código, y una vez reunidos ambos, surge el delito de tentativa de algún delito previsto en la parte especial, que obviamente admita dicha figura jurídica, conformándose así un delito en grado de tentativa.

¹²³ PALACIOS VARGAS, J. Ramón, Ob. Cit., pp. 22-23.

CAPITULO III

CLASES DE TENTATIVA

El presente capítulo tiene como objetivo, tratar de explicar las clases de tentativas, como lo son: la tentativa acabada e inacabada, así como la tentativa de delito imposible, asimismo se estudiará si existe tentativa culposa, de igual forma, se analizará, el desistimiento y el arrepentimiento eficaz del sujeto activo. Lo que a continuación procedemos a efectuar.

III. 1. Tentativa inacabada o conato

La tentativa inacabada o conato, se presenta cuando la resolución del sujeto activo de cometer un delito se exterioriza realizando en parte, los actos ejecutivos que deberían producir el resultado u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquel no se consuma por causas ajenas a la voluntad del activo.

Para Rodolfo García García, existe tentativa inacabada o conato: "cuando el agente no logra realizar, independientemente de su voluntad, algún o algunos actos que había proyectado para lograr la consumación del delito."¹²⁴

Por su parte Alfonso Reyes Echandía, en cuanto a la tentativa inacabada, manifiesta: "Consiste esencialmente en dar principio a la ejecución de un hecho punible, sin que su consumación se produzca por circunstancias ajenas a la voluntad del agente."¹²⁵

Desde nuestro punto de vista, la tentativa inacabada, se diferencia de la tentativa acabada, de forma cuantitativa; en razón de que en la primera los actos

¹²⁴ GARCÍA GARCÍA, Rodolfo, Ob. Cit., p. 85.

¹²⁵ REYES ECHANDIA, Alfonso, Ob. Cit., p. 120.

ejecutivos que deberían producir el resultado del delito que previamente el activo había resuelto cometer, se realizan en parte, en tanto que en la segunda, se realizan totalmente.

Tal distinción entre tentativa inacabada y tentativa acabada, tiene su origen en el conato remoto y el conato próximo, que de acuerdo con Carrara, se entiende de la siguiente manera: "A medida que la serie de actos ejecutados se acerque al acto consumativo, tanto más *próxima* se reputará la tentativa; se dirá *remota* cuanto mayor sea el alejamiento. La *proximidad* por su naturaleza es un término relativo, pero relativo al *fin*, no al *punto de partida*."¹²⁶

En los tipos penales denominados casuísticos o de medios determinados, los cuales – según explica Arturo Zamora Jiménez – son: "... las figuras típicas cuya redacción describe en forma precisa un modelo de conducta por medio del cual se daña el bien tutelado. En este tipo de delitos, la descripción legal acota expresamente las modalidades que puede incluir la manifestación de voluntad,... también es válido denominar a los delitos casuísticos como tipos mediales cuando al describir la conducta señalan el medio preciso de la acción."¹²⁷

En los tipos acumulativo, es decir, aquellos que se encuentra conformados estructuralmente por más de un elemento, no existe, tanto problema para saber cuando estamos en presencia de una tentativa inacabada, como acontece cuando el sujeto activo lleva a cabo solo parte de los elementos del tipo penal que previamente había resuelto cometer, debido a que una causa ajena a su voluntad, le impide llevar a cabo la totalidad de los elementos de dicho tipo penal y obviamente consumir el delito.

El problema surge cuando el delito que el activo previamente había resuelto cometer, es de los llamados tipos genéricos, cuya característica es que: su

¹²⁶ CARRARA, Francisco, Teoría de la Tentativa y de la Complicidad o del Grado en la Fuerza Física del Delito, tr. Romero Girón, Vicente, ed. 2ª, Ed. Góngora, Madrid España 1926, p. 147.

¹²⁷ ZAMORA JIMENEZ, Arturo, Cuerpo del Delito y Tipo Penal, Ed. Ángel, México 2000, p. 175.

redacción describe conductas genéricas, tal y como acontece con la gran mayoría de los tipos penales establecidos en la parte especial del Código, como por ejemplo en delito de Robo, previsto el artículo 220 párrafo primero del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, en el que se establece:

Al que con ánimo de dominio y sin consentimiento de quien legalmente pueda otorgarlo, se apodere de una cosa mueble ajena, se le impondrán:

Dicho tipo no exige un medio de comisión específico, luego entonces, el sujeto activo, se podrá valer de cualquier forma de comisión para producir el resultado, es decir, apoderarse de una cosa mueble ajena mueble con ánimo de dominio y sin consentimiento de la persona que legalmente pueda disponer de ella. Surgiendo de esa forma el problema para determinar si el sujeto activo ha llevado a cabo en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado; problema que se resolverá tomando en consideración las circunstancias específicas de cada caso en particular.

III. 2. Tentativa acabada o delito frustrado

La tentativa acabada o delito frustrado, se presenta cuando la resolución del sujeto activo de cometer un delito se exterioriza realizando totalmente, los actos ejecutivos que deberían producir el resultado u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquel no se consuma por causas ajenas a la voluntad del activo.

Elena Farré Trepal, establece que fue Romagnosi, el primero que dio un concepto de delito frustrado, definiéndolo como: "la ejecución razonada y libre de un acto físico externo, simple o complejo, del cual deriva, de ordinario, un efecto injustamente nocivo para otro, llevada, en cuanto se pudo, al extremo al cual el accidente, o sea, el caso, impidió obtener ese efecto; y en cuánto, precisamente

falta por accidente ese mismo efecto nocivo...»¹²⁸

La estructura típica de la tentativa acabada o delito frustrado, se encuentra conformada por elementos objetivos o externos, subjetivos y normativos. Entendidos los elementos objetivos o externos, como aquellos que se pueden apreciar a través de los sentidos, y que se pueden llevar a cabo mediante una acción o una omisión. A la parte subjetiva del tipo de la tentativa acabada o delito frustrado pertenece *la voluntad de cometer el delito*, así como *los elementos subjetivos* exigidos en cada concreta figura delictiva prevista en la parte especial del Código. Los elementos normativos que son aquellos de valoración judicial o cultural, y que se traducen en lo que se debe entender por *actos ejecutivos*, además de los contenidos en el tipo penal que el activo previamente había resuelto cometer. A la parte objetiva del tipo pertenece, por una parte, *la realización de todos los actos que deberían producir el delito*, elemento diferencial con la tentativa inacabada o conato, así como la *no producción del delito consumado*, que constituye evidentemente la diferencia con el delito consumado.

La parte subjetiva del *iter criminis*, de la tentativa acabada, así como de la tentativa inacabada, resulta ser igual a la del delito consumado, ya que como hemos establecido con anterioridad en este trabajo de investigación, la tentativa tanto acabada como inacabada, subjetivamente se encuentran completas, pues el activo primeramente idea cometer un delito determinado, posteriormente delibera entre cometerlo o no cometerlo y finalmente resuelve cometerlo, con lo que se completa la parte subjetiva de la vida del delito o *iter criminis*; distinguiéndose en la parte objetiva, ya que en la tentativa tanto acabada como inacabada, a diferencia del delito consumado, no se ha producido el resultado ilícito, luego entonces, objetivamente se encuentran incompletas, en relación con el delito consumado.

Junto con la resolución de cometer el delito y la exteriorización de la

¹²⁸ FERRÉ TREPAT, Elena, Ob. Cit., p. 241.

voluntad del activo, a través de la realización total de los actos de ejecución que deberían producir como resultado el delito consumado, la no producción del mismo constituye un elemento esencial de la tentativa acabada o delito frustrado. Ciertamente si como se ha expuesto, la consumación del delito consiste en la completa realización de todos los elementos integrantes de la figura típica, trayendo como consecuencia la producción de un resultado ilícito, lo cual no puede determinarse de forma general sino que deberá hacerse en relación a cada tipo de delito que el activo previamente había resuelto cometer, por lo que será preciso examinar en cada caso concreto si se han llevado a cabo en su totalidad los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, o si por el contrario no ha tenido lugar la producción de algunos o alguno de ellos, para saber si nos encontramos en presencia de una tentativa acabada o inacabada.

A pesar de la distinción entre delitos de mera actividad y delitos de resultado, puede afirmarse que en todos los casos concurre, también en los delitos de mera actividad, la producción de un resultado delictivo, aunque éste sea meramente formal, es decir, que no produce un cambio fáctico en el mundo exterior, apreciable a través de los sentidos. Por lo que así las cosas, desde nuestro punto de vista, en los delitos de mera actividad, no es posible la tentativa acabada, ya que estos delitos se consuman con la sola producción de todos los elementos ejecutivos que los integran, produciéndose así el resultado formal, luego entonces, en dichos delitos únicamente se podrá presentar la tentativa inacabada, misma que se da: cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte, los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo no se llega a la consumación.

Por otra parte, puede afirmarse que la no consumación del delito puede tener lugar, en los delitos de resultado material, a pesar de la realización de todos los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, ya que es posible que el activo lleve a cabo la totalidad de

dichos actos, y a pesar de ello, el resultado material no se produzca, debido a una causa ajena a la voluntad del activo, como sucede por ejemplo: cuando el sujeto activo después de haber ideado privar de la vida al sujeto pasivo, delibera entre cometer o no cometer el homicidio, resolviendo finalmente privar de la vida al sujeto pasivo, para lo cual exterioriza su voluntad y comienza a realizar los actos preparatorios para llevar a cabo el homicidio, como podrían ser conseguir y preparar el arma con la cual dispararía en contra del sujeto pasivo, así como trasladarse al lugar en el cual se encuentra éste y al tenerlo a una distancia - por decir algo - de 3 o 4 metros de distancia, saca de entre sus ropas la pistola y apunta en contra del sujeto pasivo, hecho lo anterior, el activo comienza a llevar a cabo todos los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, al accionar el arma de fuego en contra del sujeto pasivo, en repetidas ocasiones, sin embargo, no logra privarlo de la vida, debido a una causa ajena a su voluntad, ya que el pasivo al percatarse de que el sujeto activo, saca la pistola y la acciona en su contra, logra tirarse al suelo, sacar igualmente una arma de fuego que portaba y repeler la agresión, motivo por el cual el activo no logra privarlo de la vida, a pesar de haber llevado a cabo la totalidad de los actos ejecutivos que deberían producir el resultado ilícito.

Elena Farré Trepas, en este sentido escribe que: "La posibilidad o imposibilidad de admitir la tentativa acabada o delito frustrado, es una cuestión que deberá resolverse en relación a cada figura de delito. Sin embargo, la necesidad de ejecución de todos los actos necesarios para producir el delito como elemento integrante de la estructura típica del delito frustrado, plantea la dificultad de admitir la frustración en todos aquellos casos en los que la consumación del delito se produzca mediante la simple realización de los actos ejecutivos y no se exija la producción de un resultado espacio-temporalmente separado de los mismos. La realización de los actos ejecutivos necesarios conducirán en estos supuestos a la consumación del delito; de forma que, si no concurren todos los actos necesarios para producir el delito consumado, no se habrá llegado todavía a la frustración, y si se han realizado todos, deberemos encontrarlos en el ámbito

de la consumación.

Algunos autores han puesto de relieve al observar esta cuestión que el delito frustrado no es posible en los delitos formales, ya que los característico de estos delitos es que se consumen con la actividad o inactividad del autor."¹²⁹

III. 3. Desistimiento

En este apartado, hablaremos de la figura jurídica a través de la cual el agente, que ha empezado a ejecutar el delito, puede desistirse voluntariamente de seguirlo ejecutándolo y con ello conseguir que su conducta en cuanto al delito que había intentado cometer quede impune, nos referimos al desistimiento.

El desistimiento se presenta únicamente en la tentativa inacaba, en la cual, el agente ha comenzado a realizar parte de los actos ejecutivos de un delito que previamente había resuelto cometer, cuando antes de llevar a cabo la totalidad de dichos actos ejecutivos, desiste libre y voluntariamente de su propósito criminal.

Asimismo se estudiara el concepto de desistimiento, tanto doctrinal, como legislativo. Así como su naturaleza Jurídica y los elementos que lo integran.

III. 3. 1. Concepto y Naturaleza

A continuación, procedemos a transcribir el concepto legal de desistimiento, el cual se encuentran establecido en el artículo 21 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, el cual a la letra dice:

Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se le impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a éste se refiere, a no

¹²⁹ Ibidem, pp. 250-251.

ser que los actos ejecutados constituyan por sí mismos algún delito diferente, en cuyo caso se le impondrá la pena o medida señalada para éste.

Como podemos observar, en este artículo en comento, el legislador, además de proporcionar el concepto de lo que se debe entender por desistimiento, también incluye lo que la doctrina ha llamado arrepentimiento eficaz – figura que estudiaremos en otro apartado del presente trabajo de investigación – en síntesis, el desistimiento se presenta cuando *el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución del delito*.

Al respecto cabe citar la tesis sustentada por la Primera Sala, en la Séptima Época, visible en la página: 199, del tomo: 133-138 Segunda parte, del Semanario Judicial de la Federación, misma que a la letra dice:

TENTATIVA. DESISTIMIENTO. CRITERIO DE PUNIBILIDAD. El que no se produzca el daño, o dicho en forma más técnica, el que no se integre el tipo por causas ajenas a la voluntad del agente, es el criterio de la punibilidad de la tentativa, pero no su contenido como estadio inferior de la violación delictiva. Puede ponerse en peligro un bien jurídico, pero si no se integra el tipo a virtud del desistimiento, no hay punibilidad aun cuando sí haya habido peligro. La tónica de la figura de la tentativa la da la voluntaria puesta en peligro en forma típica. Puede haberse puesto en peligro, pero si no fue a virtud de un acto de voluntad encaminado precisamente a ello, no habrá tentativa: culposamente puede ponerse en peligro la vida de una persona, pero no por ello podrá decirse que hay tentativa de homicidio.

De la interpretación que hace la primera Sala de la Suprema Corte de

Justicia de la Nación, se desprende que el desistimiento se da aun cuando se ponga en peligro un bien jurídico, pero si no se integra el tipo a virtud del desistimiento, no hay punibilidad aun cuando sí haya habido puesta en peligro de dicho bien.

Por su parte la doctrina, ha proporcionado diversos conceptos en cuanto a la figura del desistimiento, por lo que a continuación procedemos a transcribir algunos:

Desistimiento.- Desistir es abandonar una acción que había comenzado a ejecutarse, siempre que el abandono venga motivado por la propia voluntad. Ello quiere decir que cuando los actos ejecutivos son voluntariamente abandonados, la acción delictiva queda impune. Ni siquiera puede castigarse como tentativa ya que para que exista ésta se requiere una interrupción accidental y no voluntaria.¹³⁰

Desistimiento.- Hay desistimiento de la tentativa cuando el agente cesa los actos de ejecución voluntariamente, sin importar los motivos del desistimiento, es decir, que esta figura se presenta en tentativas inacabadas.¹³¹

Desistimiento.- El desistimiento es la interrupción de la actividad ejecutiva realizada por el autor, como expresión de su libre voluntad de abandonar el designio criminal propuesto e iniciado.¹³²

Desistimiento.- El desistimiento consiste en abandonar las acciones ulteriores necesarias para terminar el hecho, el desistimiento es espontáneo, cuando el autor ha abandonado la ejecución de la acción proyectada, sin que haya sido impedido, en esta ejecución por circunstancias independientes de su voluntad.¹³³

¹³⁰ Diccionario Jurídico Espasa, Ed. Espasa Calpe, S.A., Madrid 1999, p. 342.

¹³¹ GARCÍA GARCÍA, Rodolfo, Ob. Cit., p. 87.

¹³² PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, Ob. Cit., p. 125.

¹³³ MEZGER, Edmundo, Ob. Cit., p. 292.

Desistimiento.- El desistimiento se da cuando el agente, después de iniciada la ejecución del delito, cambia de propósito e interrumpe su actividad delictuosa, el desistimiento tiene carácter negativo, consistiendo en el mero no llevar a término la actividad propiamente establecida, para ser eficaz tiene que hacerse voluntariamente.¹³⁴

Desistimiento.- Tentativa abandonada, se da cuando el resultado típico no se produce por que el agente voluntariamente suspende su iniciada ejecución.¹³⁵

De los anteriores conceptos de desistimiento tanto legislativo, como doctrinales, podemos decir, que todos contienen como elementos integrantes del desistimiento los siguiente: a) que el agente haya comenzado a ejecutar el delito; b) que voluntariamente se desista de seguir cometiendo los actos ejecutivos tendientes a producir el delito; y c) que no se hayan realizado la totalidad de los actos ejecutivos tendientes a producir el resultado.

Luego entonces, procederemos a tratar de emitir el concepto de lo que para nosotros se debe entender por el desistimiento en la tentativa:

Desistimiento: *El desistimiento en la tentativa, se presenta cuando el sujeto activo, después de haber comenzado a ejecutar el delito, voluntariamente decide abandonar las acciones ulteriores necesarias para consumar el hecho delictivo que previamente había resuelto cometer.*

A continuación procederemos a tratar de analizar la naturaleza jurídica del desistimiento y la razón de su impunidad.

En primer lugar, analizaremos el fundamento de la impunidad del desistimiento en la tentativa y posteriormente estudiaremos su ubicación

¹³⁴ ANTOLISEI, Francesco, Ob. Cit., pp. 358-359.

¹³⁵ REYES ECHANDIA, Alfonso, Ob. Cit., p. 125.

sistemática.

En cuanto a la fundamentación teórica de la impunidad del desistimiento en la tentativa, el Doctor Francisco Muñoz Conde, nos dice: que la mayoría de las legislaciones penales actualmente vigentes conceden la impunidad al que desiste voluntariamente de alcanzar la consumación de un delito, sin embargo, y a pesar de esa unanimidad legislativa no existe en la Ciencia del Derecho penal todavía acuerdo sobre el fundamento de dicha impunidad.¹³⁶

Las teorías jurídicas, consideraban al desistimiento como un obstáculo jurídico forzoso para el castigo de la tentativa. Su punto de partida lo fundan en un Derecho penal basado en la idea de retribución; ya que se veía a la pena como la consecuencia lógica necesaria del delito cometido, "el hecho de que en el caso del desistimiento, se prescinde totalmente del castigo tiene que derivarse forzosamente de que falta algún elemento esencial o de que, por lo menos, se suprime o anula alguno de ellos."¹³⁷

Estas teorías jurídicas, se dividen en subjetivas y objetivas, por lo que comenzaremos a analizar en primer lugar las teorías subjetivas:

Las Teorías subjetivas ven el fundamento de la impunidad del desistimiento en la falta o la anulación de una característica subjetiva del delito.

La Teoría de la Anulación, representada principalmente por Zachariae: supone que el desistimiento del agente anula el dolo y por lo tanto hace desaparecer la tentativa, toda vez que el agente se queda a la mitad del camino criminal y abandona o cambia la voluntad que dirigía intenciones anteriores. "En lugar de la anterior voluntad criminal viene la nueva buena voluntad que la

¹³⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco, El Desistimiento Voluntario de Consumar el Delito, Ed. Bosch, Barcelona España 1972, p. 13.

¹³⁷ Ibidem, p. 14.

absorbe y la hace desaparecer.”¹³⁸

La Teoría de la Nulidad: establece que el posterior desistimiento demuestra que la voluntad de consumir el delito no ha existido realmente, según el pensamiento de Luden, no puede decirse que por el desistimiento desaparece la voluntad *ex post*, pues, ciertamente jamás puede decirse que ésta existió, al menos en el sentido jurídico. Lo que ocurre es que existe una anulación retrospectiva de ella por la desaparición de uno de los elementos de la tentativa, como sería el propósito de la consumación.¹³⁹ Todos los actos de la acción deben derivarse de la voluntad indivisible dirigida a la consumación y en el caso del desistimiento voluntario del agente en la tentativa falta esa voluntad, ya que el posterior abandono de la consumación indica que nunca existió.¹⁴⁰

La Teoría de la Presunción, patrocinada por Herzog y Von Bar, sostiene: que la punibilidad de la tentativa se basa en la presunción de que exista una voluntad lo suficientemente intensa como para llegar a la consumación del delito, si es que una causa ajena a su voluntad no se lo impide, pero si antes de consumir el delito no existe ninguna causa ajena a su voluntad que se lo impida y el autor voluntariamente desiste, tal presunción cae por su base y por ende al destruirse la presunción la tentativa no puede mantenerse.¹⁴¹

La Teoría de la Cesación del Peligro, sostenida por Castori, establece: que en tanto que la tentativa se pena, en vista del peligro que corre el bien jurídico tutelado, no se puede hablar de peligro ante un voluntario desistimiento¹⁴². Por lo que ante tales condiciones, cesa el peligro que en un determinado momento pudo existir sobre el bien jurídico tutelado.

La teoría de la Flaqueza de la voluntad, desarrollada por Zacharie, quien

¹³⁸ Ídem.

¹³⁹ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, Ob. Cit., p. 800.

¹⁴⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco. Ob. Cit., p. 15.

¹⁴¹ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, Ob. Cit., p. 800.

¹⁴² Ibidem, p. 801.

Cree ver en el desistimiento flaqueza de voluntad, invalidez que por ello demuestra ser inoperante.¹⁴³ La impunidad del desistimiento se deriva de que la voluntad no ha sido lo suficiente intensa como para alterar el Ordenamiento jurídico.¹⁴⁴

La teoría de la Falta de Peligrosidad, a través de esta teoría, se establece que la ausencia de punición del desistimiento se debe a que quien abandona la ejecución iniciada da muestra de su falta de peligrosidad. Messina, afirma que el desistimiento voluntario es un causa de exclusión de la capacidad de la capacidad de delinquir, y toda que dicho desistimiento no se refiere a los elementos del delito, puesto que éste sigue integró en su forma de tentativa, propone que su estudio se haga en la teoría del reo.¹⁴⁵

Las Teorías objetivas ven el fundamento de la impunidad del desistimiento en la falta de una característica objetiva de la estructura del delito intentado.

El desistimiento, para Binding, es una condición resolutoria que excluye la antijuridicidad de la tentativa al anular las condiciones que fueron puestas para producir el resultado¹⁴⁶

Ahora con tendencias objetivas, Zachariae, escribió que si la tentativa aparece ciertamente solo en relación con la consumación y por eso, únicamente es punible porque ella, conforme a la intención del autor, tiende a la consumación del resultado, por lo tanto este fundamento de la punibilidad desaparece enteramente si el autor renuncia a esta intención y aun no ha hecho nada que pueda ser considerado como una infracción de la ley¹⁴⁷.

Por su parte Tolomei, estableció que si es un elemento de la estructura de

¹⁴³ Ídem.

¹⁴⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco, Ob. Cit., p. 15.

¹⁴⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, Ob. Cit., p. 802.

¹⁴⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco, Ob. Cit., p. 16.

¹⁴⁷ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, Ob. Cit., p. 802.

la tentativa, que el delito no se consuma por causas ajenas a su voluntad, sin embargo, si no se llega a consumir el delito precisamente por la voluntad del autor, no puede configurarse una tentativa punible, ya que falta ese elemento jurídico de la tentativa en el sentido técnico penal.¹⁴⁸

Las teorías jurídicas tanto subjetivas como objetivas que tratan de explicar la impunidad del desistimiento, de acuerdo con Francisco Muñoz Conde, no son mantenidas hoy por nadie, destacando dos razones que a su juicio son fundamentales.

En primer lugar, establece que el punto de partida de la mayoría de los autores que defendían las teorías objetivas era el de un Derecho Penal retributivo, en el cual la pena era únicamente una retribución por el mal cometido, desde este punto de vista la exclusión del castigo, es decir, la no aplicación de la pena, tenía que derivarse necesariamente de la inexistencia del delito, de la falta de alguno de sus elementos esenciales. La impunidad del desistimiento en la tentativa, sólo podía justificarse por la misma razón, ya que con él se excluían algunos de los elementos esenciales del delito y por lo tanto el delito mismo. Sin embargo, tal afirmación pierde su base en el momento en que se niegue que la pena sea única y exclusivamente retribución del delito cometido; pues precisamente el ocaso de las teorías jurídicas, comienza cuando aparecen con fuerza en el Derecho Penal, las ideas de prevención y la justificación de la impunidad del desistimiento por razones político criminales.¹⁴⁹

En segundo lugar, establece que el principal defecto que presentan las teorías jurídicas, es haber intentado aclarar la impunidad del desistimiento con criterios exclusivamente jurídicos, exagerando los problemas sistemáticos a costa de los político-criminales. "Pero aquí se trata de averiguar el por qué de esa impunidad, que razones han motivado al legislador para eximir de pena al que

¹⁴⁸ Ibidem, p. 803.

¹⁴⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco. Ob. Cit., pp. 17-18.

desiste de consumir un delito. Y es esta pregunta la que precisamente no contestan las teorías jurídicas obsesionadas por relacionar el desistimiento con alguno de los elementos integrantes de la tentativa.¹⁵⁰

A continuación, procedemos a tratar de explicar la Teoría Político-Criminal.

La Teoría Político- Criminal, establece que la impunidad del desistimiento descansa en razones de utilidad, con la promesa de impunidad se da, además, al autor un estímulo para que desista de consumir el delito. El principal exponente de esta teoría, lo encontramos en Feuerbach, para quien, si el Estado castigase a las personas que se arrepienten del hecho emprendido, obligaría en cierto modo a consumir el delito, pues el desgraciado que se deja arrastrar hasta la tentativa sabe que merece ya una pena y que si se arrepiente no ganará ni perderá nada importante. Ya que la misión del Derecho Penal, es la de prevenir delitos y para ello es necesario una coacción psicológica que actúa sobre la comunidad. Si el Derecho Penal quiere evitar la comisión de delitos, debe también querer la consumación cuando se haya comenzado a ejecutarlos, es por eso que deja sin castigo a quien, tras comenzar a ejecutar un delito, desiste voluntariamente de su consumación. Sería una contradicción del poder punitivo consigo mismo, querer castigar a los que, intimidados por él, dejan sin consumir el delito.¹⁵¹

Por su parte Von Listz, escribe al respecto que: en el momento en que se traspasa la línea divisoria entre los actos preparatorios impunes y la ejecución punible, se incurre en la pena establecida para la tentativa. Este hecho no puede ser alterado, ni anulado por volverse atrás, ni desaparecer del mundo. Sin embargo, puede la legislación, por razones de política criminal, construir un puente de oro para la retirada del agente, ya que era susceptible de pena. El puente de oro que la impunidad supone se convierte en un estímulo para que el autor desista.¹⁵²

¹⁵⁰ Ibidem, p. 18.

¹⁵¹ Ibidem, p. 19.

¹⁵² Ibidem, p. 21.

En cuanto a la teoría político-criminal, Francisco Muñoz Conde, establece que dicha teoría está hoy en Alemania en franca decadencia y resume: "la teoría polícticriminal tiene el mérito de haber destacado la importancia que, en orden a la fundamentación de la impunidad en caso de desistimiento, debe concedérsele a los fines pretendidos por el legislador; pero falsea la realidad al considerar que esa impunidad es un estímulo para que el autor desista."¹⁵³

La Teoría Premial, ven en la impunidad que se concede al autor que desiste voluntariamente de consumir un delito, una recompensa o premio.

Para Francisco Muñoz Conde, la teoría premial es hoy una de las dominantes en Alemania y explica: "... esto se debe más al abandono de la teoría del puente de oro, que a la bondad de la nueva teoría, que en realidad no es tan nueva como se podría pensar, sino que tiene antecedentes en el mismo Feuerbach."¹⁵⁴

Ahora trataremos de hacer un breve resumen de la postura que sostiene el Doctor Francisco Muñoz Conde, para tratar de explicar cual es el fundamento de la impunidad del desistimiento voluntario en la tentativa de consumir un delito: para él, el fundamento de la impunidad descansa en la inutilidad que supone aplicar una pena en el caso de que se desista voluntariamente de alcanzar la consumación típica; tanto desde el punto de vista de la naturaleza de la pena como del de la tentativa misma, se advierte que no es necesario en dicho caso un castigo y por ende, éste no está justificado. Funda lo anterior bajo el argumento de que la pena es ante todo retribución, puesto que supone la imposición de un mal a un hecho punible ya cometido. La pena no es una necesidad lógica y ética, sino una amarga necesidad dentro de la comunidad de seres imperfectos que los hombres son. Es un elemental recurso al que tiene que acudir el Estado para hacer posible la convivencia entre los hombres. Con ello la pena cumple una

¹⁵³ Ibidem, p. 26.

¹⁵⁴ Ibidem, p. 29.

función político criminal, la lucha contra el delito y alcanza esta meta a través de la prevención general y especial. Si lo que justifica la pena es su necesidad y la finalidad de mantener la delincuencia dentro de un límite soportable para la convivencia, la impunidad debe ser entonces la consecuencia de que la pena en un caso concreto es un padecimiento inútil para asegurar la convivencia en la sociedad, de que una determinada conducta no es acreedora de una pena. El desistimiento voluntario en la tentativa no es, por lo tanto, una conducta merecedora de una pena. Pues el desistimiento supone ciertamente la presencia del fundamento de la tentativa, es decir, la voluntad mal manifestada y la puesta en peligro de bienes jurídicos, pero la posterior conducta del autor lo elimina para el futuro; para merecer la impunidad debe eliminar tanto el fundamento subjetivo como objetivo. La impunidad del desistimiento voluntario únicamente puede comprenderse desde el punto de vista de una comprensión totalizadora de dicho fenómeno, así pues, sólo quien anula el fundamento de extensión de la pena a las formas imperfectas de ejecución y se comporta al mismo tiempo conforme a las exigencias político criminales que se derivan de la idea de prevención general y especial, merece la impunidad.¹⁵⁵

Una vez que hemos realizado un pequeño análisis de las diversas teorías que tratan de justificar la naturaleza jurídica del desistimiento en la tentativa, procedemos a dar nuestro punto de vista en cuanto al tema que nos ocupa.

Para nosotros, el que el legislador haya concedido la impunidad al que desiste voluntariamente de alcanzar la consumación de un delito que previamente había resuelto cometer, se debe precisamente a razones político criminales, dentro de las que se encuentra, la prevención de los delitos; por lo que el legislador vio en el desistimiento voluntario, una figura que merecía la impunidad aun y cuando el agente ya hubiera comenzado a ejecutar el delito mismo que previamente había resuelto cometer, siempre y cuando desistiere voluntariamente de seguir con los actos ejecutivos tendientes a producir el resultado ilícito.

¹⁵⁵ Ibidem, p. 37-40.

Mereciendo por ello el sujeto activo, la impunidad por la tentativa del delito que ya había comenzado a ejecutar, toda vez que al cesar su intención de cometer un delito voluntariamente, cesa también la puesta en peligro del bien jurídico tutelado, sin que dicho peligro, haya cesado debido a causas ajenas a la voluntad del activo. Además de que desde nuestro punto de vista, dicha figura del desistimiento voluntario de la tentativa, ya se encuentra implícita dentro de la definición legal de la tentativa, toda vez que si 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.** Luego entonces, resulta obvio que si el delito que el sujeto activo previamente había resuelto cometer y que ya se encontraba ejecutando, no se consuma por que éste voluntariamente desiste de seguir llevando a cabo los demás actos ejecutivos que debería producir el resultado ilícito; no puede existir una tentativa punible, ya que falta uno de los elementos integrantes de la mismas, es decir, que el delito no se consume por causas ajenas a la voluntad del agente.

En ese sentido, Francisco Pavón Vasconcelos, manifiesta que si el artículo 12 del Código Penal, que regula la figura jurídica de la tentativa, requiere dentro de uno de sus elementos que el delito no se consume por causas ajenas a la voluntad del autor. Luego entonces, no serán punibles, aquellas tentativas en las cuales la consumación no se produce en virtud del propio desistimiento voluntario del agente; por lo que el desistimiento voluntario constituye una causa de atipicidad de la tentativa, que origina la impunidad de los actos ejecutivos realizados, cuando estos por sí mismos no integran otro delito. Asimismo manifiesta que las antiguas teorías vieron en la figura del desistimiento un estímulo, para que el agente abandonara su resolución de cometer un delito, "... que la culpabilidad propia de la tentativa resulta compensada hasta cierto punto, por el contrapeso que representa la actuación meritoria. Tal merito del desistimiento radica sólo, claro está, en la voluntariedad, sin que sea preciso que

tenga un especial valor ético el motivo que llevó al sujeto a desistir.”¹⁵⁶

Si como hemos previamente establecido para nosotros, el fundamento de la impunidad del desistimiento de la tentativa, se debe precisamente a razones político criminales, dentro de las que se encuentra, la prevención de los delitos, es menester ahora, dogmáticamente investigar en cual de las categorías delictivas debe encuadrarse sistemáticamente esta impunidad. Toda vez que existen diversas posturas que tratan de ubicar al desistimiento como: un elemento negativo del tipo; como una exclusión de la antijuridicidad; como una exclusión de la culpabilidad o como una excusa absoluta. Por ello a continuación trataremos de explicar cada una de ellas y finalmente diremos cual es nuestra postura.

El desistimiento como elemento negativo del tipo:

La concepción del desistimiento como elemento negativo del tipo de la tentativa que se fundamenta con argumentos gramaticales, se basa en que el desistimiento, al estar incluido en la propia definición de la tentativa – como en nuestro Código Penal – era un elemento negativo del tipo, de la antijuridicidad tipificada.

En cuanto a lo anterior, Francisco Muñoz Conde, establece: “La naturaleza de un institución jurídica se deriva no tanto del texto legal, como de su interpretación,... Por tanto, toda teoría que vea en el texto legal el argumento decisivo para situar sistemáticamente el desistimiento o cualquier otra institución jurídico penal, desconoce que los distintos elementos recogidos en una norma penal exceden de lo que se entiende de tipo en sentido estricto.”¹⁵⁷ Pues, “... debe señalarse ante todo que la concepción del desistimiento como elemento negativo del tipo no está de acuerdo con el concepto dogmático del tipo como tipo de injusto. Según la doctrina dominante en la actualidad, en Alemania en el tipo solo

¹⁵⁶ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, Ob. Cit., p. 129.

¹⁵⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco, Ob. Cit., Pág. 45.

deben incluirse aquellos elementos que fundamentan el contenido del injusto de una clase de delito. El tipo debe describir exhaustivamente la materia de prohibición. Es por tanto la materia de prohibición misma, y comprende todos los momentos que fundamentan el desvalor. Aquellos momentos, sin embargo, que anulan el desvalor de un hecho y excluyen por tanto el hecho punible, no pertenecen al tipo, aun cuando estén descritos en la norma. Por ello debe rechazarse la concepción del desistimiento como elemento negativo del tipo, así como la teoría de los elementos negativos del tipo mismo, ya que el tipo sólo comprende las circunstancias que fundamentan el desvalor y no las que lo excluyen.”¹⁵⁸

El desistimiento como exclusión de la antijuridicidad:

Para esta corriente, el fundamento de la impunidad del desistimiento, va radicada en la anulación de las condiciones que podían producir el resultado ilícito, por ello la ubicación sistemática del desistimiento pertenece al ámbito de la antijuridicidad.

Partidario de esta concepción, es Binding, para quien, el desistimiento voluntario, es una condición resolutoria de la antijuridicidad de la tentativa, pues manifiesta: “La conducta del individuo en relación con un resultado jurídicamente relevante, que se produce o no, forma una unidad. Si la ley prohíbe poner en marcha las causas de un resultado, y a pesar de ello he empezado a trabajar en su producción, sin duda estoy cometiendo un delito. Pero todavía puedo paralizar las condiciones que he creado para producir el resultado, de tal modo que éste no se produzca. Mi conducta, como totalidad considerada, *ya no es antijurídica*. Y, puesto que he anulado las condiciones puestas en marcha, no existe tampoco un delito parcial – una tentativa.”¹⁵⁹

¹⁵⁸ Ibidem, p. 51.

¹⁵⁹ Citado por: MUÑOZ CONDE, Francisco, Ob. Cit., p. 53.

En oposición a tales argumentos, Francisco Muñoz Conde, establece: que con el comienzo de una acción, se infringe el imperativo que la ley establece a través de tipos prohibitivos o imperativos y con ello se fundamenta la antijuridicidad del acto ejecutivo. "La conducta posterior del sujeto, que desiste voluntariamente de alcanzar su meta o impide la producción del resultado que pretendía, no puede modificar este juicio."¹⁶⁰

El desistimiento como exclusión de la culpabilidad:

Se fundamenta en establecer que la culpabilidad acompaña al obrar en sus diversos estadios y cesa, por tanto, por sí misma tan pronto como el autor se decide a una actividad contraria.

Para los partidarios de esta corriente, la culpabilidad es un juicio condicionado que no se cierra definitivamente hasta que el autor no haya realizado el último acto de su plan delictivo. Por lo que sólo entonces y teniendo en cuenta, todo el proceso ejecutivo, desde su ideación hasta su consumación, podía pronunciarse definitivamente el juicio de culpabilidad, sobre el autor.

En opinión de Claus Roxin: "... la inordinación del desistimiento en la culpabilidad. Su argumentación es, en pocas palabras, como sigue: El desistimiento en la tentativa es un problema específicamente político criminal la culpabilidad viene, acuñada desde un punto de vista político criminal, por la teoría de los fines de la pena, luego el desistimiento debe incluirse en el ámbito de la culpabilidad."¹⁶¹

Por su parte Francisco Muñoz conde, al realizar una crítica a la corriente que trata de ubicar sistemáticamente al desistimiento como exclusión de la culpabilidad, en resumen dice: "Los intentos realizados hasta ahora de incluir el

¹⁶⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco, Ob. Cit., p. 55.

¹⁶¹ Citado por: MUÑOZ CONDE, Francisco, Ob. Cit., p. 57.

desistimiento en el ámbito de la culpabilidad, no están de acuerdo con el principio de la culpabilidad por el hecho individual. La culpabilidad es un juicio de valor, un reproche, que se refiere en las formas imperfectas de ejecución al momento en que comienza la ejecución de un delito. En este momento deben estar presentes todos los elementos que fundamentan este reproche. Las circunstancias posteriores únicamente pueden atenuar o agravar el grado de reprochabilidad del hecho, pero no fundamentar o excluir el reproche mismo."¹⁶²

El desistimiento como excusa absoluta

Para Silvela, las excusas absolutorias se entienden como: "un conjunto de circunstancias de dudosa naturaleza jurídica, que, por la dificultad que entraña su clasificación y por su característica externa de su colocación junto al delito que afectan, se han agrupado bajo la denominación de excusas absolutorias".¹⁶³

El desistimiento, al igual que estas circunstancias, sin afectar a la tipicidad, a la antijuridicidad o a la culpabilidad, de un hecho, excluyen la responsabilidad del autor. Dentro de este esquema, se considera al desistimiento como una causa personal de anulación de la pena.

Al respecto Francisco Muñoz Conde, manifiesta que si se ve la esencia del desistimiento en el abandono de la decisión de delinquir, se querrá situarlo sistemáticamente en la parte subjetiva del tipo de injusto o, para los no finalistas, en la culpabilidad, como reverso o anulación del dolo. Las mismas razones podían esgrimirse para incluirlo en la parte objetiva del tipo del tipo de injusto, si se considera la anulación de la situación de peligro como decisiva, o en la culpabilidad, si se entiende a la motivación del sujeto conforme a las exigencias político criminales. Por ello, su inordinación sistemática debe llevarse a cabo dentro de una categoría que permita una visión completa bajo un denominador

¹⁶² MUÑOZ CONDE, Francisco. Ob. Cit., p. 59.

¹⁶³ Citado por: MUÑOZ CONDE, Francisco, Ob. Cit., p. 60.

común de los distintos aspectos del desistimiento. Los elementos que siempre deben estar presentes para fundamentar la punibilidad son el injusto y la culpabilidad. Pero a veces el juicio de punibilidad excede de estos dos elementos. Se exige a demás otras características adicionales para fundamentar la punibilidad de un concreto hecho, por lo que estas características no pueden incluirse en el injusto o en la culpabilidad por que tienen una función dogmática y político criminal distinta de la de estos elementos. De aquí se deriva que, al igual que en las categorías del injusto y de la culpabilidad, también aquí existen causas que fundamentan la penalidad, como lo son las llamadas condiciones objetivas de penalidad y causas que excluyen la penalidad, las llamadas causas de exclusión o de anulación de la pena. En resumen: "Las formas imperfectas de ejecución, tentativa y frustración, en el caso del desistimiento voluntario que evite la consumación típica no son merecedoras de pena y deben ser, por tanto, impunes. Esta impunidad se deriva de otros principios dogmáticos y político criminales que el injusto y la culpabilidad, por lo que debe incluirse en otros elementos del delito, la penalidad y ciertamente como *causa de exclusión de la penalidad*."¹⁶⁴

Para Eugenio Raúl Zaffaroni, en el desistimiento voluntario de consumir el delito, opera a favor del autor una causa personal de exclusión de la pena. "La razón por la que opera esta causa personal de exclusión de pena se haya en la finalidad misma de la pena: la pena cumple una función preventiva que, en el caso, queda demostrado con la actitud del autor que no se hace necesaria la acción preventiva de la pena."¹⁶⁵

Si para que la tentativa sea punible, se requiere que el activo, exteriorice su resolución de cometer un delito, 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**. Luego entonces, resulta obvio que si el delito que el sujeto activo previamente

¹⁶⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco, Ob. Cit., p. 65.

¹⁶⁵ ZAFFARONI, Eugenio, Ob. Cit., p. 650.

había resuelto cometer y que ya se encontraba ejecutando, no se consuma por que éste voluntariamente desiste de seguir llevando a cabo los demás actos ejecutivos que deberían producir el resultado ilícito; no puede existir una tentativa punible, ya que falta uno de los elementos integrantes de la mismas, es decir, que el delito no se consume por causas ajenas a la voluntad del agente. Por lo que en la práctica, al no acreditarse uno de los elementos integrantes de la tentativa, simplemente dicha conducta desplegada por el activo, resulta ser atípica y por lo tanto no se entrara al estudio ni de la antijuridicidad ni mucho menos de la culpabilidad, operando aquí una causa de exclusión del delito, por faltar alguno de los elementos que integran la descripción legal del delito de que se trate (atipicidad), que será la causa por la cual se le decrete la libertad al activo.

Sin embargo, cuando en la tentativa de algún delito, participaran más de una persona, y una de ellas voluntariamente desiste de seguir llevando a cabo, los actos ejecutivos que deberían de producir el resultado, y el otro o los otros partícipes, no desisten voluntariamente, en este caso, el delito no se consuma por causas ajenas a su voluntad, existiendo así una conducta típica, antijurídica y culpable por lo que hace a los sujetos activos que no desistieron voluntariamente, sin embargo, para aquel que sí lo hizo, a pesar de que existe una conducta típica y antijurídica, opera en su favor una causa personal de exclusión de pena, por lo que no se le impondrá pena alguna por haber operado en su favor, el desistimiento voluntario.

III. 3. 2. La voluntad en el desistimiento

En este apartado, trataremos de explicar cuando el desistimiento del activo de seguir ejecutando el delito que previamente había resuelto cometer es voluntario.

En primer lugar debemos de entender que se entiende por voluntad, así tenemos que proviene del latín *voluntas* y que es la facultad de determinarse a

ciertos actos; intención, ánimo de hacer una cosa.¹⁶⁶

Luego entonces, la voluntad en el desistimiento es aquella facultad de interrumpir la ejecución del delito que previamente se había resuelto cometer, de manera libre y espontánea, es decir, voluntariamente, sin que exista una causa ajena a dicha voluntad, que sea la causa por la cual no se llegó a la consumación de tal delito.

A simple vista parecería muy sencillo de entender, sin embargo, el problema surge cuando se trata de resolver en los casos concretos cuando estamos verdaderamente ante un desistimiento voluntario, veamos por qué:

El problema de la voluntariedad en el desistimiento, ha sido planteado desde los clásicos, en este sentido Francesco Carrara, escribió: "Voluntaria se llama por antonomasia la causa que impide la ejecución que tuvo su génesis exclusivamente en un cambio totalmente espontáneo de la voluntad del agente."¹⁶⁷

Para tratar de resolver el problema de cuando se debe de tener un desistimiento como voluntario y cuando no, Frank redactó su celebre fórmula, con arreglo a la cual, *habrá desistimiento voluntario cuando el autor puede alcanzar la consumación pero no quiere, mientras que será involuntario cuando quiere alcanzar esa meta pero no puede.*

Sin embargo, dicha fórmula resulta demasiado general para solucionar el problema de la voluntariedad en el desistimiento, ya que no basta para premiar al activo con la impunidad, el solo hecho de que de su conducta se desprenda que a pesar de que podía alcanzar la consumación del delito que previamente había resuelto cometer, no quiso hacerlo, toda vez que resulta muy importante para acreditar la voluntariedad del activo, el saber por que no quiso, es decir, cuales

¹⁶⁶ Pequeño Larousse en color, Ed. Larousse, Barcelona España 1989, p. 945.

¹⁶⁷ CARRARA, Francesco, Derecho Penal, tr. Figueroa Alfonso, Enrique, Ed. Harla, México 1997, p. 149.

fueron las causas que influyeron en la toma de su decisión.

Las causas por las cuales el sujeto activo no llega a consumar el delito que previamente había resuelto cometer pueden ser **técnicas**, por ejemplo: cuando al intentar introducirse a una casa con el fin de apoderarse de los objetos de valor que hay en la misma, al encontrarse el sujeto activo tratando de abrir la puerta con una ganzúa, esta se rompe; **físicas**, v, gr. Cuando al intentar violar a una persona, el sujeto activo, antes de imponerle la cópula a su víctima, eyacula prematuramente, lo que lo físicamente lo imposibilita en ese momento para consumar su fin; **psíquicas**, como por ejemplo: el miedo paralizador, nerviosismo excesivo, que provocan que el sujeto activo no pueda consumar el delito que previamente había resuelto cometer.

Por principio de cuentas, para que pueda operar el desistimiento voluntario, se requiere que objetivamente se pueda continuar con los actos ejecutivos del delito que previamente se había resuelto cometer, ya que si no es así, estaremos en presencia de una imposibilidad material para consumar el delito y será debido a ello que no se produzca el resultado ilícito, pero no a la voluntad del sujeto activo y en ese orden de ideas, se debe negar la voluntariedad del desistimiento, toda vez que ni si quiera se da el presupuesto mínimo de la capacidad de seguir actuando. Luego entonces no puede el sujeto activo desistirse voluntariamente de seguir llevando a cabo la ejecución del delito que previamente había resuelto cometer, cuando objetivamente no puede continuar.

Por ejemplo: la impotencia momentánea que produce la eyaculación prematura cuando el sujeto activo pretendía imponer la cópula a su víctima, ello provoca que materialmente en ese momento el activo no pueda continuar con sus intenciones, al menos durante el tiempo que dura la impotencia.

De igual forma debe negarse la voluntariedad en aquellos casos en los que ciertamente, el sujeto activo pueda seguir actuando e incluso conseguir su

propósito, es decir, consumar el delito que previamente había resuelto cometer y sin embargo, desiste de su propósito inicial, debido a que sabe que inmediatamente después de la consumación del delito será detenido.

En este sentido – Francisco Muñoz Conde – nos dice. “Así ocurre en el delito de violación cuando la víctima era persona conocida de su autor, pero éste pensaba aprovecharse de la oscuridad de la noche para no ser descubierto, a pesar de ello la víctima lo reconoce, lo que le hace desistir de su propósito.”¹⁶⁸

Involuntario es igualmente el desistimiento que se presenta cuando el objeto material del delito que previamente había resuelto cometer, es distinto o inferior a aquel que el sujeto activo esperaba.

Por ejemplo: cuando el sujeto activo resuelve cometer un robo en un banco por qué necesita la cantidad de \$500,000.00 y al estar ejecutando los actos tendientes a producir el resultado ilícito que previamente había resuelto cometer y al abrir la caja en donde debía encontrarse el dinero, se percató que sólo hay \$500.00 por lo que decide no apoderarse de ellos y espontáneamente desiste de su actuar, sin que existiera ninguna otra causa externa que le impida consumar el robo.

En este caso, el desistimiento no puede ser voluntario, toda vez que al haber resuelto cometer el robo, su fin era el de apoderarse de \$500,000.00 y al estar ejecutando el mismo, se percató que en la caja del banco, no había más que \$500.00, por lo que es debido a esa causa externa ajena a su voluntad, que el sujeto activo desiste de apoderarse de dicha cantidad.

Pero la involuntariedad – según Muñoz Conde- deriva también de consideraciones preventivas, ya que: “Desde el punto de vista de prevención general no hay ninguna razón para considerar voluntario y, por tanto, impune el

¹⁶⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco, Ob. Cit., p. 105.

desistimiento de un sujeto cuya conducta sigue siendo un mal ejemplo para la sociedad y sigue conmoviendo el sentimiento en la seguridad jurídica de los ciudadanos, desde el punto de vista de prevención especial tampoco hay razón alguna para dejar impune a un sujeto que abandona su propósito, no para regresar a la legalidad, sino por imposición de circunstancias que se han desarrollado de un modo distinto a como él pensaba”¹⁶⁹

Otro problema que se advierte para considerar el desistimiento como voluntario o involuntario, se presenta cuando el sujeto activo desiste de seguir llevando a cabo su conducta, debido a que ve fracasado su intento de acuerdo con el plan que previamente había ideado, a pesar de que de haber seguido actuando y de servirse de otros medios, podía haber conseguido su fin.

Por ejemplo: cuando el sujeto activo decide cometer un robo en casa habitación, para lo cual traza su plan y para penetrar en la morada a robar decide utilizar una ganzúa y al estar llevando a cabo los actos ejecutivos antes mencionados, la ganzúa se rompe y debido a ello el sujeto activo desiste de su intento, aunque ve que puede entrar todavía en la casa por el balcón que está abierto y es fácilmente escalable.

Al respecto – Francisco Muñoz Conde – establece que: “La solución, sólo puede lograrse si se parte, por un lado, de lo que el autor quería, y no del cómo quería realizarlo, y por otro de lo que el autor en realidad hizo y no de lo que pensaba hacer. Sólo la intención concretada en actos puede ser objeto de valoración jurídico penal.

La respuesta a lo que el autor quería cuando empezó a realizar el acto ejecutivo, es ésta: matar, robar, abortar, etc. Para ello ideó ciertamente un plan en el que se incluían varios actos o uno sólo para llegar a la meta, pero esto es totalmente irrelevante, lo decisivo es el propósito común que guía todos estos

¹⁶⁹ Ibidem, p. 106.

actos, que es lo que los convierte en una unidad natural de acción, en una ejecución planificada, que no debe confundirse con el llamado delito continuado.¹⁷⁰

Para nosotros, debe negarse igualmente la voluntariedad en el desistimiento que se presenta cuando el delito que previamente el sujeto activo había resuelto cometer, no se consuma debido a una falsa apreciación de la realidad, es decir, aquel plan del autor, tal y como lo había ideado falla y debido a ello el activo cree que no pudo continuar con su fin, por lo que se retira o mejor dicho desiste de intentarlo por otros medios, toda vez es debido precisamente a ese error en el que se encuentra, que no se consuma el delito ya que los errores nunca pueden ser voluntarios, si no que se presentan debido a una falsa apreciación de la realidad.

La definitividad del Desistimiento

El desistimiento debe ser definitivo o basta con que sea provisional.

En este sentido algunos autores – Maurach, Liszt-schmidt, Mezger, Heinitz, Schmidhaeuser y Latagliata – consideran que basta con que el sujeto activo abandone la realización del ataque concreto para que goce de la impunidad, aun cuando se reserve renovar el ataque en otra oportunidad y con otros medios, toda vez que la nueva ideación de volver a intentar la consumación del delito, no ha pasado de ser precisamente un proyecto y por ende no debe de influir para negarle la gracia de la impunidad al activo (por el hecho concreto del que ha desistido), ya que los pensamientos no delinquen.

A contrario sensu, otros autores – Jagusch, Baumann, Jescheck y Schoenke-Schroeder – nos dicen que el sujeto activo debe abandonar definitivamente su plan criminal, pues sólo entonces existe una razón para

¹⁷⁰ Ibidem, pp. 109-110.

concederle la impunidad.

Para Francisco Muñoz Conde, el problema reside en que los autores le dan al mismo una importancia que no tiene, ya que hacen depender de la definitividad el problema de la voluntariedad en el desistimiento, toda vez que hablan de la definitividad y la voluntariedad como si fueran términos equivalentes, ya que en su opinión "el problema de la definitividad del desistimiento tiene un papel bastante más modesto del que hasta ahora se le ha asignado por la doctrina; no es sencillamente más que una característica del concepto de voluntariedad, una condición concreta del abandono."¹⁷¹

Pero que sucede cuando el sujeto activo al haber resuelto cometer el delito mediante un plan determinado y dicho plan fracasa, pero le queda todavía la posibilidad de lograr que se consuma el delito que previamente había resuelto cometer, mediante otros medios, vuelve a intentarlo a través de una inmediata conexión con la acción procedente de otro acto sirviéndose de otros medios, aprovechando la primera.

En esta hipótesis, no se debe aceptar que en cuanto al plan inicial del actor, cabe el desistimiento y que debe existir una nueva acción intentada si prosigue con su intención con nuevos medios, si no que se debe de establecer que no se abandona nunca definitivamente el propósito delictivo y se debe considerar por lo tanto que no existe un verdadero desistimiento, sí y solo sí, existe una inmediata conexión temporal de nuevos actos, es decir, una unidad temporal de acción, por lo que no se puede hablar de un abandono de los actos concretos que forman todo el proceso.

Valoración de los Motivos

Una vez constatado que el sujeto puede seguir actuando y que a pesar de

¹⁷¹ Ibidem, p. 118.

ello desistió del propósito concreto de consumir el delito, queda por averiguar si el proceso de motivación que lo condujo a tal resolución era uno conforme a las exigencias normativas y político criminales.

Se trata por tanto de una valoración del desistimiento bajo puntos de vista preventivos. Desde el punto de vista de la prevención general debe tenerse en cuenta si los motivos se presentan como un buen ejemplo en la comunidad y se determinan por los valores que antes se intentaba atacar, respetándolos; desde el punto de vista de la prevención especial, debe considerarse si nos encontramos ante un sujeto que en última instancia se motiva conforme a las exigencias normativas, regresando a la legalidad y haciendo superfluo el fin cautelar y correctivo de la pena.

Con fines meramente expositivos se pueden reconducir los motivos más frecuentes en el desistimiento de consumir un delito a tres grupos: motivos éticos, miedo y motivos interesados.

Motivos Éticos

El hombre que reside en una determinada sociedad, de acuerdo con la teoría del contrato Social de Jun Jacobo Rosseau, se encuentra con que dicha sociedad tiene ciertas normas y valores que rigen con el fin de lograr el bienestar y la paz social y que por ende para estar en condiciones de ser aceptado en la sociedad, debe de cumplir con las mismas. Los integrantes de la sociedad a través de un Gobierno o Estado, con el fin de salvaguardar el bienestar y la paz social, al percatarse que diversas conductas desplegadas por algunos de sus integrantes provocan conmoción en toda la comunidad, deciden sancionar sus conductas y crean determinados tipos penales con los cuales buscan tutelar bienes jurídicos. Luego entonces los integrantes de la sociedad saben que conductas son permitidas y cuales no, presentándose así una instancia valorativa que impulsa a dirigir sus acciones conforme a una ética social, encontrándose en su origen

factores determinantes, ya sean religiosos, ideológicos, económicos, etc. La motivación conforme a estos valores es lo que se llama motivación ética.

El arrepentimiento es un pesar por el mal realizado. Su pone, por tanto, un reconocimiento de los valores vulnerados, un sentimiento de culpa y un retorno al campo de la ética social. Visto así el arrepentimiento tiene siempre un carácter ético.

Junto al arrepentimiento existen otros motivos también de carácter ético y emanados de la instancia de los sentimientos del sujeto activo, que lo impulsan a desistir de consumir un delito, como pueden ser: la compasión de la víctima, sentimientos religiosos, patrióticos, etc.

Para una valoración políticocriminal, se presentan siempre estos motivos como valiosos. No existe ningún interés, tanto desde el punto de vista de la prevención general como especial, en castigar una conducta que en última instancia reconoce los valores ético sociales vigentes en una sociedad y los respeta. La motivación ética se presenta siempre en el plano preventivo como no merecedora de pena.

En resumen: El desistimiento impulsado por motivos éticos es siempre voluntario.

El Miedo

El miedo se presenta como uno de los motivos determinantes más frecuentes del desistimiento y de la conducta humana en general.

Desde el punto de vista de la causa que lo produce, el miedo que impulsa al desistimiento puede ser un miedo al castigo, a la reacción de otras personas, al resultado que se producirá, a la realización misma del delito.

Miedo abstracto a la pena, es aquel que se presenta ante una representación del posible castigo que se sufriría por la comisión del delito que previamente se había resuelto cometer, es decir, se trata de un inconsciente colectivo, formado por la experiencia de que otros hechos similares han sido descubiertos y castigados y por los mismos preceptos penales que al prohibir una conducta y amenazarla con una pena, motivan en los ciudadanos que se abstengan de su realización. El desistimiento en estos casos es siempre voluntario. Pus precisamente lo que hace el delincuente es seguir la motivación penal que se deriva de la prohibición penal impuesta por el legislador: abstenerse de producir el resultado prohibido. Más no se puede desear. la pena, como un mal que es, intimida a la comunidad en general y al individuo en particular, si éste ante esta intimidación desiste de consumir el delito, su desistimiento queda dentro del marco de la legalidad, en última instancia se ha motivado con forme a las exigencias normativas y una tal conducta no es merecedora de pena.

Miedo concreto a la pena. Aquí el sujeto se siente intimidado ante la posibilidad concreta de ser castigado, es decir, el castigo se presenta inminente e inevitable y debido a ello desiste de consumir el delito con la esperanza de no ser castigado o por lo menos no tan gravemente.

La causa más frecuente de este tipo de miedo la produce el descubrimiento de los actos ejecutivos que se estaban llevando a cabo con el fin de consumir el delito que previamente se había resuelto cometer, existe descubrimiento, si dichos actos ejecutivos tendientes a producir el resultado ilícito, llegan a ser conocidos por una tercera persona, ajena a su realización de la que se puede esperar que evite el resultado o denuncie el hecho, en estos casos, decisiva es siempre la representación subjetiva del autor, no basta con que el hecho haya sido objetivamente descubierto, sino que es necesario que el autor lo sepa, a contrario sensu, también existe descubrimiento cuando el sujeto cree que su hecho ha sido descubierto, aunque objetivamente no sea así. Luego entonces, todo desistimiento provocado por ese miedo concreto al castigo, es considerado como involuntario.

Muchas veces el descubrimiento no es un motivo que impulse al sujeto activo a desistir, sino que se convierte en una causa de imposibilidad casi absoluta de consumir el delito; otras veces el descubrimiento carece de relevancia para el sujeto que desiste de seguir llevando a cabo los actos ejecutivos que deberían de producir el resultado ilícito y otras, el descubrimiento objetivamente no existe todavía, pero el autor lo ve como una posibilidad inmediata.

Algunas veces el desistimiento de consumir un delito es causado por el miedo que produce en el sujeto activo, la dificultad de su realización, en este caso el sujeto no teme ni a ser descubierto y por ende castigado, pero sí a los obstáculos que tiene que salvar para conseguir su meta, hay veces que el miedo supone un obstáculo insalvable, temor paralizador, se dice, entonces que la tentativa está ya fracasada, toda vez que el sujeto no puede seguir llevando a cabo los actos ejecutivos que faltaban para producir el resultado ilícito, siendo en este caso el desistimiento involuntario.

En otras ocasiones, el sujeto activo desiste de seguir llevando a cabo los actos ejecutivos que deberían producir el resultado ilícito, por el miedo a causar un mal de más gravedad que el deseado, en esta hipótesis el desistimiento debe ser considerado como voluntario y por ende su conducta debe quedar impune, lo anterior se debe sostener en base al principio de ponderación de bienes, toda vez que no debemos olvidar que el mismo legislador, desde el momento que asigna penas de distinta gravedad a las diferentes conductas prohibidas, establece un escala de valores, indicando que la sociedad a quien representa aprecia más unos bienes que otros, por ende, se debe de tener dicho desistimiento como voluntario, en razón de que si bien es cierto, su desistimiento se ha debido a el temor a causar un mal de mayor gravedad que el deseado, lo cierto es que al optar por desistirse de seguir llevando a cabo los actos ejecutivos que deberían de producir el resultado ilícito en lugar de seguir actuando a pesar de que podía, por temor a causar un mal de más gravedad que aquél que previamente había resuelto cometer, surten efectos los fines de la política criminal preventiva y por ello hace

innecesaria la pena.

La motivación interesada, como ya lo hemos dicho, en muchas ocasiones el motivo de que el sujeto activo desista de seguir llevando a cabo los actos ejecutivos tendientes a producir el resultado ilícito del delito que previamente había resuelto cometer, se debe, al miedo al castigo inminente, miedo a ser lesionado e incluso muerto, etc. Otras veces el motivo del desistimiento es la perspectiva de procurarse la meta perseguida de un modo más cómodo o la de procurarse la impunidad cuando ya el castigo parecía inminente. A estas dos hipótesis, Francisco Muñoz Conde las denomina "motivación interesada"¹⁷² y por ende no debe de concedérsele la impunidad al sujeto activo, pues no existe ninguna razón de política criminal para prescindir de la pena.

III. 3. 3. Elementos del Desistimiento

De acuerdo con Francisco Pavón Vasconcelos, los elementos del desistimiento son los siguientes:

- a) Una voluntad inicial respecto al resultado ilícito;
- b) Un comienzo de ejecución del delito;
- c) Una voluntad subsecuente, libre y espontánea de desistir;
- d) Interrupción del proceso ejecutivo; y
- e) No-verificación del resultado.¹⁷³

En este orden de ideas, resulta obvio que para que el sujeto activo se pueda desistir de cometer el resultado ilícito, debió existir en primer lugar una voluntad inicial de cometer un delito determinado, siendo éste el primer elemento integrante de la tentativa, es decir, necesariamente para que exista la tentativa punible, entre otros elementos, primeramente se debe acreditar la resolución del

¹⁷² Ibidem, p. 134.

¹⁷³ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, Ob. Cit., p. 128.

sujeto activo de cometer un determinado delito, elemento el anterior que forma parte del ámbito subjetivo del *iter criminis* - pues no debemos olvidar que el sujeto activo, primeramente idea cometer un determinado delito (robo, lesiones, despojo, fraude, violación, etc.), posteriormente delibera entre cometerlo o no cometerlo y finalmente resuelve llevar a cabo su idea criminal – Luego entonces, el primer elemento de la tentativa, resulta ser la voluntad inicial respecto al resultado ilícito, siendo también dicha voluntad criminal inicial, un presupuesto del desistimiento.

Una vez que el sujeto activo ha resuelto cometer un determinado delito, posterior decide exteriorizar su voluntad criminal, para lo cual lleva a cabo los actos preparatorios y finalmente comienza a ejecutar el delito que previamente había resuelto cometer, siendo el comienzo de ejecución del delito, el segundo elemento de la tentativa, asimismo dicho comienzo de ejecución del delito, es también un presupuesto del desistimiento.

El tercer elemento del desistimiento, se presenta cuando al estar el sujeto activo ejecutando el delito que previamente había resuelto cometer, libre y espontáneamente su voluntad cambia y desiste de seguir ejecutando el delito, dicho desistimiento debe ser voluntario, es decir, debe de reunir los requisitos a los que hemos hecho alusión en el apartado que antecede.

Pero no basta con que la voluntad criminal inicial del sujeto activo cambie y ahora no desee consumar el delito, pues como sabemos la voluntad es un elemento subjetivo, que para poder ser apreciado en el mundo fáctico debe de administrarse con otros elementos de prueba que permitan acreditar dicha voluntad, misma que se debe de exteriorizar mediante la interrupción del proceso ejecutivo, es decir, el sujeto activo debe de dejar de ejecutar el delito que se encontraba llevando a cabo, suspendiendo su conducta.

La no-verificación del resultado ilícito es el último elemento del desistimiento voluntario, ya que de nada le sirve al sujeto activo que su voluntad criminal haya

cambiado y debido a ello haya desistido de seguir ejecutando el delito, si éste se consuma como consecuencia de los actos ejecutivos que ya había llevado a cabo, como por ejemplo cuando el sujeto activo, después de haber resuelto matar a una determinada persona, coloca una bomba en el automóvil de ésta para que en el momento en que aborde dicho automóvil, la bomba se accione, pero antes de que dicha persona aborde el automóvil, su voluntad criminal cambia y libre y espontáneamente desiste de seguir ejecutando el delito, sin embargo, no logra desactivar la bomba a tiempo y al abordar el vehículo la bomba se activa y el sujeto pasivo pierde la vida, en este caso el desistimiento no opera toda vez que el delito se consumó y por ende es imputable al activo, ya que existe un nexo de causalidad entre su conducta desplegada y el resultado material, pues de no haber colocado la bomba en el automóvil, la explosión no se hubiera producido y no le hubiera causado las lesiones al sujeto pasivo que finalmente lo privaron de la vida.

III. 4. El arrepentimiento eficaz

Corresponde en este apartado, hablar de la figura jurídica a través de la cual el agente, que ha llevado a cabo todos los elementos del delito, cambia voluntariamente su decisión criminal y evita que se produzca el resultado ilícito y con ello consigue que su conducta en cuanto al delito que había intentado cometer quede impune; nos referimos, al arrepentimiento eficaz.

El arrepentimiento eficaz se presenta únicamente en la tentativa acaba, en la cual, el agente ha llevado a cabo la totalidad de los actos ejecutivos de un delito que previamente había resuelto cometer.

Asimismo se estudiara el concepto de arrepentimiento, tanto doctrinal, como legislativo. Así como su naturaleza Jurídica y los elementos que lo integran, la situación de los partícipes y que sucede cuando el resultado ilícito se produce a pesar de que el sujeto activo se arrepiente y pone cuanto estaba a su alcance

para evitarlo.

III. 4. 1. Concepto y Naturaleza

A continuación, procedemos a transcribir el concepto legal de arrepentimiento, el cual se encuentran establecido en artículo 21 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, el cual a la letra dice:

Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se le impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a éste se refiere, a no ser que los actos ejecutados constituyan por sí mismos algún delito diferente, en cuyo caso se le impondrá la pena o medida señalada para éste.

Como podemos observar, en este artículo en comento, el legislador, además de proporcionar el concepto de lo que se debe entender por arrepentimiento eficaz, también incluye lo que la doctrina ha llamado desistimiento – figura que ya hemos estudiado en el capítulo que antecede del presente trabajo de investigación – en síntesis, el arrepentimiento eficaz se presenta cuando *el sujeto espontáneamente impide la consumación del delito*.

Al respecto vale citar la tesis sustentada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la Séptima Época, visible en la página: 71, del tomo: 217-228 Segunda Parte, del Semanario Judicial de la Federación, misma que a la letra dice:

TENTATIVA ACABADA, INOPERANCIA DEL DESISTIMIENTO TRATANDOSE DE. Si el agente ya había realizado todos los actos necesarios para la consumación del homicidio, infiriendo al pasivo lesiones idóneas para privarlo

de la vida, no opera el desistimiento libre y espontáneo, porque siendo éste la interrupción del proceso ejecutivo sólo puede tener existencia jurídica cuando no se ha agotado dicho proceso, pues de lo contrario sólo puede darse el **"arrepentimiento activo" o eficaz, que supone no una simple cesación de los actos de ejecución, sino una actividad, desarrollada por el mismo autor, que impide la consumación del delito, interrumpiendo el curso causal de la acción, evitando así la consumación del delito.** Consecuentemente carece de trascendencia que el acusado dejara de agredir a la víctima cuando ésta se encontraba aún con vida, porque la conducta desplegada de accionar varias veces su arma de fuego en dirección al cuerpo del ofendido, a corta distancia y apuntando hacia partes vitales del organismo humano, como son las regiones abdominales y cefálica, produciéndole lesiones que pusieron en peligro la vida, era apta y suficiente para producir el resultado querido y si éste no se consumó fue debido a causas ajenas a su voluntad y no como en la especie se pretende, a su arrepentimiento.

De la interpretación que hace la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se desprende que el arrepentimiento eficaz supone no una simple cesación de los actos de ejecución, sino una actividad, desarrollada por el mismo autor, que impide la consumación del delito, interrumpiendo el curso causal de la acción, evitando así la consumación del delito, por lo que el arrepentimiento será eficaz cuando no se integra el tipo en virtud de que el sujeto activo despliegue una conducta a través de la cual impida que se presente el resultado ilícito y por lo tanto su conducta en cuando al delito que en un inicio pretendía cometer, no será punible debido al arrepentimiento eficaz, aun cuando sí haya habido puesta en peligro del bien jurídicamente tutelado.

Por su parte la doctrina, ha proporcionado diversos conceptos en cuanto a la figura del arrepentimiento eficaz, por lo que a continuación procedemos a transcribir algunos:

Arrepentimiento.- "El arrepentimiento eficaz es la actividad voluntaria, realizada por el autor, para impedir la consumación del delito, una vez agotado el proceso ejecutivo capaz, por sí mismo, de lograr dicho resultado."¹⁷⁴

Arrepentimiento.- "Hay arrepentimiento activo cuando la no consumación del delito se debe a que su autor, una vez que ejecutó todos los actos necesarios para ello, se arrepiente e impide la producción del resultado típico."¹⁷⁵

Arrepentimiento.- "La retirada activa,... se produce cuando el culpable ha llevado a término la actividad ejecutiva y, deseando, por consideraciones o hechos sobrevenidos, evitar la producción del resultado, actúa para impedirlo, como en el caso de quien, después de haber arrojado un individuo al río, lo salva, o habiéndole propinado veneno a una persona, le suministra un antídoto y consigue de ese modo evitarle la muerte."¹⁷⁶

Arrepentimiento.- "En la tentativa acabada, o sea, cuando el autor ha realizado todos los actos que según su plan deben producir el resultado, el desistimiento requiere un requisito más: que el autor impida por los medios a su alcance la producción del resultado."¹⁷⁷

Arrepentimiento.- "se da arrepentimiento activo cuando el sujeto ha realizado todas las acciones desencadenantes de la causalidad, sin que el desarrollo de la cadena causal haya sin embargo alcanzado el resultado típico."¹⁷⁸

¹⁷⁴ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, Ob. Cit., p. 151.

¹⁷⁵ GARCÍA GARCÍA, Rodolfo, Ob. Cit., p. 88.

¹⁷⁶ ANTOLISEI, Francesco, Ob. Cit., p. 358.

¹⁷⁷ BACIGALUPO, Enrique, Derecho Penal Parte General, Ed. Hammurabi S.R.L., Buenos Aires 1987, p. 305.

¹⁷⁸ MAURACH, Reinhart, Ob. Cit., p. 201.

Arrepentimiento.- "cuando el agente ha practicado todos los actos ejecutivos que producirían como efecto el resultado antijurídico, y se impide éste por la voluntad del sujeto activo, hay arrepentimiento."¹⁷⁹

Arrepentimiento.- "El arrepentimiento es voluntario cuando el agente, después de haber realizado todos los actos que debieron producir la consumación del delito, impide por actos posteriores propios o ajenos impulsados por él, la producción del resultado típico."¹⁸⁰

De los anteriores conceptos de **arrepentimiento** tanto legislativos, como doctrinales, podemos decir, que todos contienen como elementos integrantes del arrepentimiento los siguientes: a) que el agente haya llevado a cabo la totalidad de los actos ejecutivos tendientes a producir el delito; y b) que el autor impida por los medios a su alcance la producción del resultado.

Luego entonces, procederos a tratar de emitir el concepto de lo que para nosotros se debe entender por el arrepentimiento activo en la tentativa:

Arrepentimiento: *El arrepentimiento en la tentativa, se presenta cuando el sujeto activo, después de haber llevado a cabo la totalidad de los elementos integrantes del delito que previamente había resuelto cometer, espontánea y voluntariamente se arrepiente de su actuar y antes de que se produzca el resultado ilícito impide por actos propios o ajenos impulsados por él, la producción de dicho resultado ilícito.*

A continuación procederemos a tratar de analizar la naturaleza jurídica del arrepentimiento eficaz y la razón de su impunidad.

Siendo aplicables en este apartado, el análisis que se realizó al estudiar las

¹⁷⁹ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, Ob. Cit., p. 848.

¹⁸⁰ JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, Derecho Penal Mexicano, Tomo I, ed. 5ª, Ed. Porrúa, S. A., México 1985, p. 380.

diversas teorías que tratan de justificar la naturaleza jurídica del desistimiento en la tentativa, por ser el arrepentimiento de la misma naturaleza, por lo que procedemos a dar nuestro punto de vista en cuanto al tema que nos ocupa.

Para nosotros, el que el legislador haya concedido la impunidad al que se arrepiente voluntariamente de que se produzca el resultado de un delito que previamente había resuelto cometer, se debe precisamente a razones político criminales, dentro de las que se encuentra, la prevención de los delitos; por lo que el legislador vio en el arrepentimiento activo, una figura que merecía la impunidad aun y cuando el agente ya hubiera llevado a cabo la totalidad de los elementos integrantes del delito que previamente había resuelto cometer, siempre y cuando se arrepintiera espontánea y voluntariamente de su actuar y antes de que se produjera el resultado ilícito impidiera por actos propios o ajenos impulsados por él, la producción de dicho resultado ilícito. Mereciendo por ello el sujeto activo, la impunidad por la tentativa del delito del cual ya había llevado a cabo la totalidad de los elementos que integran dicha figura típica, toda vez que al cesar su intención de cometer un delito voluntariamente, cesa también la puesta en peligro del bien jurídico tutelado, sin que dicho peligro, haya cesado debido a una causa ajena a la voluntad del activo. Además de que desde nuestro punto de vista, dicha figura del arrepentimiento activo de la tentativa, ya se encuentra implícita dentro de la definición legal de la tentativa, toda vez que si 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.** Luego entonces, resulta obvio que si el delito que el sujeto activo previamente había resuelto cometer del que ya había llevado a cabo la totalidad de los elementos que integran dicha figura típica, pero del cual no se había producido el resultado ilícito, mismo que no se consumo por que éste voluntariamente se arrepiente de su actuar y espontánea y voluntariamente antes de que se produzca el resultado ilícito impide por actos propios o ajenos impulsados por él, la producción de dicho resultado ilícito; no puede existir una tentativa punible, ya que

falta uno de los elementos integrantes de la mismas, es decir, que el delito no se consume por causas ajenas a la voluntad del agente.

Si como hemos previamente establecido para nosotros, el fundamento de la impunidad del arrepentimiento activo de la tentativa, se debe precisamente a razones político criminales, dentro de las que se encuentra, la prevención de los delitos, es menester ahora, dogmáticamente investigar en cual de las categorías delictivas debe encuadrarse sistemáticamente esta impunidad. Toda vez que existen diversas posturas que tratan de ubicar al arrepentimiento activo como: un elemento negativo del tipo; como una exclusión de la antijuridicidad; como una exclusión de la culpabilidad o como una excusa absolutoria. Posturas que ya hemos analizado en el apartado correspondiente al estudio de la naturaleza jurídica del desistimiento, por lo que con el fin de evitarnos inútiles e innecesarias repeticiones, las tendremos aquí por reproducidas, pues las mismas son aplicables para el arrepentimiento activo. Por lo que a continuación diremos cual es nuestra postura.

Si para que la tentativa sea punible, se requiere que el activo, exteriorice su resolución de cometer un delito, 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.** Luego entonces, resulta obvio que si el delito que el sujeto activo previamente había resuelto cometer y del cual ya había llevado a cabo la totalidad de los elementos que integran dicha figura típica, no se consuma por que éste voluntariamente se arrepiente de su actuar y espontánea y voluntariamente antes de que se produzca el resultado ilícito impide por actos propios o ajenos impulsados por él, la producción de dicho resultado ilícito; no puede existir una tentativa punible, ya que falta uno de los elementos integrantes de la mismas, es decir, que el delito no se consume por causas ajenas a la voluntad del agente. Por lo que en la práctica, al no acreditarse uno de los elementos integrantes de la tentativa, simplemente dicha conducta desplegada por el activo, resulta ser atípica

y por lo tanto no se entrara al estudio ni de la antijuridicidad ni mucho menos de la culpabilidad, operando aquí una causa de exclusión del delito, por faltar alguno de los elementos que integran la descripción legal del delito de que se trate (atipicidad), que será la causa por la cual se le decrete la libertad al activo.

III. 4. 2. Voluntad de impedir el resultado

En este apartado, trataremos de explicar cuando el arrepentimiento de producir el resultado ilícito es voluntario.

La voluntad en el arrepentimiento es aquella facultad que el sujeto activo tiene de evitar que se produzca el resultado de aquella figura típica de la cual ya se habían llevado a cabo todos los elementos que la integran, de manera libre y espontánea, es decir, voluntariamente, sin que exista una causa ajena a dicha voluntad, que sea la causa por la cual no se produjo el resultado ilícito.

Para saber cuando el arrepentimiento es voluntario, se deben de tomar en cuenta todas aquellas circunstancias que fueron la causa de que el sujeto activo aun y cuando ya había llevado a cabo todos los elementos integrantes de la figura típica que previamente había resuelto cometer, libre y espontáneamente se arrepiente y evita el resultado ilícito. Sólo si dicho arrepentimiento es voluntario, merecerá la impunidad

Uno de los presupuestos básicos para que pueda operar el arrepentimiento voluntario, es que se hayan llevado a cabo la totalidad de los elementos integrantes del delito que en un principio se había resuelto cometer; otro, es que el resultado no se produzca debido a que el sujeto activo mediante una conducta activa, haga cuanto se encuentre a su alcance para evitarlo, sin que ello se deba a una causa ajena a su voluntad (como aquellas que han quedado establecidas cuando se estudió la voluntad en el desistimiento), sólo entonces podremos decir que el arrepentimiento es voluntario, y por tanto merecedor de la impunidad.

III. 4. 3. Elementos del arrepentimiento activo

De acuerdo con Francisco Pavón Vasconcelos, los elementos del arrepentimiento eficaz son los siguientes:

- 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;
- d) No verificación de dicho resultado.¹⁸¹

En este orden de ideas, resulta obvio que para que el sujeto activo se pueda arrepentir de haber llevado a cabo todos los elementos integrantes del delito que previamente había resuelto cometer y evitar que se produzca el resultado ilícito, debió existir en primer lugar una voluntad inicial de cometer un delito determinado, siendo éste el primer elemento integrante de la tentativa, es decir, necesariamente para que exista la tentativa punible, entre otros elementos, primeramente se debe acreditar la resolución del sujeto activo de cometer un determinado delito, elemento el anterior que forma parte del ámbito subjetivo del *iter criminis* - pues no debemos olvidar que el sujeto activo, primeramente idea cometer un determinado delito (robo, lesiones, despojo, fraude, violación, etc.), posteriormente delibera entre cometerlo o no cometerlo y finalmente resuelve llevar a cabo su idea criminal - Luego entonces, el primer elemento de la tentativa, resulta ser la voluntad inicial respecto al resultado ilícito, siendo también dicha voluntad criminal inicial, un presupuesto del arrepentimiento.

Una vez que el sujeto activo ha resuelto cometer un determinado delito, posteriormente decide exteriorizar su voluntad criminal, para lo cual lleva a cabo los actos preparatorios y finalmente la totalidad de los actos ejecutivos del delito que previamente había resuelto cometer, siendo *la realización de todos los actos de ejecución*, el segundo elemento de arrepentimiento y también un presupuesto

¹⁸¹ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, Ob. Cit., p. 153.

del mismo.

El tercer elemento del arrepentimiento, se presenta cuando una vez que el sujeto activo ha ejecutando el delito que previamente había resuelto cometer, es decir, ha llevado a cabo la totalidad de los elementos que integran la figura típica, libre y espontáneamente su voluntad cambia y se arrepiente de haber ejecutado la totalidad de los elementos que integran la figura típica que previamente había resuelto cometer, y evita que se produzca el resultado ilícito, dicho arrepentimiento debe ser voluntario, es decir, debe de reunir los requisitos a los que hemos hecho alusión en el apartado que antecede.

Pero no basta con que la voluntad criminal inicial del sujeto activo cambie y ahora no desee consumir el delito, pues como sabemos la voluntad es un elemento subjetivo, que para poder ser apreciado en el mundo fáctico debe de administrarse con otros elementos de prueba que permitan acreditar dicha voluntad, misma que se debe de exteriorizar mediante un actuar positivo que evite que se produzca el resultado ilícito.

La no-verificación del resultado ilícito es el último elemento del arrepentimiento eficaz voluntario, ya que de nada le sirve al sujeto activo que su voluntad criminal haya cambiado y debido a ello se haya arrepentido de haber llevado a cabo la totalidad de los actos de ejecución integrantes de la figura típica que previamente había resuelto cometer, si se produce el resultado ilícito, en este caso el arrepentimiento no será eficaz, pues el sujeto activo no logró que el resultado ilícito se produjera y por ende dicha conducta típica es imputable al activo, ya que existe un nexo de causalidad entre su conducta desplegada y el resultado material, pues de no haber llevado a cabo la totalidad de los elementos integrantes de la figura típica que previamente había resuelto cometer, no se hubiera producido el resultado que lesionó el bien jurídico protegido por la norma penal.

III. 4. 4. El arrepentimiento en la participación

En este apartado trataremos de explicar los efectos del arrepentimiento cuando son varios los sujetos activos que participan en el delito tentado.

Como anteriormente ya lo hemos dicho, no existe problema alguno cuando un solo sujeto activo, actuando por sí, a título de autor material, lleva a cabo la totalidad de los actos ejecutivos de la figura típica que previamente había resuelto cometer, y antes de que se produzca el resultado, se arrepiente voluntariamente de su actuar y hace todo cuando está a su alcance para evitar que se produzca dicho resultado, evitando efectivamente que no se consuma el delito que previamente había resuelto cometer. Pues en este caso, su conducta es atípica, ya que falta uno de los elementos integrantes de la tentativa punible, como lo es, el hecho de que la consumación no se lleve a cabo por causas ajenas a la voluntad del sujeto, toda vez que su arrepentimiento fue de forma voluntaria.

Caso distinto acontece, cuando son varios los sujetos activos que participan en la ejecución de los elementos que conforman la figura típica que previamente habían resuelto cometer.

Supongamos que existen tres sujetos activos A, B y C, que pretendían cometer un robo a un banco, para lo cual primeramente idearon llevarlo a cabo, posteriormente deliberaron entre cometerlo o no cometerlo y finalmente resolvieron exteriorizar su voluntad criminal; acto seguido formularon un plan delictivo dividiéndose tareas, acordando en que el sujeto A, sería el que manejaría el automóvil en el cual llegarían al banco y una vez que se hubieran apoderado del dinero se darían a la fuga en dicho automóvil, por lo tanto los esperaría con el motor encendido fuera del banco, el sujeto B, sería el que con una arma de fuego amagaría y sometería al policía que vigilaba el banco, mientras el sujeto C, sería el que se dirigiría hacia el cajero y bajo la amenaza, de matarlo, sino le entregaba el dinero, lo desapoderaría del numerario de la caja, acto seguido saldrían del

banco, abordaría el auto y se darían a la fuga. Una vez acordada la forma repartición de cada uno, comienzan a llevar a cabo los actos preparatorios, tales como conseguir las armas, el automóvil y dirigirse a la sucursal bancaria que con antelación habían elegido, para ejecutar el robo; una vez hecho lo anterior, comienzan a llevar a cabo los actos ejecutivos del robo, pues el sujeto A estaciona el auto frente a la sucursal bancaria y se queda vigilando que no viniera ninguna patrulla y que nadie salga del banco, mientras que los sujetos B y C, se introducen a la sucursal bancaria, acto seguido el sujeto B amaga con una arma de fuego y somete al policía de guardia del banco y lo amarra, mientras el sujeto C, se desplaza hacia un cajero, al cual, amaga con una pistola y amenaza con matarlo si no le entrega el dinero, amenaza que surte sus efectos en el cajero, al lograr vencer su resistencia, lo que provoca que el cajero se apresure a juntar el dinero para entregárselo al sujeto C, sin embargo, en ese momento el sujeto B, se arrepiente voluntariamente de su inicial idea criminal y eficazmente evita que se produzca el resultado, ya que se dirige hacia el sujeto C, mismo al que le da un cachazo en la cabeza, lo que provoca que el sujeto C pierda el sentido y debido a ello no logre apoderarse del dinero que el cajero ya había colocado sobre el mostrador, posteriormente desata al policía, le entrega su arma y le indica que el sujeto A, se encuentra a las afueras de la sucursal bancaria vigilando y con el motor del auto encendido, para darse a la fuga, por lo que el policía pide apoyo vía radio y logran detener al sujeto A.

Del ejemplo anterior, se advierte que el sujeto B, merece la impunidad, por lo que hace a la tentativa de robo, pues voluntariamente y de manera espontánea se arrepintió de haber llevado a cabo la totalidad de los actos ejecutivos del robo y eficazmente impidió la consumación del delito y se diría que dicha impunidad se debe a que operó en su favor el arrepentimiento eficaz, es decir una excusa absolutoria personal de la pena, empero, en la práctica, la impunidad del sujeto B, no se debe a ello, sino a una atipicidad, pues falta uno de los elementos de la tentativa punible, ya que si el robo no se consuma, no fue por causas ajenas a su voluntad, sino que fue debido al arrepentimiento voluntario y eficaz del sujeto B.

que dicho resultado ilícito no se produjo, por lo tanto la conducta desplegada por el sujeto B no puede ser constitutiva de una tentativa punible de robo, por ser atípica. Sin embargo, su conducta si sería constitutiva de portación de arma de fuego y ultrajes a la autoridad, toda vez que los actos ejecutivos desplegados por el sujeto B constituyen por sí mismo un delito diferente al de la tentativa de Robo.

Por su parte los sujetos A y C, serían responsable de la comisión del delito de tentativa de Robo Agravado, toda vez que al desplegar su conducta a título de coautores – pues actuaron en consenso y con codominio funcional del hecho, unidos por un plan común - exteriorizaron su resolución de cometer el robo, realizando totalmente, los actos ejecutivos que deberían de producir el resultado, es decir, el apoderamiento de cosa ajena mueble, sin derecho y sin consentimiento de quien legalmente pueda disponer de ella, a través de la violencia moral, mismo que no se produjo por causas ajenas a su voluntad, como lo fue, el arrepentimiento eficaz del sujeto B, poniendo en peligro el bien jurídico tutelado por la ley penal y que en el presente caso lo constituyó el patrimonio de las persona jurídica colectiva, es decir, de la Institución Bancaria.

En el mismo sentido Francisco Pavón Vasconcelos, nos dice: “Trasladando la consecuencia a la participación en la tentativa, resulta indudable que el desistimiento del autor principal no beneficia sino a él en lo personal y no a quienes haya verificado actos de cualquier naturaleza en cooperación con el autor. Respecto a éstos, la interrupción del proceso ejecutivo y la inconsumación del resultado se han debido a *causas ajenas* a su voluntad. Si el principio de la accesoriedad fuese admitido, sin limitación alguna, la inculpabilidad del autor principal, derivada de la *atipicidad* de su conducta, traería indudablemente el efecto de borrar la culpabilidad de las conductas convergentes y cooperantes en los actos ejecutivos realizados por aquél, posición a todas luces imposible de sostener por sus consecuencias inadmisibles. Para el partícipe no hay atipicidad en sus actos, pues la inconsumación del evento a sido debida a causas ajenas a su voluntad, satisfaciéndose así los extremos del artículo 12 con relación a la

especial situación de que se trate, regulada por el artículo 13 del ordenamiento punitivo.

Semejante criterio debe sostenerse, con relación al sujeto activo primario cuando el desistimiento del partícipe sea eficaz para trascender a la conducta principal, produciendo la interrupción del proceso ejecutivo y por ende la inconsumación del resultado, pues en tal caso, como lo sostiene correctamente JIMÉNEZ HUERTA, se deja viva plenamente la adecuación típica de los actos de ejecución efectuados por el sujeto activo primario, pues en relación a éste, esto es, *al agente*, según la denominación del artículo 12, la inconsumación del delito es debida a causas *ajenas a su voluntad*. En el supuesto anterior, el desistimiento del partícipe, ejecutor de una conducta accesoria, aun cuando capaz de producir la interrupción del proceso ejecutivo, sólo genera la atipicidad de la tentativa propia y no la del sujeto activo primario.”¹⁸²

Cosa distinta acontece con quienes únicamente intervengan en la planeación o preparación del delito, así como quienes determinen a otro o le presten ayuda o auxilio, ya que estos sólo responderán si el hecho antijurídico del autor alcanza al menos el grado de tentativa del delito que se quiso cometer. De lo que se desprende que si el autor material se arrepiente de haber llevado a cabo la totalidad de los actos ejecutivos del delito que previamente había resuelto cometer y por ende evita que se produzca el resultado, alcanza por ello la impunidad, pues falta uno de los elementos de la tentativa punible, ya que fue precisamente debido a su voluntad que el delito no se consumó y si hubo otros partícipes que junto con el autor material, planearon o prepararon el delito o lo determinaron dolosamente a cometerlo o le prestaron ayuda o auxilio, tampoco responderán por su participación, pues la conducta desplegada por el autor material, no constituyó al menos tentativa punible, por lo tanto, su arrepentimiento activo les beneficia, aunque no haya sido la figura del arrepentimiento como causa personal de exclusión de la pena, lo que haya operado, sino el hecho de que su conducta

¹⁸² Ibidem, pp. 143, 144.

resultó ser atípica, debido a que faltó uno de los elementos integrantes de la tentativa, como lo es el hecho de que el delito no se consume por causas ajenas a su voluntad.

El problema de si el arrepentimiento sólo opera en beneficio del que desiste o si abarca a cuantos participan en el delito, es una cuestión de dogmática – dice Jiménez de Asúa – que como tal sólo puede ser resuelta en presencia de un ordenamiento jurídico concreto.¹⁸³

Al respecto cabe citar la tesis sustentada por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Séptimo Circuito (antes Tercer Tribunal Colegiado del Séptimo Circuito), en la Octava Época, visible en la página: 463, del tomo: X, Octubre de 1992, del Semanario Judicial de la Federación, misma que a la letra dice:

TENTATIVA INEXISTENTE. ACTOS PREPARATORIOS, AUTOR INTELECTUAL DE LOS. El autor intelectual responde por cualquiera de las fases de la ejecución del delito, precisamente por la autoría intelectual, pero si en el caso el delito que dispuso se cometiera (homicidio) ni siquiera se intentó cometer, por haberse desecho "el trato" entre los coindiciados, no llegando entonces a la primera etapa de ejecución que constituye la tentativa, consistente en la realización directa, inmediata e inequívoca de la realización del delito que conforma la base típica de cada ilícito, pues aun cuando el agente intelectual haya planeado el hecho criminoso de que se trata y proporcionado todos los datos indispensables, así como el dinero para la compra del instrumento del delito, para su comisión, ello no constituye actos de ejecución sino actos preparatorios de naturaleza

¹⁸³ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, Ob. Cit., p. 842.

impune, quedando entonces fuera de la hipótesis normativa que prevé la tentativa; por ende, si no se actualiza la tentativa del injusto por parte del autor material, menos aún por lo que hace al agente intelectual.

Asimismo vale citar la tesis sustentada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la Quinta Época, visible en la página: 460, del tomo: CIII, del Semanario Judicial de la Federación, misma que a la letra dice:

TENTATIVA PUNIBLE, EN EL CASO DE COPARTICIPACION. Aunque es cierto que para que una tentativa sea punible se requiere la ejecución de actos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente, también lo es que esa relación debe existir, no entre los actos que realiza cada uno de los que participan en la tentativa, y la consumación del delito, sino entre el conjunto de actos que realizan los copartícipes, y esa consumación, ya que no puede establecerse una separación de absoluta independencia entre los actos de uno y otro copartícipe, pues todos ellos obedecen a un propósito común, y de aceptarse que no existe una relación directa entre el acto del presunto autor intelectual y la consumación del delito, puesto que medió entre ellos la voluntad y la actividad de un tercero el que induce directamente a otro a cometer un delito, nunca podría quedar comprendido entre los copartícipes que señala el Código Penal, porque su inducción siempre estaría sujeta a la voluntad de un tercero, que no sólo no hubiere desistido de su propósito criminal, sino que hubiese realizado un principio de ejecución constitutivo de tentativa punible, en consecuencia basta con

que haya habido una relación causal inmediata y directa entre los actos que ejecutaron el presunto autor indirecto y los presuntos autores materiales, y la consumación del delito para que pueda condenarse al presunto autor indirecto como responsable en grado de tentativa, aunque aquellos hayan desistido de su propósito criminal. Además, si éste participó activamente y en forma decisiva en la ejecución del delito que se intentó, debe decirse que, el desistimiento de uno de los copartícipes que van a cometer un delito, constituye con frecuencia, la a causa ajena a la voluntad de los demás copartícipes que impide la consumación de la infracción penal, mas no releva de responsabilidad a los demás que no desisten de su propósito criminal, sino que persisten en él y que sólo por causas ajenas a su voluntad, como lo es la voluntad del que desiste, no logran realizar ese propósito; por otra parte, de acuerdo con los principios doctrinarios que norman nuestra legislación penal vigente y que habían sido expresamente incluidos en disposiciones del Código Penal de 1871, la imposibilidad para consumar un delito elimina la punibilidad de una tentativa, cuando los medios empleados son notoriamente inadecuados o no idóneos, o bien cuando el delito es irrealizable porque es imposible, lo que se refiere a causa diversa de la estudiada.

Así también resulta aplicable la tesis sustentada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la Quinta Época, visible en la página: 38, del tomo: Informe 1956, de Informes.

DESISTIMIENTO DEL DESIGNIO CRIMINAL. AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD DERIVADA DEL. "No cabe declararla respecto del acusado que demuestra que si bien

intervino en la concepción del homicidio que se le imputa, ya que discutió con otros dos inculpados entre los que se cuenta el autor material del delito, indicando que se debía dar muerte a quien había seducido a la joven que era hija de uno de ellos y sobrina de los otros dos, sin embargo su propia voluntad y con bastante anticipación al momento en que se consuma el delito, desistió de ese propósito e insistentemente trato de convencer a sus parientes de que se abstuvieran de llevar adelante la idea que el había acogido, sucediendo además que no tomó ninguna otra participación en los hechos. La ausencia de responsabilidad deriva del principio implícito en la definición legal de la tentativa punible, donde se dispone que sólo se sancionará a quien realice actos directa e inmediatamente encaminados en la ejecución de un delito, si éste no se consuma por una causa ajena a la voluntad del agente, pues en la especie bajo examen el delito resultó consumado por causas diversas en la voluntad del procesado a quien se alude".

III. 4. 5. El arrepentimiento *post factum*

En este apartado nos ocuparemos del llamado arrepentimiento *post factum*, el cual es diferente al arrepentimiento activo o eficaz, pues de acuerdo con Francisco Pavón Vasconcelos: "Aquél – el arrepentimiento eficaz – tiene la virtud de impedir el resultado haciendo desaparecer la tentativa punible; éste - arrepentimiento *post factum* – no evita la consumación al surgir una vez producido el delito,..."¹⁸⁴ y por ende al haberse consumado, su conducta se vuelve punible.

Dicho arrepentimiento *post factum*, nada tiene que ver con la figura jurídica de la tentativa, ya que al haberse consumado el delito nada queda en tentativa y

¹⁸⁴ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, Ob. Cit., p. 156.

por lo tanto no pueden operar ni el desistimiento, ni el arrepentimiento eficaz que se presenta tanto en la tentativa inacabada, como en la tentativa acabada, mismo que se encuentra regulado en el artículo 21 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.

“Lo que sí puede diferenciar este arrepentimiento posterior al resultado...y el otro que lo impide, es que el arrepentimiento de la tentativa acabada... es precisamente eso, que el resultado se evita, mientras que en los otros casos se repara...”¹⁸⁵

Esta reparación del daño por el delito cometido, de ninguna manera puede jurídicamente asimilarse a la figura del arrepentimiento eficaz, sino que sólo puede apreciarse como una circunstancia atenuante de la punibilidad en algunas figuras típicas y excepcionalmente la impunidad, siempre y cuando se reúnan ciertas condiciones, como a continuación procedemos a ejemplificarlo:

En el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, en el Título Cuarto Delitos Contra la Libertad Personal, en su Capítulo I Privación de la Libertad Personal, se encuentra el artículo 160, mismo que en sus párrafos primero y segundo, establecen:

Se impondrán de seis meses a tres años de prisión y de veinticinco a cien días multa, al particular que prive a otro de su libertad, sin el propósito de obtener un lucro, causar un daño o perjuicio a la persona privada de su libertad o a cualquier otra.

Si el agente espontáneamente libera a la víctima dentro de las veinticuatro horas siguientes al de la privación de la libertad, la pena de prisión será de la mitad prevista.

¹⁸⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, Ob. Cit., p. 856.

Como podemos apreciar en la figura típica antes descrita, el legislador decidió atenuar de la pena de prisión en aquellos caso en que el sujeto activo espontáneamente libere dentro de las veinticuatro horas siguientes al de la privación de la libertad, a la víctima, con lo que se advierte que aún y cuando el delito ya se consuma, el arrepentimiento *post factum*, viene a atenuar la punibilidad.

Cabe advertir que dicha atenuación o incluso impunidad del arrepentimiento *post factum*, no opera en todos los delitos de la parte especial del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, sino sólo en algunas figuras típicas.

III. 5. Tentativa de delito imposible

En este apartado, trataremos de analizar brevemente la llamada tentativa de delito imposible; en primer lugar debemos apuntar que se habla de tentativa de delito imposible, cuando el resultado ilícito del delito que el sujeto activo previamente había resuelto cometer no se produce, ya sea por inidoneidad de la conducta desplegada por el activo o por la falta de objeto sobre el cual recaería la conducta del activo.

En cuanto a si dicha tentativa de delito imposible es o no punible, al respecto el Doctor Rodolfo García García, nos dice: "No hay un criterio definido entre los penalistas respecto de que la tentativa de delito imposible deba sancionarse o no, los partidarios de la teoría subjetiva opinan que la tentativa de delito imposible si debe punirse; los seguidores de la teoría objetiva, por el contrario, estiman que la tentativa de delito imposible no debe ser sancionada porque con ello no se pone en peligro ningún bien jurídico tutelado por el Derecho Penal..."¹⁸⁶

¹⁸⁶ GARCÍA GARCÍA, Rodolfo, Ob. Cit., p. 90.

III. 5. 1. Imposibilidad sobre la acción

Existe inidoneidad de la acción, cuando por ejemplo, el sujeto activo después de haber resuelto cometer el delito de homicidio, exterioriza su resolución y decide envenenar al sujeto pasivo, para lo cual realizar los actos preparatorios, tales como ofrecerle una taza de café y ponerle dos cucharadas de bicarbonato al mismo, con el cual piensa, que privara de la vida al sujeto pasivo, sin embargo, antes de tomar el café el sujeto activo recibe una llamada urgente, lo que provoca que se retire inmediatamente del lugar. Como podemos observar, si bien es cierto, se encuentra acreditado el primer elemento de la tentativa punible, es decir, la exteriorización de la resolución del sujeto activo de privar de la vida a otro, lo cierto es que los actos que llevó a cabo, no son los idóneos para conseguir su fin y por lo tanto no se pueden calificar como los actos ejecutivos –unívocos e inequívocos – que deberían producir el resultado, por lo tanto no puede decirse que se puso en peligro el bien jurídico tutelado por la norma penal, pues existe inidoneidad de los medios empleados por el sujeto activo para llevar a cabo su resolución de privar de la vida a otro, es por ello que su conducta no puede ser penalmente sancionada, ya que no debemos olvidar que los actos preparatorios de ninguna manera pueden ser considerados como constitutivos de la tentativa punible, pues carecen de univocidad y suelen ser equívocos.

III. 5. 2. Imposibilidad sobre el objeto

Existe tentativa de delito imposible cuando falta el objeto material sobre el cual recaerá la conducta desplegada por el sujeto activo, tal es el caso de aquel ejemplo en el cual, la sujeto pasivo que cree encontrarse embarazada, resuelve provocarse un aborto, para lo cual exterioriza su voluntad mediante la comisión de los actos preparatorios, tales como conseguir un gancho metálico de tamaño considerable y posteriormente comienza a llevar a cabo los actos ejecutivos que deberían producir el resultado y se lo introduce en varias ocasiones hasta el fondo de la vagina con el fin de provocar la pérdida del producto y en esos momentos

llega su madre, quien evita que la pasivo se siga lacerando e inmediatamente la lleva a un hospital para evitar que se desangre; en este hipotético caso, se advierte que la resolución de cometer el delito de aborto se exteriorizó ya que la sujeto activo realizó totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado ilícito, mismo que por causas ajenas a su voluntad, como lo fue la intervención de su madre no se consumó, sin embargo, no se puso en peligro el bien jurídico tutelado por la norma penal, es decir, la vida en formación o la vida humana dependiente, pues el producto de la concepción (*nasciturus*), es decir, el objeto material, nunca existió, por lo tanto existe tentativa de delito imposible por falta del objeto, por lo tanto su conducta no puede ser considerada como tentativa punible.

III. 5.3. Tentativa inacabada del delito imposible

Nos encontramos ante una tentativa inacabada de delito imposible, cuando el sujeto activo, después de haber resuelto cometer un delito, exteriorizó su voluntad y realizó en parte los actos tendientes a la consumación del delito, u omitió los que deberían evitarlo, sin que el resultado ilícito se produzca debido a que los actos ejecutados, son inidóneos para conseguir el resultado deseado o siendo idóneos, falta el objeto sobre el cual recaerá la conducta desplegada por el activo, es decir, no existe el bien jurídico tutelado por la norma penal o existiendo éste, con la conducta desplegada por el sujeto activo el mismo no se pone en peligro.

Por ejemplo, cuando el sujeto activo resuelve obtener un lucro indebido a través del engaño en beneficio propio, para lo cual consigue unos cheques falsos y se presenta ante una sucursal bancaria con el fin de cobrarlos, pero al estar en la fila esperando su turno, un empleado bancario le pregunta que cual es la operación que va a realizar y el sujeto le contesta que va a cobrar unos cheques, mismos que se los enseña y al revisarlos, se percató que estos son emitidos por un banco inexistente. En este ejemplo, la tentativa es inacabada, por que el sujeto

activo no llevó a cabo la totalidad de los actos necesarios para que se consumara el delito que previamente había resuelto cometer, ya que fue descubierto antes de que se encontrara frente al cajero del banco y le entregara los supuestos cheques para su cobro y es imposible por que los medios empleados por el sujeto activo son inidóneos para lograr el engaño y con ello obtener un lucro indebido.

III. 5. 4. Tentativa acabada de delito imposible

Nos encontramos ante una tentativa acabada de delito imposible, cuando el sujeto activo, después de haber resuelto cometer un delito, exteriorizó su voluntad y realizó totalmente los actos tendientes a la consumación del delito, u omitió los que deberían evitarlo, sin que el resultado ilícito se haya producido debido a que los actos ejecutados, son inidóneos para conseguir el resultado deseado o siendo idóneos, falta el objeto sobre el cual recaerá la conducta desplegada por el activo, es decir, no existe el bien jurídico tutelado por la norma penal o existiendo éste, con la conducta desplegada por el sujeto activo el mismo no se pone en peligro debido precisamente a la inidoneidad de los actos desplegados por el sujeto activo.

Por ejemplo cuando el sujeto activo resuelve privar de la vida al sujeto pasivo, para lo cual consigue una arma de fuego y se dirige hacia la casa del pasivo, se introduce en la misma y se percata de que el pasivo se hallaba recostado en su cama al parecer dormido, por lo que saca de entre sus ropas dicha arma de fuego y sigilosamente se acerca al lugar en donde se encontraba supuestamente dormido el pasivo y a una distancia de un metro, le apunta al corazón y vacía sobre él la carga de su arma, ignorando que el sujeto pasivo tenía varias horas de haber muerto por un infarto fulminante, tal y como lo reveló el resultado de la autopsia que le fue practicada por peritos médicos forenses. En este ejemplo, la tentativa es acabada, por que el sujeto activo llevó a cabo la totalidad de los actos ejecutivos que deberían producir el resultado ilícito que previamente había resuelto cometer, es decir, el privar de la vida a otro; es

imposible por que contrario a lo que pareciera su conducta no puede ser constitutiva de una tentativa de homicidio, ya que si bien es cierto, su resolución de cometer el delito de homicidio, se exteriorizó realizando totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado y por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo no se llegó a la consumación – como lo fue el hecho de que el sujeto al que pretendía privar de la vida, hubiera fallecido varias horas antes de que el sujeto activo desplegara su conducta de acción – lo cierto es que, con dicha conducta el activo no puso en peligro el bien jurídico tutelado por la norma penal, mismo que en el presente ejemplo sería la vida de la persona que el sujeto activo pretendía matar, pues al haber muerto varias horas antes de que el activo desplegara su conducta ya descrita, dejó de ser un ser vivo y por lo tanto el bien jurídico tutelado por la norma penal dejó de existir, luego entonces, la conducta desplegada por el activo, de ninguna forma puede ser considerada como una tentativa acabada de homicidio, por inexistencia del objeto sobre el cual recaería la acción desplegada por el activo, ya que no se puede privar de la vida a quien ya no cuanta con ella.

III. 5. 5. Desistimiento de la tentativa de delito imposible

Estamos ante un desistimiento espontáneo de una tentativa de delito imposible, cuando el sujeto activo, después de haber resuelto cometer un determinado delito, exterioriza su voluntad criminal y al estar realizando parte de los actos que deberían producir el resultado, espontánea y voluntariamente desiste de seguir llevando a cabo su inicial idea criminal, sin que se consuma el delito, no por el desistimiento espontáneo del sujeto activo, sino porque existe inidoneidad en los actos desplegados por él, o por que el objeto sobre el cual debería recaer la conducta desplegada por el sujeto activo, es inexistente y por ende, no se puede poner en peligro el bien jurídico tutelado por la norma penal.

Como por ejemplo, cuando el sujeto activo que es propietario de una vivienda, misma que rentaba a x persona, la cual no ha querido desocuparla y

devolver la posesión al activo a pesar de que el contrato de arrendamiento ha terminado y que el activo se ha negado a su continuación y que le ha requerido la entrega de la misma a través de los medios legales, decide por propia autoridad y furtivamente ocupar el inmueble de su propiedad, aun cuando la ley no se lo permite, debido a que dicha persona tiene la posesión derivada del contrato de arrendamiento, y se constituye por la noche en el domicilio en donde se ubica la vivienda, ya que sabe que la persona que tiene la posesión de la misma no se encontrará pues sale a trabajar por la noche y con el duplicado de la llaves abre la puerta con el fin de introducirse en el departamento y sacar las cosas del inquilino y cambiar las cerraduras para evitar que volviera a introducirse, pero antes de hacerlo y sin que nada se lo impidiera, voluntaria y espontáneamente desiste de su propósito de despojar a tal persona de dicha vivienda y vuelve a cerrar la puerta y se retira del lugar. Por lo que nos encontramos ante un desistimiento espontáneo de la tentativa de delito imposible, por que el inquilino que poseía la vivienda, el mismo día de los hechos desplegados por el activo, por la mañana había acudido con el representante legal del activo ante la autoridad legal correspondiente y habían celebrado un convenio a través del cual le entregaba la posesión de la misma al sujeto pasivo a través de su representante legal facultado para ello; hecho que el activo desconocía, por lo tanto nos encontramos ante una tentativa de delito imposible, por que el objeto sobre el cual recaería la conducta desplegada por el activo no existía, pues no se puede despojar de un inmueble del que ya se tiene la posesión.

Al respecto vale citar la tesis: "V.3o.5 P", sustentada por el Tercer Tribunal Colegiado del Quinto Circuito, en la Novena Época, visible en la página: 1231, del tomo: XII, Agosto del 2000, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, misma que a la letra dice:

**ROBO, LA INEXISTENCIA DEL OBJETO MUEBLE NO
CONSTITUYE CAUSA AJENA A LA VOLUNTAD DEL
ACTIVO QUE IMPIDA LA CONSUMACIÓN DEL DELITO DE,**

SINO LA AUSENCIA DE UN ELEMENTO TÍPICO DE DICHO ILÍCITO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE SONORA). Si de conformidad con el artículo 302 del Código Penal para el Estado de Sonora, el delito de robo se describe como el apoderamiento de una cosa ajena mueble, sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la ley y, por su parte, el diverso artículo 10 de la legislación invocada, en su primer párrafo, estatuye que la tentativa existe: "... cuando la resolución de cometer un delito se manifiesta en actos u omisiones que deberían producirlo, o en un inicio de ejecución o inejecución de los mismos, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.", **es claro que para que exista la tentativa del robo es necesario e indispensable, como uno de los elementos del tipo, que materialmente exista la cosa ajena mueble, y que se den actos encaminados al apoderamiento de ésta, pero que por una causa externa a la voluntad del sujeto activo no sea posible tal apoderamiento. Luego, si en el caso no existió un elemento del tipo penal, como es la existencia material de la cosa ajena mueble sobre la cual pudiera recaer la acción criminosa,** esa circunstancia no puede representar la causa externa a la voluntad del activo que haya impedido la consumación del delito, que configurara la tentativa.

III. 5. 6. Arrepentimiento activo de la tentativa de delito imposible

Estamos ante un arrepentimiento activo de la tentativa de delito imposible, cuando el sujeto activo, después de haber resuelto cometer un determinado delito, exterioriza su voluntad criminal y lleva a cabo la totalidad de los actos que deberían producir el resultado, sin que se consuma el delito, no por que el sujeto

activo espontánea y voluntariamente se haya arrepentido de su actuar, y a través de actos propios o ajenos impulsados por él, impidiera la producción de dicho resultado ilícito, sino porque existe inidoneidad en los actos desplegados por él, o por que el objeto sobre el cual debería recaer la conducta desplegada por el sujeto activo, es inexistente y por ende, no se puede poner en peligro el bien jurídico tutelado por la norma penal.

Por ejemplo, cuando el sujeto activo resuelve privar de la vida a otro y para ello, exterioriza su voluntad al tratar de envenenar al sujeto pasivo, pero en lugar de colocar arsénico en el jugo de naranja que el pasivo tomaría, le pone bicarbonato de sodio, y una vez que el pasivo lo toma, se arrepiente de su idea criminal e inmediatamente lo lleva al hospital en donde le practican un lavado de estómago; siendo así que el resultado ilícito no se produjo debido a la inidoneidad de los actos ejecutados por el sujeto activo, más no por el arrepentimiento de éste, encontrándonos por ello ante la presencia de una tentativa de delito imposible.

III. 6. Tentativa culposa

Definitivamente, de la estructura típica de la tentativa punible, misma que se encuentra regulada en el artículo 20 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, se advierte que únicamente admite la realización dolosa, puesto que se requiere que el sujeto activo exteriorice su resolución de cometer un delito, realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquel no se consuma por causas ajenas a la voluntad de éste, es decir, que el sujeto activo tenga la conciencia y voluntad de cometer un determinado delito, de lo que se advierte su obrar doloso – previsto en párrafo segundo del artículo 18 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal – ya que conociendo los elementos objetivos del hecho típico de que se trate, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley. Decisión a la que arriba, luego de haber ideado cometer un determinado delito, deliberado entre cometerlo o no

cometerlo y finalmente resuelto llevar a cabo su idea criminal.

Es por lo anterior que se concluye que la tentativa punible no admite la forma de realización culposa – prevista en el párrafo tercero del artículo 18 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal – ya que obra culposamente el que produce el resultado típico que no previó siendo previsible o previó confiado en que no se produciría, en virtud de la violación de un deber de cuidado, que objetivamente era necesario observar. En tanto que para que se produzca la tentativa punible, se requiere como primer elemento, la resolución del sujeto activo de cometer un determinado delito, es decir, que el sujeto activo desde el primer momento quiere y acepta el resultado ilícito (conducta dolosa) en tanto que en la conducta culposa, el sujeto activo no quiere el resultado ilícito, luego entonces, no puede existir tentativa de delito culposo, ya que falta la parte subjetiva del *iter criminis* – la ideación de cometer un determinado delito, posteriormente la deliberación entre cometerlo o no cometerlo y finalmente la resolución de cometerlo – requisito *sine quanon* para que se produzca la tentativa punible.

En relación a lo anterior, resulta procedente citar la tesis: XI.2o.4 P, sustentada por el Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Primer Circuito, en la Novena Época, visible en la página: 552, del tomo: II, Octubre de 1995, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, misma que a la letra dice:

HOMICIDIO EN GRADO DE TENTATIVA. REQUIERE ACREDITARSE LA INTENCIONALIDAD DEL AGENTE. Sin negar que el hecho de que accionar un arma de fuego en contra de una persona no necesariamente implica que sea el propósito de privarle de la vida, porque para ello se requiere que tal intención, lo que es un aspecto totalmente subjetivo, se manifieste a través de la ejecución de actos que así lo revelen; y si en el caso los quejosos se encontraban detrás de un árbol y al llegar los ofendidos les dispararon en

repetidas ocasiones con las armas que portaban, logrando lesionar letalmente a uno de ellos y al otro le acertaron un disparo, por lo que corrió y cuando lo hacía recibió un impacto más, y aún así continuó huyendo hasta quedar fuera del alcance de sus agresores, es evidente que la intención homicida de éstos se puso de manifiesto, ya que si no lograron segar la vida del pasivo fue precisamente por una causa ajena a su voluntad, lo cual integra la tentativa punible con respecto al delito de homicidio.

CAPITULO IV

LA TENTATIVA PUNIBLE EN EL NUEVO CÓDIGO

PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL

IV. 1. La tentativa punible, en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal

La figura jurídica de la tentativa punible en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, se prevé en el Libro Primero Disposiciones Generales, Título Segundo El Delito, Capítulo II Tentativa, en el artículo 20 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, mismo que a la letra dice:

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 por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo no se llega a la consumación, pero se pone en peligro el bien jurídico tutelado.

En tanto que su punibilidad se prevé en el Libro Primero Disposiciones Generales, Título Cuarto, Aplicación de Penas y Medidas de Seguridad, Capítulo III Punibilidad de la Tentativa, en el artículo 78 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, mismo que a la letra dice:

La punibilidad aplicable a la tentativa, será de entre una tercera parte de la mínima y dos terceras partes de la máxima, previstas para el correspondiente delito doloso consumado que el agente quiso realizar.

En la aplicación de las penas o medidas de seguridad a que

se refiere este artículo, el juzgador tendrá en cuenta, además de lo previsto en el artículo 72 de este Código, el mayor o menor grado de aproximación a la consumación del delito y la magnitud del peligro en que se puso al bien jurídico protegido.

Pero dicha figura jurídica de la tentativa punible, como también ha quedado establecido en capítulos precedentes, no es autónoma, sino que requiere que el delito que el sujeto activo previamente había resuelto cometer, no se consume, para que el mismo quede en grado de tentativa, por ejemplo: Robo en grado de tentativa, Homicidio en grado de tentativa, etc. Pues se trata de un amplificador del tipo, a través del cual el legislador, vuelve punibles aquellas conductas dolosas que aun y cuando no logran lesionar el bien jurídico tutelado por la norma penal, con sus actos unívocos e inequívocos, tendientes a producir el resultado ilícito, si ponen en peligro el bien jurídico tutelado.

Para que un delito quede en grado de tentativa, se requiere que el sujeto activo exteriorice su resolución de cometer dicho delito, 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 activo, pero si se pone en peligro el bien jurídico tutelado.

IV. 1. 2. Compulsa de iniciativas de Código Penal para el Distrito Federal

El 14, 28 y 30 de noviembre del año 2000, los partidos políticos Revolucionario Institucional, de la Revolución Democrática y Acción Nacional, presentaron ante el Pleno de la Asamblea Legislativa, sendas iniciativas de Código Penal para el Distrito Federal. En tales fechas, la mesa directiva de ese órgano Legislativo, las turno para su análisis, discusión y en su caso aprobación, a la Comisión de Administración y Procuración de Justicia.

Mediante sesión de la Comisión de Administración y Procuración de Justicia, de fecha 20 de diciembre del año 2000, se aprobó que un grupo multidisciplinario de especialistas en materia penal, realizará un documento ordenado en forma de compulsa de las tres iniciativas de Código Penal. El 19 de enero del año 2001, se presentó a la comisión de Administración y Procuración de Justicia, la compulsa de las iniciativas de Código Penal para el Distrito Federal y se ordenó su impresión y distribución.

Del proyecto de reformas de la segunda Asamblea Legislativa para el Código Penal del Distrito Federal, transcribiremos las iniciativas de Código Penal que presentaron las fracciones parlamentarias del Partido Revolucionario Institucional, Partido Acción Nacional y Partido de la Revolución Democrática, por lo que hace al tema que nos ocupa, es decir, a la tentativa y a su punición.

Comenzaremos por la iniciativa de Código Penal presentada por la fracción parlamentaria del Partido de la Revolución Democrática, en donde en el Libro Primero Disposiciones Generales. Título Segundo El Hecho Punible. Capítulo II Tentativa. En su artículo 19 se establece:

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 por causas ajenas a la voluntad del agente no se llega a la consumación, pero existe, al menos, puesta en peligro del bien jurídico tutelado.

En su artículo 20 se prevé:

Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se le impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a éste se refiere, a no

ser que los actos ejecutados constituyan por sí mismos algún delito diferente, en cuyo caso se le impondrá la pena o medida señalada para éste.

En el Título Cuarto Aplicación de penas y medidas de seguridad. Capítulo VI Punibilidad de la tentativa, artículo 81 se establece:

Al responsable de tentativa punible se le aplicará a juicio del juez y teniendo en consideración las prevenciones de los artículos 19, 20 y 72, hasta las dos terceras partes de la sanción que se le debiera imponer de haberse consumado el delito que se quiso realizar, salvo disposición en contrario.

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

En el artículo 19 de esta iniciativa, se establece cuando existe tentativa punible, concepto que como podemos observar, resultaba ser casi igual al establecido en el párrafo primero del artículo 12 del Código Penal para el Distrito Federal de 1999, salvo que en esta iniciativa cambia la redacción de la última parte del concepto y se agrega que debe de existir al menos, puesta en peligro del bien jurídico tutelado. Implemento que desde nuestro punto de vista, no es necesario, pues es, obvio que 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 aquel no se consume por causas ajenas a la voluntad del agente, se pone en peligro el bien jurídico tutelado por la norma penal, de otra manera no se hablaría de una tentativa punible.

Por lo que hace al artículo 20 de esta iniciativa en los que se encuentra previsto tanto el desistimiento como el arrepentimiento eficaz, desde nuestro punto de vista, no debió de haberse incluido, pues como ya lo hemos dicho en otro apartado de este trabajo de investigación, los elementos esenciales para que operen dichas figuras, resultan ser la espontaneidad y la voluntariedad del sujeto activo de desistir de la ejecución o de impedir la consumación del delito, luego entonces, si el delito no se consuma por la propia y espontánea voluntad del sujeto activo, resulta evidente que no se le impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a éste se refiere, ya que su conducta resulta ser atípica de una tentativa punible, pues falta uno de los elementos integrantes de ésta, como lo es el que no se llegue a la consumación por causas ajenas a la voluntad del agente.

Ahora bien, en cuanto al artículo 81 de la iniciativa en comento, por lo que hace al primer párrafo, mismo que de una comparación con el artículo 63 del Código Penal para el Distrito Federal de 1999, resulta ser igual, salvo por que en dicha iniciativa se incluyen los artículos 19, 20 y 72, que obviamente tienen relación con la tentativa punible y la aplicación de la pena; nosotros opinamos que con el fin de evitar imprecisiones en cuanto a la exacta aplicación de la ley, en lugar de preverse hasta las dos terceras partes de la sanción que se le debiera imponer de haberse consumado el delito que se quiso realizar, se debiera establecer por ejemplo: las dos terceras partes de dicha sanción. Lo mismo sucede para el segundo párrafo del artículo en cuestión en el que en lugar de preverse la frase hasta la mitad, se debería establecer por ejemplo, la mitad.

Por otra parte, para nosotros, en dicha iniciativa se debería haber trasladado el segundo párrafo del artículo 12 del Código Penal para el Distrito Federal de 1999 – *“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”* – a un tercer párrafo del artículo 81 de esta iniciativa, por ser en este artículo en donde se establecen las reglas especiales para la aplicación de sanciones en caso de tentativa punible.

En la iniciativa de Código Penal presentada por la fracción parlamentaria del Partido Revolucionario Institucional, en el Libro Primero Parte General. Título Segundo El Delito. Capítulo II Tentativa. En su artículo 13 se prevé:

Existe tentativa punible cuando la intención se exterioriza ejecutando la actividad que debería de producir el delito u omitiendo la que debería de evitarlo si, por causas ajenas a la voluntad del agente, no hay consumación pero se pone en peligro el bien jurídico.

Si el agente desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se impondrá sanción alguna, pero si la acción o la omisión ejecutadas constituyen por sí mismas algún delito, se aplicará la pena o medida de seguridad correspondiente.

En el Título Sexto Aplicación de Sanciones. Capítulo V Tentativa, artículo 68 se establece:

La punibilidad aplicable a la tentativa será de las dos terceras partes de la establecida para el respectivo delito doloso consumado, salvo disposición en contrario.

Para imponer la pena o medida de seguridad correspondiente, el juez deberá valorar el grado a que se llegó en la ejecución del delito y la magnitud de la puesta en peligro del bien protegido en el tipo.

En el artículo 13 de esta iniciativa, se establece cuando existe tentativa punible, concepto que desde nuestro punto de vista, resulta un tanto cuanto confuso, pues el hecho de que no se establezca *“la intención de cometer un*

delito”, en la práctica puede llevar a diversas interpretaciones que obviamente acarrearían a contradicciones entre el órgano investigador y los Tribunales, por otro lado, por lo que hace a la última parte del concepto, es decir, en la que se establece la puesta en peligro del bien jurídico tutelado; desde nuestro punto de vista, no es necesario, pues como ya lo dijimos, resulta obvio que 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 aquel no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente, se pone en peligro el bien jurídico tutelado por la norma penal, de otra manera no estaríamos en presencia de una tentativa punible.

Por lo que hace al párrafo segundo del artículo 13 de esta iniciativa en el que se encuentra previsto tanto el desistimiento como el arrepentimiento eficaz, desde nuestro punto de vista, no debe de haberse incluido, pues como ya lo hemos dicho en otro apartado de este trabajo de investigación, los elementos esenciales para que operen dichas figuras, resultan ser la espontaneidad y la voluntariedad del sujeto activo de desistir de la ejecución o de impedir la consumación del delito, luego entonces, si el delito no se consuma por la propia y espontánea voluntad del sujeto activo, resulta evidente que no se le impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a éste se refiere, ya que su conducta resulta ser atípica de una tentativa punible, pues falta uno de los elementos integrantes de ésta, como lo es el que no se llegue a la consumación por causas ajenas a la voluntad del agente.

Ahora bien, en cuanto al artículo 68 de la iniciativa en comento, nos parece acertado, ya que en el primer párrafo del mismo se prevén las dos terceras partes de la sanción que se le debiera imponer de haberse consumado el delito que se quiso realizar; en tanto que en el segundo párrafo en el que se prevé que – *“Para imponer la pena o medida de seguridad correspondientes, el juez deberá valorar el grado a que se llegó en la ejecución del delito y la magnitud de la puesta en peligro del bien protegido en el tipo”* – por ser este artículo en donde se establecen

las reglas especiales para la aplicación de sanciones en caso de tentativa punible.

Sin embargo, a juicio de nosotros, a dicho artículo 68 le faltó adicionarle un párrafo en el cual se prevea la sanción que debe imponerse en el caso en que no fuera posible establecer el daño que se pretendió causar, cuando este fuere determinante para la correcta adecuación típica.

Por último en la iniciativa de Código Penal presentada por la fracción parlamentaria del Partido Acción Nacional, en el Libro Primero Disposiciones Generales. Título Segundo Hecho Punible. Capítulo II Tentativa. En su artículo 13 se establece:

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 por causas ajenas a la voluntad del sujeto no se llega a la consumación, pero existe al menos puesta en peligro del bien jurídico tutelado.

En su artículo 14 se prevé:

Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se le impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a éste se refiere, a no ser que los actos ejecutados constituyan por sí mismos algún delito diferente, en cuyo caso se le impondrá la pena o medida señalada para éste.

En el Título Cuarto Aplicación de las Penas y Medidas de Seguridad. Capítulo V Punibilidad de la Tentativa, artículo 66, se establece:

Al responsable de la tentativa punible se le aplicarán las dos terceras partes de la sanción que le correspondería de haberse consumado el delito que se intentó realizar.

En el caso de que no fuere posible determinar el daño que se intentó causar, se aplicará de seis meses a tres años de prisión y hasta cincuenta días multa.

En la aplicación de las penas o medidas de seguridad a que se refiere este artículo, el juzgador tendrá en cuenta, el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo del delito.

En el artículo 13 de esta iniciativa, se establece cuando existe tentativa punible, concepto que como podemos observar, resulta ser casi igual al establecido en el párrafo primero del artículo 12 del Código Penal para el Distrito Federal de 1999, salvo que en esta iniciativa cambia la redacción de la última parte del concepto y se agrega que debe de existir al menos, puesta en peligro del bien jurídico tutelado. Implemento que desde nuestro punto de vista, no es necesario, pues es, obvio que 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 aquel no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente, se pone en peligro el bien jurídico tutelado por la norma penal, de otra manera no se hablaría de una tentativa punible.

Por lo que hace al artículo 14 de esta iniciativa en el que se encuentra previsto tanto el desistimiento como el arrepentimiento eficaz, desde nuestro punto de vista, no debió de haberse incluido, pues como ya lo hemos venido diciendo, los elementos esenciales para que operen dichas figuras, resultan ser la espontaneidad y la voluntariedad del sujeto activo de desistir de la ejecución o de

impedir la consumación del delito, luego entonces, si el delito no se consuma por la propia y espontánea voluntad del sujeto activo, resulta evidente que no se le impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a éste se refiere, ya que su conducta resulta ser atípica de una tentativa punible, pues falta uno de los elementos integrantes de ésta, como lo es el que no se llegue a la consumación por causas ajenas a la voluntad del agente.

Ahora bien, en cuanto al artículo 66 de la iniciativa en comento, nos parece acertado, ya que en el primer párrafo del mismo se prevén las dos terceras partes de la sanción que se le debiera imponer de haberse consumado el delito que se quiso realizar; en tanto que en el segundo párrafo se prevea la sanción que debe imponerse en el caso en que no fuera posible establecer el daño que se pretendió causar, sin embargo, para nosotros, se debió adicionar la frase *"cuando este fuere determinante para la correcta adecuación típica"* y en cuanto a la sanción, no comulgamos con la establecida en la iniciativa, ya que pueden haber casos hipotéticos en los que la punibilidad mínima prevista para el delito doloso que se pretendía cometer sea menor a los seis meses que se prevén como pena mínima en esta iniciativa y en ese caso se violarían los derechos públicos subjetivos del justiciable, por lo que nosotros consideramos que sería más acertado por ejemplo que se impusiera la mitad de la pena prevista para el delito consumado que se quería realizar. Por otro lado, estamos de acuerdo con la inclusión del tercer párrafo de éste artículo en el que se prevé que – *"En la aplicación de las penas o medidas de seguridad a que se refiere este artículo, el juzgador tendrá en cuenta, el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo del delito"* – por ser este artículo en donde se establecen las reglas especiales para la aplicación de sanciones en caso de tentativa punible.

IV. 1. 3. Anteproyecto de Código Penal para el Distrito Federal

En el mes de abril del año 2002, la II Legislatura del Gobierno del Distrito Federal, publicó el Anteproyecto de Código Penal para el Distrito Federal, mismo

que fue considerado como documento oficial de trabajo de la Comisión de Administración y Procuración de Justicia.

De dicho anteproyecto de Código Penal para el Distrito Federal, transcribiremos los artículos que prevén lo relativo a la tentativa y su punibilidad.

En el libro primero, Título Segundo El Delito, Capítulo II Tentativa, encontramos el artículo 20, mismo que a la letra dice:

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 por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo no se llega a la consumación, pero existe puesta en peligro del bien jurídico tutelado.

Así también, se encuentra el artículo 21, en el que se prevé:

Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se le impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a éste se refiere, a no ser que los actos ejecutados constituyan por sí mismos algún delito diferente, en cuyo caso se le impondrá la pena o medida señalada para éste.

En el Título Cuarto Aplicación de Penas y Medidas de Seguridad, Capítulo III Punibilidad de la Tentativa, se encuentra el artículo 78, mismo en el que se establece:

La punibilidad aplicable a la tentativa, será de entre una tercera parte de la mínima y dos terceras partes de la

máxima, previstas para el correspondiente delito doloso consumado que el agente quiso realizar.

En la aplicación de las penas o medidas de seguridad a que se refiere este artículo, el juzgador tendrá en cuenta, además de lo previsto en el artículo 72, el mayor o menor grado de aproximación a la consumación del delito y la magnitud de la puesta en peligro del bien jurídico protegido.

En el anteproyecto del Código Penal para el Distrito Federal, la Comisión de Administración y Procuración de Justicia de la Asamblea Legislativa del Gobierno del Distrito Federal, recopiló lo que consideró más destacado de las iniciativas de Código Penal para el Distrito Federal que presentaron los partidos políticos Revolucionario Institucional, de la Revolución Democrática y Acción Nacional.

IV. 1. 4. El artículo 20 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal

La figura jurídica de la tentativa punible, como ya lo hemos dicho a lo largo del presente trabajo de investigación, se encuentra prevista en el artículo 20 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, mismo que a la letra dice:

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 por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo no se llega a la consumación, pero se pone en peligro el bien jurídico tutelado.

Los elementos integrantes de la tentativa punible que prevé el artículo 20 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, son los siguientes:

1. La resolución de cometer un delito;
2. Realizar, en parte o totalmente, los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo;
3. Que por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo no se llegue a la consumación;
4. Que se ponga en peligro el bien jurídico tutelado.

A continuación procedemos a analizar cada uno de los elementos integrantes de la tentativa punible.

El primer elemento de la tentativa punible, que se prevé en el artículo 20 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, lo es la resolución de cometer un delito, mismo que de acuerdo con el *iter criminis*, es un elemento integrante de la parte subjetiva; ya que como anteriormente lo hemos analizado en el presente trabajo de investigación, el sujeto activo, primeramente idea cometer un determinado delito, posteriormente delibera entre cometerlo o no cometerlo y finalmente resuelve cometer el delito.

Elemento subjetivo, que se encuentra dentro de la mente del sujeto activo, mismo que por sí solo no es punible, toda vez que no debemos olvidar que los pensamientos no delinquen, es por ello que aun cuando el sujeto activo haya resuelto cometer un determinado delito, con plena conciencia y voluntad de su resolución, dicho pensamiento no es relevante para el derecho penal, sino que se requiere que se exteriorice mediante la comisión de los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, para de esa forma estar en posibilidades de conocer cual era la intención del sujeto activo, es decir, cual era el delito que el sujeto activo había resuelto cometer.

El segundo elemento de la tentativa punible, que se prevé en el artículo 20 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, consiste en que la resolución de cometer el delito se exteriorice realizando, en parte o totalmente, los actos

ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, mismo que de acuerdo con el *iter criminis*, es un elemento integrante de la parte objetiva o externa; la cual se conforma por la manifestación de la idea criminal, la preparación, la ejecución y la consumación de la misma.

Los actos ejecutivos, como ya ha quedado bien precisado en el capítulo II del presente trabajo de investigación, son aquellos que por su naturaleza resultan ser unívocos, es decir, a través de ellos podemos conocer cual es el delito que el sujeto activo previamente había resuelto cometer.

Los actos ejecutivos de acuerdo con el segundo elemento de la tentativa punible, pueden llevarse a cabo en parte o totalmente, tanto de una manera positiva, como de una manera negativa, es decir, realizando los actos ejecutivos que deberían producir el resultado ilícito u omitiendo los actos ejecutivos que deberían evitarlo.

El tercer elemento de la tentativa punible, que se prevé en el artículo 20 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, consiste en que por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo no se llegue a la consumación de delito que el sujeto activo previamente había resuelto cometer y que había comenzado a ejecutar en parte o totalmente.

La no consumación del delito por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo, se presenta cuando dicho sujeto activo se encuentra llevando a cabo en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado u omitiendo los actos ejecutivos que deberían evitarlo.

El cuarto y último elemento de la tentativa punible, que se prevé en el artículo 20 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, consiste en que se ponga en peligro el bien jurídico tutelado por la Ley Penal, mismo que depende del delito que el sujeto activo previamente había resuelto cometer, como por ejemplo:

en el homicidio, el bien jurídico tutelado por la ley penal es la vida de las personas; en el robo, el patrimonio de las personas, etc. Cuando el delito se consuma, se lesiona el bien jurídico tutelado por la ley penal, cuando el delito queda en grado de tentativa, únicamente se pone en peligro el bien jurídico tutelado por la ley penal, ya que el resultado no se consumó por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo, a pesar de haber llevado a cabo en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir la consumación del delito que previamente había resultado cometer.

IV. 1. 4. 1. Análisis comparativo con el artículo 12 del Código Penal para el Distrito Federal de 1999

En el Código Penal para el Distrito Federal de 1999, encontramos en el Libro Primero, Título Primero Responsabilidad Penal, Capítulo II Tentativa, el artículo 12, mismo que a la dice:

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.

En el primer párrafo del artículo 12 del Código Penal para el Distrito Federal de 1999, se prevé el concepto de lo que se debe entender por tentativa punible, conteniendo los siguientes elementos:

- La resolución de cometer un delito;
- Realizar, en parte o totalmente, los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo;
- Que el delito no se consume por causas ajenas a la voluntad del agente.

Como podemos observar, los elementos que integran la figura jurídica de la tentativa punible en el artículo 12 del Código Penal para el Distrito Federal de 1999, resultan ser iguales a los elementos previstos en el artículo 20 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, excepto por que en este último, se incluyó un nuevo elemento, el cual consiste en que *se ponga en peligro el bien jurídico tutelado*, elemento que desde nuestro punto de vista, resulta ocioso, toda vez que al requerirse dentro de los elementos de la tentativa punible que la resolución de cometer un delito se exteriorice 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, implícitamente se prevé que el bien jurídico tutelado por la Ley Penal del delito que el sujeto activo tenía la resolución de cometer, se ha puesto en peligro, toda vez que no debemos olvidar que sólo los actos ejecutivo, son capaces de poner en peligro un bien jurídico tutelado por la Ley Penal, ya que a través de ellos, se comienza a ejecutar el delito que se había resuelto cometer, sin que dicho delito se consume por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo, por lo que desde nuestro punto de vista la inclusión del nuevo elemento resulta ocioso.

Como podemos observar, en el párrafo segundo del artículo 12 del Código Penal para el Distrito Federal de 1999, se prevé que: *"Para imponer la pena de la*

tentativa el juez tomará en cuenta, además de lo previsto en el artículo 52, el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo del delito." En tanto que en el artículo 20 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, se elimina dicho párrafo, lo que desde nuestro punto de vista resulta acertado, toda vez que en el mismo se prevén circunstancias que obviamente tiene que ver con la punibilidad de la tentativa, es por ello que su esencia fue implementada en el segundo párrafo del artículo 78 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, mismo que más adelante analizaremos.

En el tercer párrafo del artículo 12 del Código Penal para el Distrito Federal de 1999, se prevé 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 éste se refiere, sin perjuicio de aplicar la que corresponda a actos ejecutados u omitidos que constituyan por sí mismos delitos."* En tanto que en el artículo 20 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, se elimina dicho párrafo, sin embargo, es traslado al artículo 21 de dicho Código, mismo que a la letra dice:

Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se le impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a éste se refiere, a no ser que los actos ejecutados constituyan por sí mismos algún delito diferente, en cuyo caso se le impondrá la pena o medida señalada para éste.

Artículo que desde nuestro punto de vista, y como ya lo dejamos asentado al realizar el análisis tanto del desistimiento como del arrepentimiento eficaz, dentro del Capítulo III del presente trabajo de investigación, desde nuestro punto de vista el legislador no debió incluirlo, ya que dichas figuras, ya se encuentran implícitas dentro de la definición legal de la tentativa, toda vez que si 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 por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo no se llega a la consumación**, pero se pone en peligro el bien jurídico tutelado. Resulta obvio que si el delito que el sujeto activo previamente había resuelto cometer y que ya se encontraba ejecutando, no se consuma por que éste voluntariamente desiste de seguir llevando a cabo los demás actos ejecutivos que debería producir el resultado ilícito o ya habiendo llevado a cabo la totalidad de los elementos que integran dicha figura típica, pero del cual no se había producido el resultado ilícito, mismo que no se consumo por que éste voluntariamente se arrepiente de su actuar y espontáneamente antes de que se produzca el resultado ilícito impide por actos propios o ajenos impulsados por él; no puede existir una tentativa punible, ya que falta uno de los elementos integrantes de la mismas, es decir, que el delito no se consume por causas ajenas a la voluntad del agente. Por lo que al no acreditarse uno de los elementos integrantes de la tentativa, simplemente dicha conducta desplegada por el activo, resulta ser atípica, operando aquí una causa de exclusión del delito, por faltar alguno de los elementos que integran la descripción legal del delito de que se trate (atipicidad).

IV. 1. 5. Punibilidad de la tentativa, el artículo 78, en relación con el 72, del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal

La punibilidad prevista para aquellos delitos que quedan en grado de tentativa, se prevé en el Libro Primero Disposiciones Generales, Título Cuarto Aplicación de Penas y Medidas de Seguridad, Capítulo III Punibilidad de la Tentativa, artículo 78, mismo que a la letra dice:

La punibilidad aplicable a la tentativa, será de entre una tercera parte de la mínima y dos terceras partes de la máxima, previstas para el correspondiente delito doloso consumado que el agente quiso realizar.

En la aplicación de las penas o medidas de seguridad a que se refiere este artículo, el juzgador tendrá en cuenta, además de lo previsto en el artículo 72 de este Código, el mayor o menor grado de aproximación a la consumación del delito y la magnitud del peligro en que se puso al bien jurídico protegido

En el primer párrafo del artículo 78 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, se establece que la punibilidad aplicable en caso de que un delito quede en grado de tentativa, será de entre una tercera parte de la mínima y dos terceras partes de la máxima, previstas para el correspondiente delito doloso consumado que el agente quiso realizar. Por lo que a continuación trataremos de explicar lo anterior, poniendo como ejemplo un robo simple que ha quedado en grado de tentativa, previsto en el artículo 220 párrafo primero y sancionado en la fracción III del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, mismo que a la letra dice:

Al que con ánimo de dominio y sin consentimiento de quien legalmente pueda otorgarlo, se apodere de una cosa mueble ajena, se le impondrán:

III. Prisión de dos a cuatro años y de ciento cincuenta a cuatrocientos días multa, cuando el valor de lo robado exceda de trescientas pero no de setecientas cincuenta veces el salario mínimo, y

Ahora bien aplicando la regla prevista en el párrafo primero del artículo 78 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, primeramente debemos dividir la pena mínima entre tres, para posteriormente saber a cuanto asciende una terceras parte de la sanción. Por lo que empezaremos por la privativa de la libertad:

- Pena mínima = 2 años de prisión, para tratar de ser más claros,

convertiremos los años en meses: 2 años = 24 meses, ahora 24 meses entre 3 = 8 meses, por lo que 8 meses resultan ser una tercera parte de la pena de prisión.

Continuaremos ahora con la sanción pecuniaria:

- Pena mínima = 150 días multa, entre 3 = 50, por lo que se deberán tener 50 días multa como una tercera parte de la sanción pecuniaria.

Por lo que hace a la pena máxima, debemos dividirla entre tres, para posteriormente saber a cuanto ascienden las dos terceras parte de la sanción. Por lo que empezaremos por la privativa de la libertad:

- Pena máxima = 4 años = 48 meses, ahora 48 meses entre 3 = 16 meses, por lo que 16 meses resultan ser una tercera parte de la pena de prisión, luego entonces, dos terceras partes de la pena de prisión suman 32 meses = 2 años 8 meses.

Continuaremos ahora con la sanción pecuniaria:

- Pena máxima = 400 días multa, entre 3 = 133.33 (en la práctica se estila, que un día no se puede dividir en fracciones, por lo tanto se deberá estar a lo más favorable al reo y en consecuencia, se elimina la fracción) por lo que se deberán tener 133 días multa como una tercera parte de la sanción pecuniaria, luego entonces, dos terceras partes resultan ser 266 días multa.

Luego entonces, una tercera parte de la mínima y dos terceras partes de la máxima, previstas para el correspondiente delito de Robo simple, son: de 8 meses a 2 años 8 meses de prisión y de 50 a 266 días multa.

Por otro lado, en el segundo párrafo del artículo 78 del Nuevo Código Penal

para el Distrito Federal, se establece que en la aplicación de las penas o medidas de seguridad a que se refiere este artículo, el juzgador tendrá en cuenta, además de lo previsto en el artículo 72 de este Código, el mayor o menor grado de aproximación a la consumación del delito y la magnitud del peligro en que se puso al bien jurídico protegido, por lo que a continuación procedemos a transcribir lo que se prevé en el artículo 72 de dicho Código:

El Juez, al dictar sentencia condenatoria, determinará la pena y medida de seguridad establecida para cada delito y las individualizará dentro de los límites señalados, con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente, tomando en cuenta:

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

II. La magnitud del daño causado al bien jurídico o del peligro en que éste fue colocado;

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

IV. La forma y grado de intervención del agente en la comisión del delito; los vínculos de parentesco, amistad o relación entre el activo y el pasivo, así como su calidad y la de la víctima u ofendido;

V. La edad, el nivel de educación, las costumbres, condiciones sociales, económicas y culturales del sujeto, así como los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir. Cuando el procesado pertenezca a un grupo étnico

o pueblo indígena, se tomarán en cuenta, además, sus usos y costumbres;

VI. Las condiciones fisiológicas y psíquicas específicas en que se encontraba el activo en el momento de la comisión del delito;

VII. Las circunstancias del activo y pasivo antes y durante la comisión del delito, que sean relevantes para individualizar la sanción, así como el comportamiento posterior del acusado con relación al delito cometido; y

VIII. Las demás circunstancias especiales del agente, que sean relevantes para determinar la posibilidad que tuvo de haber ajustado su conducta a las exigencias de la norma.

Para la adecuada aplicación de las penas y medidas de seguridad, el Juez deberá tomar conocimiento directo del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho y, en su caso, requerirá los dictámenes periciales tendientes a conocer la personalidad del sujeto y los demás elementos conducentes.

Como podemos observar en el artículo antes citado, se establecen las reglas que el Juez, debe tomar en cuenta al dictar sentencia condenatoria, para determinar la pena y medida de seguridad en su caso establecida para cada delito y así las individualizará dentro de los límites señalados, con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente, en el caso de que un delito quede en grado de tentativa, el Juez deberá de tomar en cuenta además de lo previsto en el artículo 72 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, si se trata de una tentativa acabada o de una inacabada, para de esa forma poder estar en

condiciones de establecer el mayor o menor grado de aproximación a la consumación del delito y por ende la magnitud del peligro en que se puso al bien jurídico protegido.

IV. 1. 5. 1. Análisis comparativo con la punibilidad aplicable en el Código Penal para el Distrito Federal de 1999

Las reglas que debían seguir en el caso de que un delito quedara en grado de tentativa en el Código Penal para el Distrito Federal de 1999, se encontraban previstas en el Libro Primero, Título Tercero. Aplicación de las sanciones, Capítulo III. Aplicación de sanciones en caso de tentativa, artículo 63, mismo que a la letra dice:

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.

El primer párrafo de dicho artículo establecía que al responsable de

tentativa punible se le aplicará a juicio del juzgador y tomando en consideración las prevenciones de los artículos 12 – párrafo segundo – y 52 – individualización de la pena – 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. Por lo que comenzaremos por explicar cual es la regla para obtener las dos terceras partes de la sanción, con respecto al delito consumado que el sujeto activo había resuelto cometer, para lo cual citaremos lo previsto en el artículo 51 del Código Penal para el Distrito Federal de 1999, mismo en el que se establecía:

Dentro de los límites fijados por la ley, los Jueces y tribunales aplicarán las sanciones establecidas para cada delito, teniendo en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente. Cuando se trate de punibilidad alternativa el Juez podrá imponer, motivando su resolución, la sanción privativa de libertad cuando ello sea ineludible a los fines de justicia, prevención general y prevención especial.

En los casos de los artículos 60, fracción VI, 61, **63**, 64, 64 bis y 65 y en cualesquiera otros en que este código disponga penas en proporción a las previstas para el delito intencional consumado, la punibilidad aplicable es, para todos los efectos legales, la que resulte de la elevación 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.

El segundo párrafo del artículo 51 del Código Penal para el Distrito Federal de 1999, establecía que la punibilidad aplicable en el caso de un delito en grado de tentativa, será 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 el delito intencional consumado. Por lo que a continuación trataremos de explicar lo anterior, mediante un ejemplo de un robo simple en grado de tentativa, el cual se encontraba sancionado en el artículo 370 párrafo segundo del Código Penal para el Distrito Federal de 1999, en el que se establecía el monto de lo robado, mismo que a la letra dice:

Cuando exceda de cien veces el salario, pero no de quinientas, la sanción será de dos a cuatro años de prisión y multa de cien hasta ciento ochenta veces el salario...

Ahora bien aplicando la regla prevista en el párrafo primero del artículo 63 del Código Penal para el Distrito Federal de 1999, la cual establecía que al responsable de tentativa punible, se le deberá imponer hasta las dos terceras partes de la sanción que se prevea para el delito consumado; por lo que primeramente debemos dividir la pena mínima y máxima entre tres, para posteriormente saber a cuanto ascienden las dos terceras partes de la sanción. Por lo que empezaremos por la privativa de la libertad:

- Pena mínima = 2 años de prisión, para tratar de ser más claros, convertiremos los años en meses: 2 años = 24 meses, ahora 24 meses entre 3 = 8 meses, por lo que 8 meses resultan ser una tercera parte de la pena de prisión, luego entonces, dos terceras partes de la pena de prisión resultan ser 16 meses = 1 año, 4 meses.
- Pena máxima = cuatro años = 48 meses, ahora 48 meses entre 3 = 16 meses, por lo que 16 meses resultan ser una tercera parte de la pena de prisión, luego entonces, dos terceras partes de la pena de prisión suman 32 meses = 2 años, 8 meses.

Continuaremos ahora con la sanción pecuniaria:

- Pena mínima = 100 días multa, entre 3 = 33.33 (en la práctica se estima, que

un día no se puede dividir en fracciones, por lo tanto se deberá estar a lo más favorable al reo y en consecuencia, se elimina la fracción) por lo que se deberán tener 33 días multa como una tercera parte de la sanción pecuniaria, luego entonces, dos terceras partes resultan ser 66 días multa.

- Pena máxima = 180 días multa, entre 3 = 60, por lo que 60 días multa resultan ser una tercera parte de la sanción pecuniaria, luego entonces, dos terceras partes de ésta suman 120 días multa.

Por lo que entonces, tenemos que las dos terceras partes de la sanción que debería imponerse para el delito consumado de robo, son: de un 1 año 4 meses a 2 años 8 meses de prisión y multa de 66 a 120 días. Y si bien es cierto el primer párrafo del artículo 63 del Código Penal para el Distrito Federal de 1999, establecía que al responsable de tentativa punible se le aplicaría 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; no menos cierto es que en la práctica se estilaba tomar como puntos de referencia para la individualización de la pena, las dos terceras partes de la sanción que debería imponerse para el delito consumado.

Sirviendo de sustento a lo anterior la tesis sustentada por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, en la Octava Época, visible en la página: 19, del tomo: 62, Febrero de 1993, del Semanario Judicial de la Federación, misma que a la letra dice:

TENTATIVA, PUNIBILIDAD APLICABLE EN LOS CASOS DE, DESPUES DE LA REFORMA DEL ARTICULO 51 DEL CODIGO PENAL DEL DISTRITO FEDERAL. A partir del decreto de reformas al Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, publicado en el Diario Oficial de la

Federación el catorce de enero de mil novecientos ochenta y seis, que entró en vigor a los treinta días de su publicación, se adicionó un segundo párrafo al artículo 51 de dicho cuerpo de leyes, que dice: En los casos de los artículos 60, fracción VI, 61, 63, 64, 64 bis y 65 y en cualesquiera otros en que este Código disponga penas en proporción a las previstas para el delito intencional consumado, la punibilidad aplicable es, para todos los efectos legales, la que resulte de la elevación 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. De manera que, relacionado el contenido del párrafo transcrito, con lo dispuesto por el artículo 63 del ordenamiento en consulta, que contempla que a los responsables de tentativas punibles se les aplicará hasta las dos terceras partes de la sanción que se les debiera imponer de haberse consumado el delito, salvo disposición en contrario, se interpreta que actualmente el mínimo de la pena aplicable para los casos de tentativa, se obtiene de calcular las dos terceras partes del mínimo que corresponda al delito consumado, por lo que ya no debe considerarse como tal el término de tres días, que resultaba de la aplicación del artículo 25 del citado código, antes de la aludida reforma. En otras palabras, en la actualidad, los márgenes de punibilidad para los delitos cometidos en grado de tentativa punible, se obtiene de disminuir, en una tercera parte, tanto el máximo como el mínimo de la pena señalada al ilícito consumado.

Penas que pueden ir de la mínima, ligeramente superior a la mínima, superior a la mínima, ligeramente debajo de la equidistante, equidistante entre la mínima y la media, ligeramente superior a la equidistante entre mínima y media,

superior a la equidistante entre mínima y media, ligeramente debajo de la media, media, ligeramente superior a la media, superior a la media, ligeramente a bajo de la equidistante entre media y máxima, equidistante entre la media y la máxima, ligeramente superior a la equidistante entre media y máxima, superior a la equidistante entre media y máxima, ligeramente debajo de la máxima y máxima. Es decir, para una exacta individualización de la pena, en la práctica, existen las subdivisiones antes enunciadas entre la mínima y la máxima, para que el juzgador, tomando en consideración las prevenciones de los artículos 12 párrafo segundo del Código Penal para el Distrito Federal de 1999, en el que se establecía:

... 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...

Así como lo previsto en el artículo 52, del Código Penal para el Distrito Federal de 1999, mismo que a la letra decía:

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 del agente 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.

Es decir, para poder imponer una sanción justa y equitativa, se debía valorar el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo del delito, la magnitud del peligro a que hubiere sido expuesto el bien jurídico tutelado, los medios empleados para llevar a cabo su conducta, las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión del hecho que se juzga, la forma y grado de intervención del sujeto activo en la comisión del delito en grado de tentativa, así como su calidad y la de la víctima u ofendido, la edad, el nivel de educación, las costumbres, las condiciones sociales, económicas y culturales del sujeto activo, así como los motivos que lo impulsaron o determinaron a querer el resultado ilícito

mismo que no se produjo debido a causas ajenas a sus voluntad, asimismo, cuando el activo perteneciere a un grupo étnico o pueblo indígenas, se tomarían en cuenta los usos y costumbres de dicho grupo o pueblo al que perteneciera, el comportamiento posterior del sujeto activo con relación al delito que pretendía cometer y el cual no se consumo por causas ajenas a su voluntad y, las demás condiciones especiales y personales en que se encontraba el sujeto activo en el momento de exteriorizar en parte o total de los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, siempre y cuando fueran relevantes para determinar la posibilidad de haber ajustado su conducta a las exigencias de la norma penal. Hecho lo anterior el Juzgador estaría en posibilidades de individualizar correctamente la pena que había de imponer al sujeto activo penalmente responsable de la comisión de un delito en grado de tentativa.

Siendo aplicable al respecto la siguiente tesis jurisprudencial P. LVI/96, emitida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la Novena Época, visible en la página: 86, del tomo: III, Abril de 1996, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, misma que a la letra dice:

INDIVIDUALIZACION DE LAS PENAS. LAS REGLAS CONTENIDAS EN LOS ARTICULOS 51 Y 52 DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, NO SON INCONSTITUCIONALES. La facultad de los Jueces penales para individualizar las penas, no significa el uso de una atribución irrestricta y caprichosa, pues los artículos 51 y 52 del Código Penal para el Distrito Federal, aplicables en materia federal, obligan al juzgador para que al efectuarla, observe las reglas específicas que ellos contemplan, como son el conocimiento directo de las circunstancias en que se hallaba el sujeto al delinquir, así como las referidas al hecho y a la víctima pues, mientras mayores parámetros para la individualización prevea un ordenamiento legal, más se

acercará a lo justo y si bien los invocados preceptos no establecen para efectos de fijar la condena, una equidistancia entre una media y una máxima o una mínima y una media, es preciso que la ley deje suficiente iniciativa y elasticidad para que el juzgador pueda individualizar la pena conforme a las exigencias de cada caso, sin que esto constituya violación a los artículos 14 y 16 constitucionales.

La penalidad que se debería imponer para la tentativa punible en caso de delito grave así clasificado por la ley en el Distrito Federal, se encontraba prevista en el último párrafo del artículo 63 del Código Penal para el Distrito Federal de 1999, mismo que a la letra dice:

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.

Regla de la que se advierte la obligación que tenía el juzgador, de imponer una pena de prisión al responsable de la comisión de una tentativa punible de delito grave así clasificado por la ley, que en ningún caso podría ser menor de la pena mínima de la sanción prevista para el delito consumado y que podría llegar hasta las dos terceras partes de la máxima.

Siendo aplicable al respecto la tesis: I.3o.P.41 P, sustentada por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, en la Novena Época, visible en la página: 1003, del tomo: IX, Mayo de 1999, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, misma que a la letra dice:

DELITO GRAVE EN GRADO DE TENTATIVA. PENAS

APLICABLES. Para la imposición de la pena, en tratándose de delitos graves, así considerados por la legislación penal aplicable, cuyo grado de ejecución quedó en tentativa, primero deben acreditarse los elementos del tipo penal como consumado y después, imponer al acusado hasta las dos terceras partes de esas penas, según el grado de ejecución que se hubiese llegado a consumir en la comisión del delito, atendiendo en el caso además, al grado de culpabilidad que se haya considerado al acusado; pero si la pena a imponer resulta ser inferior a la mínima señalada para el ilícito de que se trate, necesariamente debe aplicarse la regla a que se refiere el artículo 63, párrafo tercero del Código Penal del Distrito Federal, es decir, imponer exactamente la pena mínima señalada, por tratarse de tentativa punible de delito grave, así calificado por la ley.

Son delitos graves aquellos que se encuentran sancionados con pena de prisión cuyo término medio aritmético exceda de cinco años, de acuerdo con lo establecido en el artículo 268 párrafo quinto del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal – La forma de clasificar los delitos graves, será explicada en un subcapítulo posterior del presente trabajo de investigación – en el caso de que un delito quede en grado de tentativa punible y el término medio aritmético de las dos terceras partes de la pena de prisión que se debiera imponer de haberse consumado el delito exceda de cinco años, la misma será considerada como una tentativa punible de delito grave y por ende se le debía sancionar de acuerdo con la regla establecida en el último párrafo del artículo 63 del Código Penal para el Distrito Federal de 1999.

Pongamos como ejemplo un robo específico que quedó en grado de tentativa. El robo específico se encontraba tipificado en el artículo 371 párrafo tercero del Código Penal para el Distrito Federal de 1999, en el cual se establecía:

Cuando el robo sea cometido por dos o más sujetos, sin importar el monto de lo robado, a través de la violencia, la acechanza o cualquier otra circunstancia que disminuya las posibilidades de defensa de la víctima o la ponga en condiciones de desventaja, la pena aplicable será de cinco a quince años de prisión y hasta mil días multa. También podrá aplicarse la prohibición de ir a lugar determinado o vigilancia de la autoridad, hasta por un término igual al de la sanción privativa de la libertad impuesta.

Como la pena aplicable es de cinco a quince años de prisión y hasta mil días multa, en primer lugar debemos de obtener las dos terceras partes de la pena de prisión:

- Pena mínima = 5 años de prisión, para tratar de ser más claros, convertiremos los años en meses: 5 años = 60 meses, ahora 60 meses entre 3 = 20 meses, por lo que 20 meses resultan ser una tercera parte de la pena de prisión, luego entonces, dos terceras partes de la pena de prisión resultan ser 40 meses = 3 año, 4 meses.
- Pena máxima = 15 años = 180 meses, ahora 180 meses entre 3 = 60 meses, por lo que 60 meses resultan ser una tercera parte de la pena de prisión, luego entonces, dos terceras partes de la pena de prisión suman 120 meses = 10 años.

Por lo que entonces, las dos terceras partes de la pena de prisión para el delito de robo específico en grado de tentativa, serán de: 3 año, 4 meses a 10 años, pena de prisión que sumada nos da como resultado 13 años 4 meses, que divididos entre dos, resultan 6 años 8 meses de prisión; por lo tanto estamos en presencia de una tentativa punible de delito grave, ya que el término medio aritmético de las dos terceras partes de la pena de prisión que se debiera imponer de haberse consumado el robo excede de cinco años.

Por lo que el juzgador para la individualización de la pena de prisión del delito de robo específico en grado de tentativa, debería tomar como parámetro las dos terceras partes de la mínima – 3 años 4 meses – hasta las dos terceras partes de la máxima – 10 años – para establecer el grado de culpabilidad del responsable, pero si la pena a imponer resulta ser inferior a la mínima señalada para el robo específico – 5 años – obligatoriamente el juzgador debería aplicar la regla a que se refería el artículo 63, párrafo tercero del Código Penal para el Distrito Federal de 1999, es decir, imponer exactamente la pena mínima o sea 5 años, por tratarse de tentativa punible de delito grave, así calificado por la ley.

Al respecto cabe citar la Tesis: I.3o.P. J/10, sustentada por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, en la Novena Época, visible en la página: 1327, del tomo: IX, Marzo de 1999, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, misma que a la letra dice:

ROBO EN GRADO DE TENTATIVA. ARTÍCULO 371 DEL CÓDIGO PENAL, PENAS APLICABLES EN EL DELITO DE (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL). Para la imposición de la pena, en el caso del delito de robo, previsto en el artículo 371 último párrafo del Código Penal, cuyo grado de ejecución quedó en tentativa, primero debe individualizarse el delito como consumado, y después imponer al acusado hasta las dos terceras partes de esas penas según el grado de ejecución a que se hubiere llegado en la comisión del delito en cuestión, pero si la pena a imponer resulta inferior a cinco años, que es la mínima del precepto de que se trata, se debe aplicar la regla a que se refiere el artículo 63 párrafo tercero del Código Penal, es decir imponerle precisamente cinco años de prisión, por tratarse de tentativa punible de delito grave, así calificado por la ley.

Supongamos que una vez que el juzgador, tomando en consideración lo previsto en el artículo 52, así como en el párrafo segundo del artículo 12 del Código Penal para el Distrito Federal de 1999, estableció que el grado de culpabilidad del responsable del delito de robo específico en grado de tentativa, era ligeramente superior al mínimo, mismo que se encuentra ubicado entre la pena mínima y la equidistante entre la mínima y la media, pero más cercana a la mínima, lo que equivalía a una pena de prisión de 3 años 9 meses, sin embargo, como nos encontrábamos ante una tentativa punible de delito grave así calificado por la ley y la pena de prisión resultaba inferior a cinco años, que era la mínima que se encontraba establecida para el delito de robo específico consumado, el juzgador se encuentra obligado de acuerdo con la regla establecida en el artículo 63 párrafo tercero del Código Penal para el Distrito Federal de 1999 a imponerle precisamente cinco años de prisión.

En cuanto a la sanción pecuniaria que debería imponerse para el delito de robo específico que quedo en grado de tentativa, sería de las dos terceras partes de la mínima a las dos terceras partes de la máxima de la sanción establecida para el caso de que el delito de robo específico se hubiera consumado; ello en virtud de que el párrafo tercero del artículo 63 del Código Penal para el Distrito Federal de 1999, solo establecía la obligación que tenía el juzgador, de imponer **una pena de prisión** al responsable de la comisión de una tentativa punible de delito grave así clasificado por la ley, que necesariamente iría, de la pena mínima de la sanción prevista para el delito consumado y que podrá llegar hasta las dos terceras partes de la máxima, más no así para la sanción pecuniaria, para la cual se debería seguir la regla general para la imposición de sanciones en caso de tentativa prevista en el párrafo primero del artículo 63 del Código Penal para el Distrito Federal de 1999.

Sirviendo de sustento a lo anterior la tesis: I.5o.P.24 P, sustentada por el Quinto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, en la Novena Época, visible en la página: 1385, del tomo: XVI, Agosto de 2002, del Semanario

Judicial de la Federación y su Gaceta, misma que a la letra dice:

SANCIÓN PECUNIARIA EN DELITOS GRAVES EN GRADO DE TENTATIVA. AL NO CONTEMPLAR DICHA PENA EL PÁRRAFO TERCERO DEL ARTÍCULO 63 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, DEBE APLICARSE LA PREVISTA EN EL PÁRRAFO PRIMERO DEL MISMO ARTÍCULO. En términos de lo establecido en el párrafo tercero del artículo 63 del Código Penal para el Distrito Federal, tratándose de delitos graves en grado de tentativa, así considerados por la ley, la autoridad judicial impondrá una pena de prisión que no debe ser menor a la mínima de la prevista para el delito consumado; por lo que si este párrafo sólo hace referencia a la pena privativa de libertad y no a la sanción pecuniaria, ésta debe punirse de acuerdo a la regla genérica establecida en el párrafo primero del mismo artículo, pues de otra manera se impondría dicha pena por analogía, en contravención a lo establecido en el artículo 14, párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

De igual forma vale citar la tesis: I.6o.P.43 P, sustentada por el Sexto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, en la Novena Época, visible en la página: 1337, del tomo: XVI, Julio de 2002, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, misma que a la letra dice:

MULTA APLICABLE EN EL DELITO DE ROBO EN GRADO DE TENTATIVA CALIFICADO COMO GRAVE POR LA LEY (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL). El artículo 63 del Código Penal para el Distrito Federal establece: "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 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.". Del precepto transcrito se desprende que tratándose de delito de robo en grado de tentativa calificado como grave por la ley, la multa que se deberá aplicar será hasta de las dos terceras partes de la sanción que se debiera imponer al responsable, de haberse consumado el delito, aun cuando ésta resultare inferior a la multa mínima establecida para el delito consumado, pues el tercer párrafo del artículo 63 resulta aplicable únicamente a la pena de prisión, pero no a la de multa. Por lo cual es incorrecto que el juzgador imponga la multa mínima prevista para el robo consumado, si de la operación aritmética correspondiente resulta un monto inferior a la pena mínima, prevista en la norma punitiva sustantiva.

Ahora bien, como la sanción pecuniaria establecida para el robo específico era de hasta mil días multa, y como no se establecía cual sería la pena mínima, se entiende que ésta sería de un día multa, lo anterior de conformidad con lo establecido en los párrafos primero y segundo del artículo 29 del Código Penal para el Distrito Federal de 1999, en los que se establecía:

La sanción pecuniaria comprende la multa, la reparación del daño y la sanción económica.

La multa consiste en el pago de una cantidad de dinero al

Estado, que se fijará por días multa, los cuales no podrán exceder de quinientos, salvo los casos que la propia ley señale. El día multa equivale a la percepción neta diaria del sentenciado en el momento de consumir el delito, tomando en cuenta todos sus ingresos...

Si bien es cierto, en el párrafo segundo del artículo antes citado, no se expresaba claramente que la multa mínima fuera "un día multa", lo cierto es que de una interpretación lógica de dicho artículo así se advertía.

Resulta aplicable a lo anterior la tesis Además de que el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, en la Octava Época, visible en la página: 327, del tomo: IV, Segunda Parte-1, Julio a Diciembre de 1989, del Semanario Judicial de la Federación, mismo que a la letra dice:

MULTA EN PESOS, DEBE HACERSE LA CONVERSION A DIAS MULTA Y ESTOS PODRAN SUBSTITUIRSE POR JORNADAS DE TRABAJO SIN FRACCIONARSE. DECRETO DE REFORMAS AL CODIGO PENAL. (1983). Cuando el Código Penal señala pena pecuniaria o multa en pesos, debe hacerse la conversión a días de multa, tomando en cuenta el máximo de la multa con las correspondientes que se señalan en la fracción I del artículo tercero transitorio del Decreto de Reformas al Código Penal de 30 de diciembre de 1983, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 13 de enero de 1984, ya que en forma imperativa se señala al juzgador en el epígrafe, que debe ajustarse a las reglas que precisan; por otra parte, el párrafo quinto del artículo 29 del Código Penal, establece: Cada jornada de trabajo saldrá un día multa; asimismo, del mencionado artículo 29 y del artículo tercero transitorio del decreto de reformas citado, que

estableció al reformar el artículo 29, el sistema de multas por "días multa", así como la substitución de días multa por jornadas de trabajo, **se advierte que la multa mínima es "un día multa"** y la máxima es "quinientos días multa"; que el día multa equivale a la percepción neta diaria del sentenciado en el momento de consumir el delito, teniendo como límite inferior el equivalente al salario mínimo diario vigente en el lugar donde se consumó; por lo que la substitución de la multa por un tercio de jornada de trabajo en favor de la comunidad no remunerable, es incorrecta por indebida interpretación y aplicación de los preceptos aludidos, **ya que si la multa mínima es "un día multa"**, la substitución tiene que ser "una jornada de trabajo", **en razón de que no siendo fraccionable el día multa**, no debe serlo la substitutiva consistente en jornada de trabajo.

Por lo que al ser la pena mínima de la sanción pecuniaria un día multa y al no poderse fraccionar dicho día multa, se entiende que la pena mínima para el delito de robo específico que quedó en grado de tentativa sería un día multa, en tanto que las dos terceras partes de la máxima – 1000 mil días multa – resultaban ser 666 días multa; parámetros que el juzgador debería tener como pena pecuniaria mínima y máxima al momento de individualizar la pena y el grado de culpabilidad del responsable de la comisión del delito de robo específico en grado de tentativa.

IV. 1. 5. 2. La punibilidad aplicable de la tentativa en caso de que el delito que el agente quiso realizar cuente con alguna circunstancia modificativa (agravante)

Si en el párrafo primero del artículo 78 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, se establece que la punibilidad aplicable a la tentativa, será de

entre una tercera parte de la mínima y dos terceras partes de la máxima, previstas para el correspondiente delito doloso consumado que el agente quiso realizar, desde nuestro punto de vista, ello comprende también las circunstancias calificativas o agravantes; toda vez que la voluntad delictiva manifestada por el sujeto activo, expresada a través de los actos ejecutivos que deberían producir el resultado ilícito, abarca todos los elementos integradores del delito, incluidas las circunstancias específicas que lo agravan o cualifican, las cuales, en ocasiones, constituyen precisamente el principio de ejecución del delito que ha quedado en grado de tentativa. Pues de no ser así, desde nuestra concepción, sería violatorio de los derechos públicos subjetivos del activo, ya que las circunstancias agravantes o calificativas del delito, no son autónomas, sino que dependen de la existencia del delito básico, luego entonces, si dicho delito ha quedado en grado de tentativa, la punibilidad aplicable será de entre una tercera parte de la mínima y dos terceras partes de la máxima, previstas para el correspondiente delito doloso consumado que el agente quiso realizar, debiendo de disminuir igualmente la punibilidad para la agravante o calificativa.

Al respecto cabe citar la tesis: I.2o.P.47 P, sustentada por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, en la Novena Época, visible en la página: 1151, del tomo: XIV, Julio de 2001, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta misma que a la letra dice:

TENTATIVA DE DELITO CALIFICADO, PUNIBILIDAD APLICABLE EN CASO DE. Cuando se comete un delito en grado de tentativa, si éste es calificado, debe entenderse que la voluntad delictiva manifestada por el agente, expresada a través de los actos ejecutivos que deberían producir el resultado deseado, abarca todos los elementos integradores del delito, incluidas las circunstancias específicas que lo agravan las cuales, en ocasiones, constituyen precisamente el principio de ejecución del delito tentado. Como el delito

tentado puede estar integrado por la realización total o parcial de los actos ejecutivos, resulta inexacto hablar en términos de consumación de una característica agravadora del tipo básico cuando éste, en función del cual existe aquélla, no ha podido consumarse, en tanto el hecho delictivo constituye una unidad fáctica y conceptual que no puede dividirse sino para efectos de su estudio dogmático y análisis jurisdiccional, porque el delito se manifiesta a nivel teórico, características particulares con fines de adecuación típica, lo que no supone su fragmentación para considerarlo parcialmente consumado. Por tanto, en los casos de tentativa de delito calificado, en términos del artículo 63 del Código Penal aplicable, la autoridad judicial, para determinar la pena correspondiente, debe disminuir en la proporción establecida en dicho artículo los márgenes de punibilidad relativos al tipo básico y también los que corresponden a la calificativa de que se trate.

Asimismo se cita la tesis: I.7o.P.18 P, sustentada por el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, en la Novena Época, visible en la página: 1877, del tomo: XVII, Enero de 2003, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, misma que a la letra dice:

TENTATIVA, INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA EN DELITOS CALIFICADOS COMO GRAVES POR LA LEY, EN GRADO DE. DEBE OBSERVARSE LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 63, PÁRRAFOS PRIMERO Y TERCERO, DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, TANTO PARA EL DELITO BÁSICO COMO PARA LAS AGRAVANTES. De una armónica interpretación de los artículos 63, párrafos primero y tercero, en relación con lo

previsto en el párrafo segundo del numeral 51, ambos del Código Penal para el Distrito Federal, partiendo del principio de culpabilidad que rige nuestro sistema penal mexicano para la individualización de las penas, se obtiene que para la imposición de las sanciones en el caso de delitos cometidos en grado de tentativa, calificados como graves por la ley, debe atenderse, en primer término, a la regla general contenida en el artículo 63, párrafo primero, del código punitivo en cita, pues es ahí donde se establece la punibilidad para los casos de tentativa, esto es, disminuir hasta las dos terceras partes en su mínimo y máximo el rango de punibilidad previsto en la norma aplicable, tanto para el delito básico como para las agravantes; satisfecho lo anterior, debe realizarse la individualización de las penas que corresponde imponer al sentenciado, conforme al grado de culpabilidad que le fue apreciado; y sólo en caso de que la punición determinada resultara inferior a la mínima prevista para el delito consumado con sus modalidades, con fundamento en el artículo 63, párrafo tercero, del Código Penal para el Distrito Federal, debe imponerse al sentenciado precisamente la pena de prisión mínima, puesto que en este último párrafo sólo se señala una regla de excepción para el caso de que de la operación matemática el resultado sea una pena menor a la que correspondería al delito consumado.

De igual forma cabe citar la tesis, sustentada por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, en la Octava Época, visible en la página: 194, del tomo: VI, Segunda Parte-1, Julio a Diciembre de 1990, del Semanario Judicial de la Federación, misma que a la letra dice:

LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCION, PARA SU

OTORGAMIENTO DEBEN TOMARSE EN CONSIDERACION EN FORMA PROPORCIONAL LAS CALIFICATIVAS DEL DELITO TENTADO. Las agravantes de un delito, aun cuando no se haya consumado plenamente éste, deben tomarse en consideración al resolver sobre la procedencia o improcedencia del beneficio de la libertad provisional bajo caución, ya que el delito tentado no deja de representar un hecho criminoso que sanciona la ley penal; así las cosas, al no ser la tentativa un delito autónomo, por estar en función de la conducta típica que se pretendió consumir en su totalidad, es evidente que el juzgador, por imperativo del artículo 20 fracción I de la Constitución Federal, no puede dejar de estimar las calificativas que se surtieron al ejecutar el hecho delictivo, para el efecto indicado; pero la cuantificación de las penas tanto del delito tentado como sus agravantes, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 51 párrafo segundo del Código Penal, en concordancia con el diverso 63 del mismo ordenamiento legal, debe ser hasta las dos terceras partes del mínimo y máximo de las penas establecidas sobre el particular, para obtener el término medio aritmético y así establecer si excede o no de cinco años de prisión, pues las agravantes de un ilícito penal, deben correr la misma suerte del tipo básico de que se trata, en relación con la pena a imponer, por no constituir en sí mismas delitos autónomos, sino por el contrario, ser subordinadas de aquél, al no tener existencia por sí solas.

Así también, vale enunciar la tesis, sustentada por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, en la Octava Época, visible en la página: 397, del tomo: I, Segunda Parte-1, Enero a Junio de 1988, del Semanario

Judicial de la Federación, misma que a la letra dice:

LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCION, TRATANDOSE DEL DELITO DE ROBO CALIFICADO EN GRADO DE TENTATIVA. El artículo 20 fracción I, de la Constitución Federal, establece que para determinar el término medio aritmético del delito que se imputa al acusado, el cual no deberá ser mayor de cinco años de prisión, para los efectos de la concesión de la libertad provisional bajo caución, debe tomarse en cuenta la penalidad del tipo básico y además las previstas en las modalidades del ilícito, es decir, las atenuantes y las calificativas. Por lo que tratándose de robo calificado en grado de tentativa, primeramente se debe sumar al mínimo y al máximo de la punibilidad del delito de robo consumado a que se refiere el artículo 370 párrafo segundo, el mínimo y el máximo de la calificativa de robo prevista en el artículo 381 bis, ambos del Código Penal; en segundo lugar del mínimo y máximo obtenido de la suma, obtener las dos terceras partes, que serían la mínima y máxima, punibilidad para el delito de robo calificado en grado de tentativa; y en tercer lugar, de la suma de tal punibilidad se obtendrá el término medio aritmético a que se refiere el artículo 20 fracción I, mencionado. De acuerdo a lo anterior, la punibilidad mínima del robo consumado calificado da un total de dos años, tres días, y la punibilidad máxima, catorce años; de ahí que las dos terceras partes de acuerdo con los artículos 51, segundo párrafo y 63 del Código Penal, para la punibilidad mínima es de un año, cuatro meses, dos días y la máxima es de nueve años, cuatro meses, la suma de estos mínimo y máximo es de diez años, ocho meses, dos días, cuyo término medio aritmético es de cinco años, cuatro

meses, un día, penalidad mayor de los cinco años que como término medio aritmético se requiere para la concesión de la libertad provisional bajo caución.

Sin embargo, también existen criterios en contrario a los antes citados, como aquel que se estableció en la tesis jurisprudencial: I.3o.P. J/5, sustentada por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, en la Novena Época, visible en la página: 610, del tomo: VI, Agosto de 1997, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, misma que a la letra dice:

ROBO CALIFICADO EN GRADO DE TENTATIVA, COMETIDO CON VIOLENCIA FÍSICA Y MORAL. PENAS APLICABLES. Cuando el delito de robo en grado de tentativa imputado al acusado se comete con las calificativas de violencia física y moral, respecto de éstas no es aplicable, al imponer las penas correspondientes, lo dispuesto en el artículo 63, párrafo primero, en relación con el 372, ambos del Código Penal para el Distrito Federal, sino únicamente lo establecido en este último numeral, en concordancia con el grado de culpabilidad que se le estimó, ya que si bien es cierto que el robo no llegó a perpetrarse y sólo se cometió en grado de tentativa, las calificativas sí se consumaron, toda vez que se violentó física y moralmente al ofendido al tratar de desapoderarlo de sus pertenencias.

Empero para nosotros como ya lo dijimos, cuando un delito que ha quedado en grado de tentativa, contiene circunstancias agravantes o cualificantes, la punibilidad aplicable para éstas deberá ser la misma que se prevé en el párrafo primero del artículo 78 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, es decir, de entre una tercera parte de la mínima y dos terceras partes de la máxima, previstas para el correspondiente delito doloso consumado que el agente quiso realizar.

IV. 2. La forma de clasificar los delitos graves de acuerdo al artículo 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal

Para saber si un delito es grave, debemos de atender a las reglas establecidas en el artículo 268, párrafos quinto al octavo del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en los que se establece:

... 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 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.

De lo anterior se desprende que son graves, los delitos sancionados con pena de prisión cuyo término medio aritmético exceda de cinco años; el término medio aritmético es el cociente – resultado que se logra al dividir una cantidad por otra – que se obtiene de sumar la pena mínima y la máxima del delito de que se trate y dividirlo entre dos. Por ejemplo en el caso de un delito de violación – el cual se encuentra previsto y sancionado en el artículo 174 párrafo primero del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal – cuya penalidad es de 6 seis a 17 diecisiete años de prisión, mismo que sumados ascienden a 23 veintitrés años de prisión, los cuales divididos entre 2 dos, nos dan como resultado 11 años 6 seis meses de prisión, por lo tanto dicho ilícito es grave, pues el término medio aritmético de la pena de prisión excede de cinco años.

En caso de que dicho delito de violación haya quedado en grado de tentativa punible; 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 – de 6 seis a 17 diecisiete años de prisión – excede de cinco años, a saber, las dos terceras partes de 6 seis años, son 4 cuatro años; en tanto que las dos terceras partes de 17 diecisiete años, son 11 once años 4 meses; luego entonces 4 cuatro años más 11 once años 4 meses, resultan ser 15 quince años 4 cuatro meses, que divididos entre 2 dos, nos dan como resultado 7 siete años 8 ocho meses, por lo que el delito de violación en grado de tentativa punible, es grave, ya que 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 5 cinco años.

Además para establecer el término medio aritmético de la pena de prisión se tomarán en consideración las circunstancias modificativas de la penalidad del delito. Por ejemplo: en el caso de un delito de robo agravado, el cual se encuentra previsto en el artículo 220 párrafo primero y sancionado en la fracción III, cuya

pena de prisión va de 2 dos a 4 cuatro años, en relación con el 225 párrafo primero y fracción II (hipótesis de violencia física), en el que se prevé un incremento de la pena con prisión de 2 dos a 6 seis años. Para obtener el término medio aritmético, se debe sumar la penalidad establecida para el tipo base – de 2 dos a 4 cuatro años de prisión – más la penalidad establecida para la agravante o circunstancia modificativa – de 2 dos a 6 seis años de prisión – de lo que resultan 14 catorce años de prisión, que divididos entre dos resultan ser 7 siete años de prisión, por lo que dicho ilícito es grave, pues el término medio aritmético de la pena de prisión excede de 5 cinco años.

En el caso de que se señalen penas en proporción a las previstas para el delito doloso consumado, la punibilidad aplicable, será 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. Por ejemplo: en el caso de un delito de violación, el cual como ya dijimos se encuentra previsto y sancionado en el artículo 174 párrafo primero del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, cuya penalidad es de 6 seis a 17 diecisiete años de prisión, mismo que se encuentra agravado por haberse cometido al encontrarse la víctima a bordo de un vehículo de servicio público, hipótesis prevista en la fracción VI del artículo 178 del mismo Código Penal antes citado, en el que en su párrafo primero se prevé que las penas previstas para el delito de violación, se aumentarán en dos terceras partes, por lo que para saber si estamos en presencia de un delito grave, en primer lugar deberemos saber cuales son las dos terceras partes tanto de la pena mínima como de la pena máxima previstas para el delito básico, resultando que las dos terceras partes de 6 seis años son 4 cuatro años y las dos terceras partes de 17 diecisiete años, son 11 once años 4 meses; por lo que se deben aumentar las dos terceras partes tanto a la pena mínima como a la pena máxima, dándonos como resultado una pena de prisión que va de 10 diez años a 28 veintiocho años 4 cuatro meses de prisión, pena que sumada, nos da como resultado 38 treinta y ocho años 4 cuatro meses, mismos que divididos entre dos resultan ser 19 diecinueve años 2 dos meses de prisión, por lo que dicho ilícito es

grave, pues el término medio aritmético de la pena de prisión excede de 5 cinco años.

IV. 2. 1. La necesidad de reformar el párrafo sexto del artículo 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal

Hablamos de la necesidad de reformar el párrafo sexto del artículo 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, debido a la incongruencia que existe entre éste y el artículo 78 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.

El párrafo sexto del artículo 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, a la letra dice:

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.

En tanto que en el párrafo primero del artículo 78 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, se establece:

La punibilidad aplicable a la tentativa, será de entre una tercera parte de la mínima y dos terceras partes de la máxima, previstas para el correspondiente delito doloso consumado que el agente quiso realizar.

Del análisis comparativo entre estos, se desprende una incongruencia, ya que si en el párrafo primero del artículo 78 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, se establece que la punibilidad prevista para el caso de que un delito

quede en grado de tentativa, será de entre una tercera parte de la mínima y dos terceras partes de la máxima, previstas para el correspondiente delito doloso consumado que el agente quiso realizar; resulta ilógico que en el párrafo sexto del artículo 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, se establezca que para saber si aquel delito que ha quedado en grado de tentativa es considerado como grave, éste se considerará así, 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; pues lo lógico sería que fuera el término medio aritmético de una tercera parte de la mínima y dos terceras partes de la máxima, ya que ésta es la punibilidad que se establece en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, para aquellos delitos que han quedado en grado de tentativa y no las dos terceras partes de la pena de prisión que se debiera imponer de haberse consumado el delito, como anteriormente se establecía en el párrafo primero del artículo 63 del Código Penal para el Distrito Federal de 1999, mismo que a la letra dice:

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.

De lo que se advierte la necesidad de reformar el párrafo sexto del artículo 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, ya que no debemos olvidar que en el Código Sustantivo, es decir, en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, se establece la punibilidad para aquellos delitos que han quedado en grado de tentativa, por lo tanto, la regla para establecer si estos delitos que han quedado en grado de tentativa son considerados graves, misma que se prevé en el Código Adjetivo, es decir, en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, no puede ser incongruente con la punibilidad prevista en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.

Por lo que nuestra propuesta para reformar el párrafo sexto del artículo 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, quedaría de la siguiente manera:

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

IV. 2. 2. Propuesta para trasladar la forma de calificar los delitos graves del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal al Código Penal para el Distrito Federal

Nos atrevemos a proponer que se traslade la forma de calificar los delitos graves al Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, basándonos principalmente en que dicha clasificación se refiere netamente a cuestiones de derecho sustantivo, que obviamente tienen relación directa tanto con la punibilidad de los delitos establecidos en la parte especial del Código Penal, como con cuestiones que regulan el beneficio de la libertad provisional de naturaleza Jurídica Constitucional.

Al respecto cabe citar la tesis I.1o.P.67 P, misma que si bien es cierto, no se refiere exactamente al caso concreto que nos ocupa, lo cierto es que en lo conducente si se relaciona con el tema, sustentada por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, en la Novena Época, visible en la página: 1401, del tomo: XII, Diciembre de 2000, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN. DEBE

APLICARSE LA LEY MÁS FAVORABLE AL PROCESADO.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido diversos criterios en el sentido de que tratándose de leyes procesales no opera el principio de retroactividad en favor del reo; sin embargo, si el procesado solicita el beneficio constitucional de libertad provisional bajo caución, el juzgador no sólo debe tomar en cuenta la norma adjetiva que indica el procedimiento y requisitos de procedencia, sino también la norma sustantiva que contiene la conducta típica y la penalidad correspondiente, siendo que dicha norma será determinante para la concesión del beneficio; por tanto, si la norma adjetiva relativa a ese derecho, vigente al momento de los hechos le beneficia al solicitante y con motivo de una reforma le perjudica, debe aplicarse la ley sustantiva en beneficio del gobernado conforme a lo establecido en el artículo 14 constitucional y concederse el beneficio de la libertad provisional bajo caución. En tales condiciones, si el delito de abuso de autoridad, previsto y sancionado (con penalidad que en su término medio aritmético rebasa los cinco años de prisión) en el artículo 215, fracción II, del Código Penal para el Distrito Federal, fue cometido antes de la reforma del artículo 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal de 15 de septiembre de 1999, tiempo en que dicho ilícito no estaba conceptualizado como grave, debe concederse dicho beneficio, y no negarse, por la circunstancia de que con motivo de esa reforma, el citado numeral 268 estableció que son delitos graves aquellos cuya penalidad en su término medio aritmético exceden de cinco años de prisión. Además, el régimen de libertad provisional, no obstante su regulación en una ley adjetiva, no debe considerarse como parte del procedimiento

penal mismo, caso en el que sería aplicable el criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sino atendiendo a su naturaleza jurídica, de medida de carácter cautelar vinculada necesariamente con el delito objeto del proceso. En conclusión no se trata de normas procesales en estricto sentido las que rigen ese derecho a la libertad provisional sino que además se encuentran dotadas de cierto contenido restrictivo de una garantía fundamental, como es la libertad del individuo. De seguir el criterio contrario, se podría caer en el absurdo de que en una misma causa penal y en igualdad de circunstancias en cuanto al delito y a la fecha de comisión, existan procesados, algunos con derecho a libertad provisional y otros que no la obtuvieron por la aplicación del nuevo precepto.

En diversos Estados de la República Mexicana, la forma de clasificar los delitos que se consideran graves, se encuentra prevista en el Código Penal, tal y como a continuación lo haremos ver.

En el Código Penal para el Estado de Aguascalientes, la forma de clasificar los delitos se consideran graves, se encuentra prevista en el artículo 22, mismo que a la letra dice:

Para los efectos legales previstos en las normas constitucionales y procedimentales relativas, se consideran delitos graves los siguientes:

- I.- Homicidio Doloso, previsto en el artículo 96;
- II.- Homicidio Calificado, previsto en los artículos 98 y 110;
- III.- Homicidio Culposo, previsto en el artículo 119;
- IV.- Violación, prevista en el artículo 124;
- V.- Violación Equiparada, prevista en el artículo 125;

VI.- Abuso Sexual, previsto en el artículo 126;

VII.- Sustracción de Menores e Incapaces, previsto en los dos primeros párrafos del artículo 134;

VIII.- Secuestro, previsto en el artículo 138;

IX.- Robo calificado, previsto en el artículo 149, cuando el valor de lo robado exceda de trescientas veces el salario mínimo general vigente en el Estado. No será grave el robo calificado previsto en la fracción III del artículo 149, cualquiera que sea el monto de lo robado;

X.- Extorsión, prevista en el artículo 156, cuando el lucro obtenido sea mayor de trescientas veces el salario mínimo general vigente en el Estado;

XI.- Evasión de Presos, prevista en el artículo 181;

XII.- Corrupción de menores, prevista en el artículo 191; y

XIII.- Lenocinio, previsto en el último párrafo del artículo 193; y

XIV.- Rebelión, prevista en el artículo 206.

En el Código Penal para el Estado de Guanajuato, la forma de clasificar los delitos se consideran graves, se encuentra prevista en el artículo 11, mismo que a la letra dice:

Se consideran como delitos graves, para todos los efectos legales los siguientes:

I. Homicidio previsto por el artículo 138, con relación a los artículos 139, 140 y 153, así como en grado de tentativa con relación al artículo 18.

II. Lesiones previsto por los artículos 145 y 147.

III. Homicidio culposo previsto por el primer párrafo en relación al tercer párrafo del artículo 154.

IV. Homicidio en razón de parentesco o relación familiar

previsto por el artículo 156, así como en grado de tentativa con relación al artículo 18.

V. Aborto previsto por el artículo 158 en relación al artículo 161.

VI. Secuestro previsto por los artículos 173 y 174, excepto el caso atenuado previsto por el artículo 175, así como en grado de tentativa con relación al artículo 18.

VII. Violación previsto por los artículos 180, 181, 182 y 184, así como en grado de tentativa con relación al artículo 18.

VIII. Robo calificado previsto por el artículo 194 con relación a las fracciones III y IV del artículo 191.

IX. Despojo previsto por el artículo 208.

X. Daños dolosos previsto por los artículos 211 y 212.

XI. Extorsión previsto por el artículo 213.

XII. Tráfico de menores previsto por el artículo 220, excepto el tercer párrafo y cuando quien ejerza la patria potestad o tenga a su cargo un menor, lo entregue directamente sin intermediario.

XIII. Delitos contra las personas menores e incapaces previstos en los artículos 236 y 237.

XIV. Rebelión previsto por el artículo 241.

XV. Terrorismo previsto por el artículo 245.

XVI. Peculado previsto por el artículo 248, cuando el monto de lo dispuesto exceda de lo previsto en la fracción IV del artículo 191.

XVII. Tortura previsto por el artículo 264.

XVIII. Evasión de detenidos, inculpados o condenados previsto por el artículo 269 segundo párrafo.

En el Código Penal para el Estado de Jalisco, la forma de clasificar los

delitos que se consideran graves, se encuentra prevista en el artículo 6, mismo que a la letra dice:

Los delitos pueden ser:

I. Dolosos, y

II. Culposos.

Es doloso, cuando el agente quiere que se produzca total o parcialmente el resultado o cuando actúa, o deja de hacerlo, pese al conocimiento de la posibilidad de que ocurra otro resultado cualquiera de orden antijurídico.

Es culposo, cuando se comete sin dolo, pero por imprudencia o negligencia.

Son delitos graves para los efectos de lo previsto en los artículos 16 y 20, fracción I, ambos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, aquellos que afecten de manera importante los valores fundamentales de la sociedad, con acciones u omisiones que generan mayor riesgo o con resultados de mayor peligro para la persona, bienes y familia del ofendido.

En el Código Penal para el Estado de México, la forma de clasificar los delitos que se consideran graves, se encuentra prevista en el artículo 9, mismo que a la letra dice:

Se califican como delitos graves para todos los efectos legales: el cometido por conductores de vehículos de motor, indicado en el artículo 61 segundo párrafo; el de rebelión, previsto en los artículos 107 último párrafo, 108 primer y tercer párrafos y 110; el de sedición, señalado en el artículo 113 segundo párrafo; el de cohecho previsto en los artículos 129 y 130 en términos del párrafo segundo del artículo 131,

si es cometido por elementos de cuerpos policíacos o servidores de seguridad pública; el de abuso de autoridad, contenido en los artículos 136 fracciones V, X y 137 fracción II; el de peculado señalado en el artículo 140 fracción II; el de prestación ilícita del servicio público de transporte de pasajeros señalado en el artículo 148 párrafo segundo; el de encubrimiento previsto en el artículo 152 párrafo segundo; el de falso testimonio contenido en las fracciones III y IV del artículo 156; el de evasión a que se refiere el artículo 160; el delito de falsificación de documentos previsto en el artículo 170 fracción II; el que se refiere a la falsificación y utilización indebida de títulos al portador, documentos de crédito público y documentos relativos al crédito señalado en el artículo 174; el delito de usurpación de funciones públicas o de profesiones prevista en el artículo 176 penúltimo párrafo; la delincuencia organizada, prevista en el artículo 178; los cometidos por fraccionadores, señalados en el artículo 189; el de ataques a las vías de comunicación y transporte, contenido en los artículos 193 tercer párrafo y 195; el de corrupción de menores, señalado en los artículos 205 tercer párrafo y 208; el de lenocinio y trata de personas, previstos en los artículos 209 y 210; el tráfico de menores, contemplado en el artículo 219; el de cremación de cadáver señalado en el artículo 225; el deterioro de área natural protegida, previsto en artículo 230; el de lesiones que señala el artículo 238 fracción V; el de homicidio, contenido en el artículo 241; el delito de peligro de contagio previsto en el artículo 252 último párrafo; el de secuestro, señalado por el artículo 259, excepto el último párrafo; el de privación de la libertad de infante, previsto en el artículo 262 primer párrafo, la extorsión contenida en el último párrafo del artículo 266; el

asalto a una población a que se refiere el artículo 267; el de violación, señalado por los artículos 273 y 274; el de robo, contenido en los artículos 289 fracción V, 290 fracciones I, II, III, IV, V y último párrafo y 292; el de abigeato, señalado en los artículos 297 fracciones II y III, 298 fracción II, y 299 fracciones I y IV; el de fraude a que se refieren los artículos 306 fracción VIII y 307 fracción V; el de despojo a que se refiere el artículo 308, en su fracción III, párrafos tercero y cuarto; y el de daño en los bienes, señalado por el artículo 311; y, en su caso, su comisión en grado de tentativa como lo establece este código, y los previstos en las leyes especiales cuando la pena máxima exceda de diez años de prisión.

En el Código Penal para el Estado de Nuevo León, la forma de clasificar los delitos que se consideran graves, se encuentra prevista en el artículo 16 bis, mismo que a la letra dice:

Para todos los efectos legales se califican como delitos graves consignados en este Código:

I.- Los casos previstos en los Artículos 66, primer párrafo; 150; 151; 152; 153; 154; 158; 159; 160; 163; 164; 165; 166, fracciones III y IV; 172 último párrafo; 176; 196; 197; 197-BIS; 203 segundo párrafo; 204; 208 último párrafo; 211; 212 fracción II; 214-BIS; 214-BIS-1; 216 fracciones II y III; 216-BIS último párrafo; 215 fracción III; 222-BIS cuarto párrafo; 225; 240; 241; 242; 243; 250 párrafo segundo; 265; 266; 267; 268; 298; 299; 303 fracción III; 312; 313; 315; 318; 320 párrafo primero; 321-BIS-2; 321-BIS-3; 322, 325; 329 última parte; 357; 365-BIS; 367 fracción III; 371; 374 último párrafo; 377 fracción III; 379 párrafo segundo; 387; 395; 401; 402, en

el supuesto previsto por la fracción III del artículo 367; 403 y 404. También los grados de tentativa en aquellos casos, de los antes mencionados, en que la pena a aplicar exceda de cinco años en su término medio aritmético;

II.- El caso previsto en el segundo párrafo del artículo 66, cuando se produzcan dos o más muertes y el responsable condujera en estado de voluntaria intoxicación; y

III.- Los delitos tipificados en leyes especiales del Estado, cuando la pena máxima prevista exceda de ocho años de prisión.

En el Código Penal para el Estado de Veracruz, la forma de clasificar los delitos que se consideran graves, se encuentra prevista en el artículo 13, mismo que a la letra dice:

Para todos los efectos legales, se califican como graves, por afectar valores fundamentales de la sociedad, los siguientes ilícitos tipificados en este Código:

I.- El homicidio, a que se refieren los artículos 109, 110, 111 y 112;

II.- El homicidio por culpa, previsto en el párrafo segundo del artículo 66;

III.- Las lesiones, a que se refiere el artículo 114, fracciones V y VI;

IV.- La inducción o ayuda al suicidio, a que se refiere el artículo 128, en su primer párrafo y la primera parte del párrafo tercero;

V.- El aborto, siempre que se configure la hipótesis prevista en la parte final del artículo 131;

VI.- El secuestro, a que se refieren los artículos 141 y 142, excepto la hipótesis prevista en el último párrafo del artículo

141;

VII.- El asalto, previsto en el artículo 147;

VIII.- La violación, a que se refieren los artículos del (sic) 152, 153 párrafo primero, 154 y 155;

IX.- El robo, previsto en el artículo 173, fracción I, párrafo tercero; el robo calificado, en los casos a que se refiere la fracción II del artículo 176, en cualquiera de sus incisos; y el robo tipificado en los artículos 177, fracción II y 178;

X.- El abigeato, previsto en los artículos 180 y 181;

XI.- El encubrimiento por receptación, a que se refiere la fracción II del artículo 197;

XII.- El delito contra la seguridad vial y los medios de transporte, a que se refiere el párrafo segundo del artículo 216;

XIII.- El lenocinio, a que se refiere el artículo 235;

XIV.- la rebelión, a que se refieren los artículos 239 y 244;

XV.- El terrorismo, a que se refiere el artículo 249;

XVI.- El sabotaje, a que se refiere el artículo 250;

XVII. El abuso de autoridad y el delito de tortura;

XVIII.- El peculado, a que se refiere el artículo 257, en su primer párrafo;

XIX.- El enriquecimiento ilícito, a que se refiere el artículo 261;

XX.- La evasión de presos, a que se refiere el segundo párrafo del artículo 276, y el 277, en su segundo párrafo;

XXI.- El fraccionamiento indebido y la venta o promesa de venta indebida, a que se refieren los artículos 285 y 286.

XXII. La corrupción de menores a que se refiere el Capítulo II, del Título XI de este Código.

En el Código Penal para el Estado de Yucatán, la forma de clasificar los

delitos que se consideran graves, se encuentra prevista en el artículo 13, mismo que a la letra dice:

Para todos los efectos legales, por afectar de manera importante valores fundamentales de la sociedad, se califican como delitos graves los siguientes: contra el orden constitucional, previsto por el artículo 137; rebelión, previsto por el artículo 139; evasión de presos, previsto por el artículo 153; corrupción de menores e incapaces, previsto por el artículo 208; trata de menores, previsto por el artículo 210; pornografía infantil, previsto por el artículo 211; incesto, previsto por el artículo 227; asalto, previsto por los artículos 237, 239 y 240; privación ilegal de la libertad, previsto por los artículos 241 fracción I y 242; comercio ilícito de bebidas alcohólicas en su modalidad de venta o distribución, previsto por el artículo 245, primer párrafo; violación, previsto por los artículos 313, 315 y 316; usura, previsto por el artículo 328; robo, previsto por el artículo 330, cuando el importe de lo robado sea el establecido en la fracción IV del artículo 333; robo calificado previsto en el artículo 335 fracciones II, III, IV, VIII, IX y XI, cuando el importe de lo robado sea el establecido en la fracción IV del artículo 333, y fracciones I, VI, VII, X, XII y XIII del mismo artículo independientemente del monto de lo robado; robo con violencia previsto en el artículo 336; robo de ganado mayor previsto por el artículo 339; robo de ganado menor previsto en el artículo 340 cuando el importe de lo robado sea el establecido en la fracción IV del artículo 333; las conductas previstas en el artículo 347; daño en propiedad ajena por incendio o explosión previsto por los artículos 348 y 349; daño en propiedad ajena doloso, previsto por el artículo 350 cuando el

importe de lo dañado sea el establecido en la fracción IV del artículo 333; lesiones, previsto por los artículos 360, 361, 362 y 363; homicidio doloso, previsto por el artículo 368 en relación con el 372, 378 y 384; y homicidio en razón del parentesco o relación, previsto por el artículo 394.

Quienes cometan algún delito grave de los señalados en el párrafo anterior, no tendrán derecho a la libertad provisional bajo caución, a que hace referencia el Código de Procedimientos en Materia Penal.

Nosotros proponemos trasladar la forma de calificar los delitos graves del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal al Código Penal para el Distrito Federal, ubicándolo en el Libro Primero Disposiciones Generales, Título Segundo El Delito, Capítulo I Los delitos Graves.

CONCLUSIONES

Primera.- Para nosotros, la figura jurídica de la tentativa, es aquella manifestación de la voluntad del agente de cometer un delito, que se exterioriza comenzando a ejecutar parte o todos los elementos integrantes de dicho delito, pero sin que llegue a consumarse, es decir, sin que se produzca el resultado, por una causa ajena a su voluntad.

Segunda.- Los doctrinarios del Derecho Penal coinciden en establecer que el *iter criminis* o vida del delito, son los grados a través de los cuales la conducta del agente va trascendiendo hasta llegar a su fin. El *iter criminis*, se compone de dos fases; una subjetiva o interna en la que se encuentran: la ideación, la deliberación y finalmente la resolución de cometer un delito; y otra objetiva o externa, que se compone de: la exteriorización, los actos preparatorios, los actos ejecutivos y la consumación, algunos autores opinan que también forma parte de dicha fase el agotamiento, lo anterior de acuerdo con la teoría del delito.

Tercera.- La fase interna o subjetiva de acuerdo con el *iter criminis*, comienza con la ideación por parte del agente de cometer un delito, misma que se representa en su mente, posteriormente aparece la deliberación, en donde el agente precisamente delibera entre cometer o no cometer el delito, si resuelve no cometerlo, hasta ese grado llegó su voluntad de cometer el delito; pero si por el contrario después de su deliberación resuelve cometer el delito, aparece así la última subfase de la parte interna o subjetiva del *iter criminis*, que es la resolución de cometer un delito.

Cuarta.- La fase externa u objetiva del *iter criminis*, comienza con la exteriorización de la voluntad de cometer un delito por parte del agente, voluntad que ha quedado plenamente resuelta en la mente de éste al colmarse la fase subjetiva o interna de la vida del delito, y que se exterioriza ahora en el mundo fáctico, sin que dicha exteriorización de la voluntad sea punible por si sola, salvo

raras excepciones que se presentan en los delitos de mera expresión, en donde el tipo penal se agota con la simple manifestación de las ideas, sucesivamente a la exteriorización de la voluntad aparecen los actos preparatorios, en donde el agente comienza a allegarse de los medios necesarios para llevar a cabo su voluntad delictiva, sin que con ellos comience a ejecutar el delito mismo que se ha propuesto, pues los actos preparatorios por si mismos carecen de univocidad para poder establecer con ellos la intención del sujeto activo de cometer un delito; la tercera subfase de la parte externa u objetiva, la conforman los actos ejecutivos o tentativa, que aparecen, cuando el sujeto activo, comienza precisamente a ejecutar el delito, adecuando su conducta a lo descrito en el tipo penal; y si no se presenta una causa externa que impida que el activo adecue su conducta a la de la figura delictiva deseada, o que por su propia y espontánea voluntad éste desista de cometer el delito, en el caso de la tentativa inacabada o que se arrepienta y evite eficazmente que se produzca el resultado delictivo en el caso de la tentativa acabada, aparecerá la consumación del delito, en donde con su conducta el agente ha agotado o llevado a cabo todos los actos ejecutivos integrantes del tipo penal que previamente resolvió cometer y debido a ello se ha producido el resultado ilícito. Algunos autores se inclinan por incluir el agotamiento como la última subfase de la parte objetiva o externa del *iter criminis*, el cual se presenta cuando además de haberse producido el resultado delictivo, sancionado por la ley, el agente del delito logra el fin que se ha propuesto, por ejemplo: el enriquecimiento obtenido sin el justo trabajo, en el robo; el cobro de una herencia después de haber cometido el homicidio del *decius*, etc. Que en algunos tipos penales aparece inmerso dentro de los mismos elementos del delito y que en la doctrina se conoce como el elemento subjetivo distinto al dolo, es decir, el *animus*, con el cual actúa el agente del delito.

Quinta.- Los actos preparatorios es la segunda subfase de la parte externa u objetiva, la cual se presenta sucesivamente a la exteriorización de la voluntad criminosa del agente, con ellos el activo comienza a preparar el delito, sin que con éstos comience a ejecutar el delito mismo que se a propuesto, pues los actos

preparatorios por si mismos resultan equívocos y carentes de univocidad para poder establecer con los mismos cual es la intención del sujeto activo de cometer un delito; es por eso que en nuestra legislación los actos preparatorios por sí mismos no son punibles en relación con la tentativa, sin embargo, si la conducta desplegada por el activo por sí misma constituye un delito distinto del que se pretendía llevar acabo, se le sancionará por dicho delito y no por la tentativa del delito que había resuelto cometer.

Sexta.- Los actos preparatorios es la segunda subfase de la parte externa u objetiva, la cual se presenta sucesivamente a la exteriorización de la voluntad criminosa del agente, con ellos el activo comienza a preparar el delito, sin que con éstos comience a ejecutar el delito mismo que se a propuesto, pues los actos preparatorios por si mismos resultan equívocos y carentes de univocidad para poder establecer con los mismos cual es la intención del sujeto activo de cometer un delito; es por eso que en nuestra legislación los actos preparatorios por sí mismos no son punibles en relación con la tentativa, sin embargo, si la conducta desplegada por el activo por sí misma constituye un delito distinto del que se pretendía llevar acabo, se le sancionará por dicho delito y no por la tentativa del delito que había resuelto cometer.

Séptima.- Solo los actos ejecutivos son de naturaleza punible, ya que los mismos constituyen el comienzo de ejecución del delito que el agente ha resuelto cometer, exteriorizando sus voluntad y preparando los medios necesarios para llegar ahora a comenzar la ejecución del delito, es decir, los elementos integrantes del tipo penal que ha resuelto cometer, los cuales resultan ser unívocos, es decir, que a través de ellos se logra advertir la intención del sujeto activo de ejecutar un delito determinado, pues su conducta se va adecuando a lo descrito por el tipo. Los actos ejecutivos se presentan de dos formas, si el activo a comenzado a realizar en todo o en parte los actos ejecutivos que conforman el tipo penal en cuestión, sin que se produzca el resultado del delito por una causa ajena a la voluntad del activo, nos encontramos en presencia de la tentativa del delito, ya sea

acabada o inacabada; si se produce el resultado estaremos en presencia del delito consumado, con todo y su resultado delictivo.

Octava.- La tentativa es la realización objetivamente incompleta de un delito determinado, porqué falta que el delito se consume y se produzca su resultado ilícito. En la tentativa la fase interna o subjetiva se encuentra completa, ya que el sujeto activo, primeramente ideó el cometer un delito determinado, posteriormente deliberó entre cometer o no cometer el delito y finalmente resolvió cometerlo. Por otro lado objetivamente el delito se encuentra incompleto, debido a que una vez que el sujeto activo ha resultado cometer un delito determinado, exterioriza su voluntad de cometerlo y posteriormente realiza los actos preparatorios y finalmente los actos ejecutivos tendientes a la consumación del delito, pero sin que éste se consume aun y por ende no se produce el resultado ilícito, ni se lesiona el bien jurídico tutelado por la ley penal, debido a causas ajenas a la voluntad del sujeto activo o al desistimiento libre y espontáneo del activo de cometer el delito.

Novena.- La tentativa puede ser inacabada (cuando el sujeto activo ha comenzado a ejecutar el delito que previamente ha resuelto cometer, realizando parte de los elementos del tipo delictivo en cuestión, pero sin que logre ejecutar todos los elementos integrantes del tipo penal, debido a causas ajenas a su voluntad o al desistimiento libre y espontáneo del activo de cometer el delito), o acabada (cuando el sujeto activo ha ejecutado todos los elementos integrantes del tipo penal que ha resuelto cometer, pero debido a causas ajenas a su voluntad o al arrepentimiento eficaz del activo de cometer el delito, el mismo no se consuma).

Décima.- La consumación se presenta cuando se encuentran completos los elementos integrantes del tipo penal y se produce el resultado ilícito. Se dice entonces que el delito se encuentra objetiva y subjetivamente completo, ya que de acuerdo con el *iter criminis*, el sujeto activo ha realizado la fase interna o subjetiva – pues primeramente ideó cometer un determinado delito, posteriormente delibero

entre cometerlo o no cometerlo y finalmente resolvió hacerlo – asimismo la fase externa u objetiva también se encuentra completa – ya que el sujeto activo ha exteriorizado su voluntad de cometer el delito, posteriormente ha llevado a cabo los actos preparatorios, y finalmente los actos ejecutivos – Cuando el activo comienza a ejecutar en parte los elementos integrantes de un tipo penal, sin que dicho delito se consume por una causa ajena a la voluntad del activo, nos encontramos en presencia de una tentativa inacabada. Cuando el activo realiza o ejecuta todos los elementos integrantes de un tipo penal, pero sin que se produzca el resultado ilícito debido a una causa ajena a la voluntad del activo, nos encontramos en presencia de la tentativa acabada o delito frustrado.

Undécima.- La figura jurídica de la tentativa, es para nosotros, un amplificador del tipo, es decir, es un grado de ejecución de un delito, por lo tanto no se le puede considerar como un delito autónomo, ya que no existe el delito de tentativa por sí sólo, sino que para su existencia se requiere en primer lugar, que la conducta que el sujeto activo ha resuelto cometer, se encuentre tipificada como delito, por ejemplo: Homicidio o Robo, posteriormente que el sujeto activo exteriorice su voluntad de cometer un determinado delito, al realizar en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquel no se consuma por causas ajenas a la voluntad del activo, quedando entonces el delito en grado de tentativa, es por ello que desde nuestro punto de vista, la tentativa por sí sola, no es autónoma, sino que resulta ser un amplificador del tipo, creado con el fin de no dejar impunes aquellas conductas dolosas, a través de las cuales se han llevado a cabo los actos ejecutivos tendientes a producir el resultado, mismo que no se ha producido por causas ajenas a la voluntad del agente, debido al peligro en que se ha puesto del bien jurídico protegido por la norma penal

Décima Segunda.- Definitivamente, de la estructura típica de la tentativa punible, misma que se encuentra regulada en el artículo 20 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, se advierte que únicamente admite la realización

dolosa, puesto que se requiere que el sujeto activo exteriorice su resolución de cometer un delito, realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquel no se consuma por causas ajenas a la voluntad de éste, es decir, que el sujeto activo tenga la conciencia y voluntad de cometer un determinado delito, de lo que se advierte su obrar doloso – previsto en párrafo segundo del artículo 18 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal – ya que conociendo los elementos objetivos del hecho típico de que se trate, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley. Decisión a la que arriba, luego de haber ideado cometer un determinado delito, deliberado entre cometerlo o no cometerlo y finalmente resuelto llevar a cabo su idea criminal.

Décima Tercera.- El elemento finalista, se basa en que la conducta ya sea de acción o de omisión desplegada por el sujeto activo, debe estar encaminada a un fin determinado, es decir, el sujeto activo primeramente idea llevar a cabo un determinado delito, posteriormente delibera entre cometerlo o no cometerlo y finalmente resuelve llevarlo a cabo, con plena conciencia y voluntad de su actuar, sabedor de que de llevar a cabo su resolución, su conducta sería típica, antijurídica y culpable y no obstante ello decide voluntariamente exteriorizar su voluntad, queriendo y aceptando el hecho criminal, es decir con dolo, dirigiendo su actuar a un fin delictivo predeterminado, el cual en la tentativa punible no se consuma por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo.

Décima Cuarta.- Si el delito no se consuma porque el sujeto activo desiste o se arrepiente de su resolución criminal primaria espontánea y voluntariamente, a pesar de que nada le impida consumar el delito, no es posible acreditar que el delito quede en grado de tentativa punible, pues falta uno de los elementos que integran la tentativa punible (que el delito no se consume por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo). Pero si alguno o algunos de los actos ejecutados por el activo constituyen por sí mismos un delito, se le sancionara por su comisión.

Décima Quinta.- El desistimiento en la tentativa, se presenta cuando el sujeto activo, después de haber comenzado a ejecutar el delito, voluntariamente decide abandonar las acciones ulteriores necesarias para consumar el hecho delictivo que previamente había resuelto cometer.

Décima Sexta.- El arrepentimiento en la tentativa, se presenta cuando el sujeto activo, después de haber llevado a cabo la totalidad de los elementos integrantes del delito que previamente había resuelto cometer, espontánea y voluntariamente se arrepiente de su actuar y antes de que se produzca el resultado ilícito impide por actos propios o ajenos impulsados por él, la producción de dicho resultado ilícito.

Décima Séptima.- Se habla de tentativa de delito imposible, cuando el resultado ilícito del delito que el sujeto activo previamente había resuelto cometer no se produce, ya sea por inidoneidad de la conducta desplegada por el activo o por la falta de objeto sobre el cual recaería la conducta del activo.

Décima Octava.- Los elementos que integran la figura jurídica de la tentativa punible en el artículo 12 del Código Penal para el Distrito Federal de 1999, resultan ser iguales a los elementos previstos en el artículo 20 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, excepto por que en este último, se incluyó un nuevo elemento, el cual consiste en que *se ponga en peligro el bien jurídico tutelado*, elemento que desde nuestro punto de vista, resulta ocioso, toda vez que al requerirse dentro de los elementos de la tentativa punible que la resolución de cometer un delito se exteriorice 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, implícitamente se prevé que el bien jurídico tutelado por la Ley Penal del delito que el sujeto activo tenía la resolución de cometer, se ha puesto en peligro, toda vez que no debemos olvidar que sólo los actos ejecutivo, son capaces de poner en peligro un bien jurídico tutelado por la Ley Penal, ya que a través de ellos, se

comienza a ejecutar el delito que se había resuelto cometer, sin que dicho delito se consume por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo, por lo que desde nuestro punto de vista la inclusión del nuevo elemento resulta ocioso.

Décima Novena.- Desde nuestro punto de vista, el hecho de que en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, se haya previsto que en los casos de tentativa punible de delito grave, el juzgador tendría la obligación de imponer una pena de prisión que no sería menor a la pena mínima y que podrá llegar hasta las dos terceras partes de la sanción máxima prevista para el delito consumado, nos parece muy acertado, pues no importa que se trate de un delito de los clasificados como graves, toda vez que dichos delitos tienen ya de antemano establecida una punibilidad mayor, de acuerdo al bien jurídico que tutelan, además de que cuando el delito se consuma, se lesiona dicho bien jurídico, en tanto que cuando el delito queda en grado de tentativa, únicamente se pone en peligro.

Vigésima.- Se reforme el párrafo sexto del artículo 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, ya que no debemos olvidar que en el Código Sustantivo, es decir, en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, se establece la punibilidad para aquellos delitos que han quedado en grado de tentativa, por lo tanto, la regla para establecer si estos delitos que han quedado en grado de tentativa son considerados graves, misma que se prevé en el Código Adjetivo, es decir, en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, no puede ser incongruente con la punibilidad prevista en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.

Vigésima Primera.- Se traslade la forma de calificar los delitos graves al Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, basándonos principalmente en que dicha clasificación se refiere netamente a cuestiones de derecho sustantivo, que obviamente tienen relación directa tanto con la punibilidad de los delitos establecidos en la parte especial del Código Penal, como con cuestiones que regulan el beneficio de la libertad provisional de naturaleza Jurídica Constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

ANTOLISEI, Francesco, Manual de Derecho Penal Parte General, ed. 8ª, Ed. Temis, Bogotá Colombia, 1988.

ARELLANO GARCIA, Carlos, Métodos y Técnicas de Investigación Jurídica, México, D. F., Ed. Porrúa S.A., 1999.

BACIGALUPO, Enrique, Derecho Penal Parte General, Ed. Hammurabi S.R.L., Buenos Aires, 1987.

CABALLERO, Ricardo J., El Delito Imposible La Tentativa Inidónea en el Derecho Penal Argentino, Ed. Universidad, Buenos Aires 1983.

CASTELLANOS TENA, Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, ed. 35ª, Ed. Porrúa, S. A., México 1995.

CARRANCA Y TRUJILLO Raúl Y CARRANCA Y RIVAS, Raúl, Código Penal Anotado, ed. 6ª, Ed. Porrúa, México, 1983.

CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl y otro, Derecho Penal Mexicano, Parte General, ed. 2ª, Ed. Porrúa, México 1999.

CARRARA, Francesco, Derecho Penal, Tr. Figueroa Alfonso, Enrique, Ed. Harla, México 1997.

CARRARA, Francesco, Programa de Derecho Criminal, Ed. Temis S.A., Bogotá-Colombia 1988.

CARRARA, Francisco, Teoría de la Tentativa y de la complicidad o del grado en la fuerza física del Delito, Tr. Romero Girón, Vicente, ed. 2ª, Ed. Góngora, Madrid

España 1926.

COBO DEL ROSAL, Manuel, et al., Derecho Penal Parte General, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1999.

CUELLO CALÓN, Eugenio, Derecho Penal, ed. 5ª, Ed. Bosch, Barcelona España 1940.

DAZA GOMEZ, Carlos, Teoría General del Delito, ed 2ª, Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor, México, D. F. 1998.

DIAZ ARANDA, Enrique, Dolo Causalismo-Finalismo-Funcionalismo y la Reforma Penal en México, ed. 2ª, Ed. Porrúa, México 2000.

DÍAZ DE LEÓN, Marco A, Código Penal Federal con comentarios, ed. 4ª, Ed. Porrúa, México 1999.

FERRÉ TREPAT, Elena, La Tentativa de Delito, Ed. Librería Bosch, Barcelona España 1986.

GARCÍA GARCÍA, Rodolfo, Tratado sobre la tentativa. La tentativa de delito imposible, Ed. Porrúa, México 2001.

GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco, El Código Penal Comentado, ed. 6ª, Ed. Porrúa, México, D.F. 1982.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, Tratado de Derecho Penal, ed. 2ª, Ed. Losada, S. A., Buenos Aires.

JIMÉNEZ DE ASUA, Luis, La Ley y el Delito, ed. 2ª, Ed. Hermes, Argentina, Buenos Aires 1954.

JIMÉNEZ DE ASUA, Luis, Lecciones de Derecho Penal, Volumen III, Ed. Harla, México D.F. 1997,

JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, Derecho Penal Mexicano, Tomo I. ed. 5ª, Ed. Porrúa, S. A., México 1985.

JESCHECK, Hans Heinrich, Tratado de Derecho Penal, Parte General, Tr. Mir Puig y Muñoz Conde, Tomo II, Ed. Bosch, España, Barcelona 1981.

MAGGIORE, Giuseppe, Derecho Penal, Vol. I, ed. 2ª, Ed. Temis S.A, Santa Fe de Bogotá -Colombia 2000.

MALO CAMACHO, Gustavo, Tentativa del Delito (con referencia al derecho comparado), Ed. Universidad Nacional Autónoma de México Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 1971.

MAURACH, Reinhart, Tratado de Derecho Penal, tr. Córdoba Roda, Juan, ed. Ediciones Ariel Barcelona.

MEZGER, Edmundo, Derecho Penal Parte General Libro de Estudio, tr. Núñez, Ricardo, ed. 6ª, Ed. Bibliográfica, Buenos Aires Argentina 1958.

MUÑOZ CONDE, Francisco, et al., Derecho Penal Parte General, ed. 2ª, Ed. Tirant lo blanc, Valencia 1996.

MUÑOZ CONDE, Francisco, El Desistimiento voluntario de consumir el Delito, Ed. Bosch. Barcelona España 1972.

PALACIOS VARGAS, J. Ramón, La Tentativa, ed. 2ª, Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor, México 1979.

PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, Breve Ensaño Sobre la Tentativa, ed. 5ª, Ed. Porrúa, México 1998.

PESSINA, Enrique, Elementos de Derecho Penal, tr. González del Castillo, Hilario, ed. 4ª, Ed. Reus S.A. Madrid, 1936.

PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, ed. 5ª, Ed. Porrúa, S. A., México 1980.

REYES ECHANDIA, Alfonso, Obras Completas Tomo I Derecho Penal Tipicidad Culpabilidad, Ed. Temis S. A., Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1998.

RODRÍGUEZ DEVESA, José M, Derecho Penal Español Parte General, ed. 8ª. S/Ed. Madrid 1981.

ROMAGNOSI, Gian Domenico, Génesis del Derecho Penal, Ed. Themis, Colombia, Bogotá 1958.

ROXIN, Claus, Derecho penal, Parte General, tr. Luzón Peña, Diego, Tomo I, Ed. Civitas S.A., España, Madrid 1997.

SAINZ CANTERO, José, Lecciones de Derecho Penal Parte General, ed. 3ª, Ed. Bosch S.A., Barcelona 1990.

SCARANO, Luigi, La Tentativa, Colombia, tr. Romero Soto, Luis, Ed. Themis, Bogotá, 1960.

STRUENSEE, Eberhard, Dolo, Tentativa y Delito Putativo, tr. Sancinetti, Marcelo, Ed. Hammurabi S.R.L., Argentina, Buenos Aires 1992.

VILLALOBOS, Ignacio, Derecho Penal Mexicano Parte General, ed. 5ª, Ed. Porrúa

S. A., México, 1990.

WELZEL, Hans, Derecho Penal Alemán Parte General, ed. 11ª, 2ª Castellana. Ed. Jurídica de Chile, 1976.

ZAFFARONI, Eugenio R, Manual de Derecho Penal Parte General. Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor, México 1991.

ZAMORA JIMENEZ, Arturo, Cuerpo del Delito y Tipo Penal, Ed. Ángel, México, D.F. 2000.

LEGISLACIÓN

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Código Penal Federal

Nuevo Código Penal para el Distrito Federal

Código Penal para el Estado de Aguascalientes

Código Penal para el Estado de Baja California Norte

Código Penal para el Estado de Baja California Sur

Código Penal para el Estado de Campeche

Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Chiapas

Código Penal para el Estado de Chihuahua

Código Penal para el Estado de Coahuila

Código Penal para el Estado de Colima

Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Durango

Código Penal para el Estado de Guanajuato

Código Penal para el Estado de Guerrero

Código Penal para el Estado de Hidalgo

Código Penal para el Estado de Jalisco

Código Penal para el Estado de México

Código Penal para el Estado de Michoacán

Código Penal para el Estado de Morelos

Código Penal para el Estado de Nayarit

Código Penal para el Estado de Nuevo León

Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Oaxaca

Código de Defensa Social para el Estado Libre y Soberano de Puebla

Código Penal para el Estado de Querétaro

Código de Defensa Social para el Estado Libre y Soberano de Quintana Roo

Código Penal para el Estado de San Luis Potosí

Código Penal para el Estado de Sinaloa

Código Penal para el Estado de Sonora

Código Penal para el Estado de Tabasco

Código Penal para el Estado de Tamaulipas

Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Tlaxcala

Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Veracruz

Código Penal para el Estado de Yucatán

Código Penal para el Estado de Zacatecas

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal

OTRAS FUENTES

Diccionario de la Lengua Española, México, D F. Ed. Ediciones Culturales Internacionales, S.A. de C. V., 1989.

Diccionario Jurídico Espasa, España, Madrid, Ed. Espasa Calpe, S.A., 1999.

Instituto de Investigaciones Jurídicas. Diccionario Jurídico Mexicano, Ed. Porrúa S.A. México D.F. 1988.

ISLAS MARISCAL, Olga y RAMÍREZ Elpidio. La Tentativa, Revista Mexicana de

Justicia, Ed. Procuraduría General de República, 1986.

Antecedentes de la Iniciativa por el que se Derogan, Reforman y Adicionan diversas disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal, Publicada el 17 de septiembre de 1999, en la Gaceta Oficial del Distrito Federal. págs. 2, 3.

Pequeño Larousse en color. Ed. Larousse. Barcelona, España, 1989.

Digesto de Justiniano, t. III, Ed. Aranzadi, Pamplona 1968, tr. D'ors, A, et al, pág. 600.

IUS 2003 Jurisprudencia y Tesis Aisladas de junio 1917-abril 2002 e informe de labores 2001. Poder Judicial de la Federación Suprema Corte de Justicia de la Nación.