
FACULTAD DE DERECHO



**La Punibilidad de la Tentativa en la Legislación
Penal Mexicana**

T E S I S

Que para obtener el título de:
LICENCIADO EN DERECHO
p r e s e n t a :
MAURO ALEMAN GUTIERREZ

México, D. F.

1971





Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A mis padres:

J. Guadalupe Alemán F. y
Rosalía Gutiérrez de Alemán,
quienes con su abnegación y sabio con-
sejo me impulsaron siempre hacia la
culminación de mi carrera

A mi esposa:

Ma. del Rosario y a mis hijos Javier y
Eduardo, con el cariño inmenso que
siento hacia ellos

Con gratitud y sincero afecto:

- Al señor Lic. Javier Hernández Cervantes,
quien con su generoso estímulo, extraor-
dinaria capacidad y alta calidad Humana
ha guiado mis pasos por la vida
profesional

A mi tía:

Ma Luisa Peña Vda. de Aguilar

A la memoria imperecedera de mi tío:

El Sr. Agustín Aguilar Galindo (q. e. p. d.)

A mis hermanos:
Antonio, David y Margarita

A mis maestros, compañeros y amigos

I N D I C E

Página

C A P I T U L O I

EL ITER CRIMINIS	1
1. - Fase Interna. - Ideación, Deliberación y Resolución.	6
2. - Las Resoluciones Manifestadas. - Su Punicón	7
3. - Fase Externa.	17

C A P I T U L O II

LA TENTATIVA	21
1. - Concepto. - Naturaleza Jurídica y Elementos	23
2. - Actos Preparatorios y Actos Ejecutivos. - Criterios de Distinción.	30
3. - El Delito Frustrado (Tentativa acabada e inacabada).	46
4. - El Delito Imposible.	56
5. - El Desistimiento y el Arrepentimiento en la Tentativa.	66

	Página
C A P I T U L O I I I	
PUNIBILIDAD DE LA TENTATIVA	71
1. - Noción de la Pena. - Evolución Histórica Fundamento y Fin.	74
2. - Fundamento de la Pena en la Tentativa. Distintos Criterios.	91
3. - Sistemas de Punición. - Teoría Clásica y Teorías de la Equiparación de la Pena.	103
 C A P I T U L O I V	
PUNIBILIDAD DE LA TENTATIVA EN NUESTRO - DERECHO PENAL.	107
1. - Antecedentes Históricos. - Roma y España	109
2. - Derecho Patrio. - Evolución.	113
3. - Los Códigos Penales de 1871, 1929 y 1931. - Comentarios y Críticas.	116
4. - Los Anteproyectos del Código Penal de 1949 y 1958. - Comentarios.	131
5. - Jurisprudencia de la Suprema Corte en Rela- ción a la Tentativa.	134
 CONCLUSIONES	 141
BIBLIOGRAFIA	147

C A P I T U L O I

EL ITER CRIMINIS

1. - Fase Interna. - Ideación, Deliberación y Resolución
2. - Las Resoluciones Manifestadas. - Su Punición.
3. - Fase Externa

EL ITER CRIMINIS

Actualmente es indiscutible, si se toma en consideración el -- concepto de delito elaborado por la doctrina penal, que todos los ilícitos -- tienen como base común el comportamiento humano, es decir la acción -- del hombre, siendo necesario dejar establecido que esa acción humana a -- que nos referimos, por exigencias del derecho mismo, debemos entender -- la en sentido amplio, toda vez que, dentro de la esfera de ese concepto, -- debe encuadrarse tanto el hacer activo, consciente del fin, como el no -- hacer algo determinado por un fin como es el caso de los delitos de omi -- sión, asimismo, dentro de ese mismo ámbito conceptual encontramos -- por una parte todos aquellos casos en que la voluntad rectora del compor -- tamiento se anticipa al resultado del mismo (hechos dolosos), y por --- otra, aquellos en los que la voluntad está dirigida a un resultado distinto al típico causado por el actor, (hechos culposos). En síntesis podemos -- afirmar que la acción humana constituye la base común de todos los he --

chos punibles.

Si afirmamos con Maurach que "todo delito es en primer lugar acción" (1), debemos reflexionar en el hecho de que esa acción no aflora al exterior como algo espontáneo e imprevisto, sino que la misma antes de irrumpir en el mundo físico, tuvo que pasar por un proceso generativo que tiene como punto de arranque una concepción mental y como etapa final la consumación del ilícito penal. Es éste proceso de la acción criminosa, lo que desde los prácticos italianos se conoce como ITER CRIMINIS o camino del delito y que otros autores han denominado, indistintamente, como "el grado en la fuerza física", "formas de aparición", "formas aparentes" Etc., denominaciones que si bien difieren entre sí, todas tienen en común, el hecho de referirse a ese camino o proceso que sigue el delito normalmente a partir de la concepción mental hasta alcanzar finalmente su "objetividad material y jurídica" (2) en el mundo de los hechos.

La elaboración de la Doctrina del Iter Críminis nace pues, como antes lo expresamos, gracias a los prácticos italianos que florecen-- en la época medieval.

El derecho romano no la conoció sino en los últimos tiempos - de su desarrollo, pues "al principio -como apunta Maggiore- no se hizo distinción alguna entre intención (affectus) y resultado (effectus); y todavía durante el Imperio valía el principio" in maleficiis voluntas specta--

(1) Reinhart Maurach, "Derecho Penal" Tom. I, Pág. 171 Trad. Juan - Cordova Roda, Edic. Ariel 1962

(2) Francisco Carrara. - Programa Secc. I del Delito Pág. 240 Cap. IX

tur, non exitus" (en los delitos debe considerarse la voluntad, no el resultado)... Sólo cuando se separaron los crimina ordinario de los crimina extraordinem, se distinguió entre flagitium perfectum y flagitium, imperfectum, sobre éste construyeron los prácticos la doctrina de la tentativa, y enseñaron que, salvo los hechos atrocísimos en que el conato se castigaba como delito perfecto, conforme a la máxima de origen romano: punitur affectus etiam si non sequitur (debe castigarse la intención aunque no se siga el resultado) en todos los demás casos de delitos el conato debía reprimirse con penas inferiores" (3)

Arrancando de aquellas concepciones, surge como preocupación de los estudiosos de la materia, el estudio del Iter Críminis, es decir del proceso o camino del delito, desde la ideación hasta la consumación del mismo. Ahora bien, creemos necesario precisar que todos los delitos, salvo los llamados delitos formales o de mera conducta, tienen un desenvolvimiento propio, es decir, que la acción en la cual consisten se descompone en una cantidad de actos que constituyen otras tantas etapas del proceso criminoso; sólo en estos ilícitos que tienen un Iter o camino, se puede hablar de tentativa.

En el Iter Críminis encontramos dos fases por las cuales pasa el delito: una interna y subjetiva y la otra externa y objetiva. La primera sólo existe mientras la idea criminal permanece encerrada en la mente del sujeto sin manifestarse exteriormente en el mundo de los hechos; la segunda aparece cuando esa idea se exterioriza, es decir se manifiesta

(3) Giuseppe Maggiore. - "Derecho Penal" Tomo II Pág. 65

ta al mundo de los hechos mediante la realización de actos aunque éstos sólo constituyan preparación del ilícito penal que el sujeto pretende cometer.

1. - FASE INTERNA. - IDEACION, DELIBERACION Y RESOLUCION.

Apuntamos antes que el delito nace primero como idea, como un determinado propósito de delinquir, es lo que desde el punto de vista escolástico puede denominarse "la tentación", que suele presentarse en la mente del sujeto como algo que sería deseable realizar, pero generalmente esa idea o propósito antes de aceptarse pasa por una etapa en la que el sujeto analiza y reflexiona sobre el pro y el contra de la realización de la misma, esa etapa se denomina "deliberación", de donde en ocasiones la idea críminosa que había nacido en la mente, se rechazaba plenamente, o bien emergía victoriosa en la firme decisión de realizarla; esa última etapa de la fase subjetiva cuando el sujeto ha deliberado sobre la idea criminal y la ha aceptado y decidido realizarla, se denomina "resolución criminal", en lo que se agota el proceso interno del Iter Críminis".

En esta primera fase, en que el pensamiento sólo es un propósito de delinquir, rige en general el principio de que las ideas no son punibles, principio que se deriva de la máxima "cogitationes poenam nemo patitur" (4) de donde parte Maggiore para afirmar que esta fase "sólo puede interesar a la conciencia moral y religiosa como tentación o pecado de pensamiento. Para reprimirlo sólo están llamados el sentimiento

(4) Ulpiano en Digesto Lib. 48 Tit. 19 Ley 18.

del deber y Dios... Ya que la resolución criminal mientras permanece - en la interioridad del alma no cae bajo la acción de la justicia penal, solamente cuando se manifiesta mediante confesión o jactancia puede y debe interesar a la policía de seguridad y la ley aplica medidas de seguridad Vrg. cuando la manifestación del pensamiento se traduce en alguna - instigación aunque no sea acogida" (5).

Ya Romagnosi en su "Génesis del Derecho Penal", había apuntado consideraciones similares a las anteriores en relación a la fase que estudiamos, señalando que los "actos puramente internos, los simples-- pensamientos que no se manifiesten con ningunacto exterior nocivo a la - sociedad, por ejemplo la idea agradable que alguno se forma de una ac-- ción malvada, el deseo de cometerla, el designio que alguno concibe sin - llevarlo a la práctica etc. todo esto no está sometido a penas humanas, - aunque despues ocurra por casualidad que los hombres tengan conoci --- miento de ello" (6).

2. - LAS RESOLUCIONES MANIFESTADAS. - SU PUNICION

En razón de lo expresado podemos resumir que la fase inter - na o subjetiva del Iter Críminis no es punible dado el principio que rige - en derecho penal en el sentido de que el pensamiento no delinque, sin em - bargo, su estudio y análisis lo consideramos importante ya que nos con - duce a un tema tan complejo como el de las llamadas "resoluciones mani - festadas". En efecto, mucho se ha discutido en derecho penal, si el he -

(5) Giuseppe Maggiore. - "Derecho Penal. - Tomo II Pág. 65 Edic. 1954.

(6) Giandomenico Romagnosi. - "Genesis del Derecho penal". - Trad. C. González Cortina y J. Guerrero. - Pág. 233

cho de que en algunas legislaciones se establezcan penas para ciertas re-
soluciones criminales, manifestadas por el sujeto, puede considerarse -
atentatorio al principio general de que las ideas no son punibles. El --
problema en cuestión es tocado con acierto por el maestro Luis Jiménez
de Asúa, en el estudio de ciertas resoluciones manifestadas que se punen
en la legislación de España, como es el caso de la Proposición, la Cons-
piración y la Provocación, tipos consagrados por el Derecho Penal espa-
ñol, y los cuales según el destacado jurisconsulto en el exilio, "son cas-
tigados, sin que por ello pueda considerarse como punibilidad de una ---
idea, sino del castigo de actos exteriores constitutivos de un delito de ex-
presión como la amenaza" precisando además que el denominado "delito
de las ideas" solo puede incriminarse en aquellos casos en que se apre-
cie la objetividad jurídica infringida" (7).

Por otra parte, dichas resoluciones manifestadas son conside-
radas por el mismo autor como una fase intermedia de las fases interna
y externa del delito, opinión que no compartimos por considerar que no
es posible hablar de zonas intermedias entre dos fases tan claramente -
definidas y delimitadas como las que nos ocupan, pues creemos que bas-
ta con que una resolución criminal se exteriorice por cualquier medio --
por el sujeto que la ha concebido, para que la misma encuadre perfecta-
mente en la esfera externa del Iter Críminis y por ende esté sujeta a ---
caer dentro de los supuestos hipotéticos que contienen las leyes penales.

Es cierto por otro lado, que por lo general en todas las legis-

(7) Luis Jiménez de Asúa. - "La Ley y el Delito". - Pág. 496

laciones se punen ciertos casos de resoluciones manifestadas, en razón de que, a pesar de que no son constitutivas de actos materiales, estrictamente hablando, si son, por otra parte, una expresión o manifestación externa de una intención criminal.

En el derecho penal mexicano encontramos varios casos de resoluciones manifestadas elevadas a la categoría de delitos, aún cuando - en rigor doctrinario y por su fisonomía no constituyan una actividad material, pues como expresa Pavón Vasconcelos dichas resoluciones consisten en el "acto de voluntad mediante el cual el individuo exterioriza su idea criminal por medio de la palabra" (8), sin embargo como lo hemos indicado son punibles por prescripción o disposición de la ley; estos casos de nuestra legislación penal son los siguientes:

- a). - La invitación para cometer el delito de Traición a la Patria; artículo 123 fracción XI.
- b). - La Conspiración para cometer el delito de Traición a la Patria; artículo 141 en relación con el 123.
- c). - La Conspiración para cometer el delito de Espionaje; artículo 141 en relación con el 127.
- d). - La Conspiración para cometer el delito de Rebelión; artículo 141 en relación con el artículo 132.
- e). - La conspiración para cometer el delito de Sedición; artículo 141 en relación con el artículo 130.

(8) Francisco Pavón Vasconcelos. - "Breve ensayo sobre la tentativa". - 1a. edic. 1964 Pág. 11

- f). - La conspiración para cometer el delito de Motín; artículo 141 en relación con el 131.
- g). - La conspiración para cometer el delito de Terrorismo; - artículo 141 en relación con el artículo 139.
- h). - La conspiración para cometer el delito de Sabotaje; artículo 141 en relación con el artículo 140.
- i). - La invitación para cometer el delito de Rebelión contenida en la fracción primera del artículo 135.
- j). - Las Amenazas contenidas en el artículo 282.
- k). - La provocación de un delito o apología de éste contenida en el artículo 209.

Todos estos preceptos, del Código Penal en vigor para el Distrito y Territorios Federales.

En relación a estos supuestos, Francisco Pavón Vasconcelos, nos dice que "por proponer debe entenderse la invitación formal hecha, - por quien ha resuelto delinquir a otra u otras personas para obtener su cooperación en la ejecución del delito, constituyendo por tanto la simple invitación de cooperar a delinquir".

"La conspiración supone, en consecuencia, el concierto entre varias personas, tanto para cometer los señalados delitos, como sobre la forma de llevar a cabo la determinación delictiva."

"Las dos formas genéricas aludidas (proposición y conspiración), están referidas en nuestro derecho positivo exclusivamente a los delitos contra la seguridad exterior e interior de la Nación, integrando-

delitos independientes pero en función de los tipos expresamente recogidos en la ley; por tanto; sólo puede hablarse con propiedad de proposición para cometer traición y de conspiración para realizar traición, espionaje, rebelión y otros desórdenes públicos. No podemos por ende y con base en la ley, enjuiciar a nadie por proposición de robo o por conspiración de homicidio."

"La razón justificativa de la punición de las citadas resoluciones manifestadas encuéntrase en el evidente peligro que entrañan las conductas consideradas en tales tipos especiales frente a la conservación del orden público y el interés nacional."

"La llamada provocación de un delito, o sea el acto de exaltación o alabanza pública de conductas sancionadas por la ley como delictuosas (artículo 209), constituye una franca rebeldía al orden jurídico establecido, cuyo peligro se revela en la posibilidad de crear una influencia psicológica capaz de hacer dable la realización de un delito" (9).

Por otra parte, en casi la mayoría de los Códigos Penales Hispanoamericanos se castigan las Amenazas delito que por su fisonomía -- puede pensarse que constituye una simple resolución manifestada, sin embargo el maestro Jiménez de Asúa analizando la figura en cuestión, -- llega a la conclusión de que se trata de un delito sui generis en el que -- concurren todos los elementos esenciales del ilícito, a saber: Una manifestación de voluntad y un resultado, que no es otro que la disminución de la propia tranquilidad, lesionando en esa forma la tranquilidad, liber

(9) Francisco Pavón Vasconcelos. - La Tentativa. - Pág. 12 y s. s. Edic. -- 1964.

tad y seguridad del sujeto pasivo. Siendo lo anterior lo que distingue al delito de Amenazas de las resoluciones manifestadas, pues en éstas, como se ha observado, por regla general la manifestación de la voluntad del agente se dirige al presunto codelincuente, en tanto que en las Amenazas toma a la misma víctima como destinatario. (10).

En todas las resoluciones manifestadas que se han enunciado, por su propia naturaleza y estructura, se observa que por sus características peculiares las mismas se deben ubicar tajantemente fuera del ámbito interno del Iter Criminis, pues es lógico que una resolución criminal cuando aflora al exterior de la mente a través de la palabra hablada o escrita, queda en aptitud de ser regulada por la ley, como es el caso de todas las resoluciones manifestadas que hemos estudiado, que son punibles sólo por disposición de la ley.

Ahora bien, aún cuando se ha afirmado que para nuestro estudio, la fase interna del proceso criminoso, resulta irrelevante, es importante señalar que la misma constituye la piedra angular de la tentativa, puesto que la punición de todos los actos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un ilícito, que no se consuma por causas ajenas a la voluntad del sujeto, implica la existencia de la intención criminal en el agente, es decir, del dolo. Pues es indiscutible, como se ha dejado establecido, que la conducta de tentativa comienza con la voluntad de cometer un delito, con el dolo de consumar. En la tentativa el dolo no tiene peculiaridad específica; lo mismo existe en el homicidio consu-

(10) Luis Jiménez de Asúa. - La Ley y el Delito. - Pág. 502. Edic. 1954.

mado que en la tentativa del mismo; y precisamente lo característico en ella es que fracase la realización del dolo, esto es, que no se produzca el resultado previsto.

Por lo anterior consideramos absurdo que se conciba la existencia de tentativa en los delitos culposos, que son punibles sólo por el daño ocasionado debido a la negligencia o falta de previsión en el sujeto activo. Hablar de tentativa culposa es un contrasentido jurídico, pues no es concebible que se pueda afirmar que se ha intentado hacer lo que no se ha querido.

La punibilidad de los delitos culposos, en su sentido mas general, deriva de la ejecución de un acto dañoso que debió ser previsto y -- que por negligencia, falta de previsión o de cuidado en el agente el delito se consuma, pues de acuerdo con la doctrina de la representación, la -- culpa es la conducta del sujeto con la no representación de un resultado-típico que era previsible o con la representación del evento pero al mismo tiempo impulsado por la esperanza de que el resultado no se produjera.

De allí que en la tentativa jamás se puede hablar de una conducta culposa, ya que en los delitos por culpa la ausencia de voluntad en el resultado es una característica esencial, y siendo la intención elemento-integrante de la figura accesoria, sostener su existencia en los delitos -culposos sería desvirtuar su propia naturaleza.

No obstante Mezger ⁽¹¹⁾ conceptualmente la admite cuando se

(11) Edmund Mezger. - Derecho Penal Tom. II, pág. 279 Editorial Bibliográfica Argentina. - Trad. Dr. Conrado A. Finzi.

fiata que "es impune la tentativa de un delito culposo, la que considera - perfectamente concebible y apuntando como ejemplos de ello, el hecho - de que alguien ponga culposamente un veneno en la comida de otro sin -- que se produzca, sin embargo, daño alguno, o la creencia culposa de que existe una situación de legítima defensa. Aunque también establece que de acuerdo con la fórmula del Código Penal Alemán, esas conductas no - son punibles en virtud de que dicho Ordenamiento requiere la "resolu -- ción" de cometer un delito, es decir la intención de lesionar un determi - nado bien jurídico, lo cual en los delitos culposos no se da.

Con un criterio objetivo rígido en el que se afirme que la ten - tativa existe siempre que se ponga en peligro un bien jurídicamente tute - lado, se afirmará la existencia de la tentativa culposa; pero ello es inad - misible pues lo característico en la tentativa es sí un peligro corrido, - pero buscado.

En los hechos producidos por culpa se reclama no una voluntad perversa que no existe, sino una voluntad imprudente que dejó de calcu - lar todas las consecuencias posibles de los actos a que propendía, y es - tos actos imprudentes en cuanto que a causa de ellos se produce un he - cho perjudicial serán punibles, en tal caso, como delitos consumados, - pero nunca, en ausencia de resultado, como tentativas. Por ejemplo, - en el supuesto de un automovilista que a efecto de ganar tiempo en su re - corrido y con el deseo de llegar más pronto a su destino, tripula su auto - móvil a velocidades mayores de las permitidas, con ese fin concreto -

y no con el de causar un daño en el caso de que así sucediera cuando sin querer atropelle y lesione a alguna persona. Aquí si podríamos hablar de un delito culposo, pero en el supuesto de que no se produzca ningún resultado en ninguna forma se podría hablar que dicho individuo es responsable de una tentativa culposa.

Por otra parte esa intención de que hemos hablado ha de ser según Carrara, directa y perfecta y requiere una prueba específica. --- Afirma que en la consumación, el hecho en sí revela la intención del --- agente y salvo demostración contraria del acusado, la presunción jurídica nos lleva a consignar que quiso hacer lo que hizo, pues las presunciones jurídicas derivan del curso ordinario de las cosas y es mas frecuente que el hombre ejecute lo que se propuso ejecutar que lo contrario de aquello a que aspiraba. En la tentativa, señala, el hecho no existe; en su lugar se destaca el peligro. Pero el hecho se mide por un efecto -- real dimanado de los actos externos; el peligro deriva de la mera previsión de un efecto asequible o no mediante aquellos. Parece por lo tanto, claro, que la previsión de un hecho no es compañera indefectible de la probabilidad del hecho mismo. Una cosa es, dice, que un acto externo lleve en sí la virtualidad necesaria para producir un efecto dado y otra muy distinta que el autor de ese acto provoyese o quisiese realizar tal efecto. Del hecho se puede deducir una presunción de voluntad; de la posibilidad del hecho sólo puede derivarse una voluntad probable. Por lo -- que es necesario, deduce Carrara, que el elemento subjetivo de la tenta

tiva requiere una prueba específica y que la intención debe ofrecer caracteres particulares no exigidos en el delito ordinario. Por ello, afirma, - que la intención de la tentativa ha de ser directa. Así, si la intención -- no es directa, es imposible la tentativa; del mismo modo no habiendo - - perfección en la voluntad, no puede aquella surgir.

La opinión de Carrara es discutible cuando afirma que la intención directa y perfecta es característica en la tentativa en la sólo realización de un acto unívoco, o sea de un acto inequívocamente dirigido al delito. Todo acto así realizado será ya tentativa dado que en él existirá -- indefectiblemente el elemento subjetivo con los requisitos que el propio - Carrara le imprime. En esta forma el autor menosprecia la naturaleza - de la intención convirtiéndose en interpretación unilateral, toda vez que - realizado un acto unívoco, por este sólo hecho, se prueba ya la intención dirigida a un tipo penal, omitiendo la consideración de la conducta prece- dente del sujeto y su concreta actividad, así como la acción, su correlación con la mente del sujeto activo y con el ambiente en que se desenvue- lve.

El elemento objetivo material como veremos es el riesgo co- rrido, el peligro concreto en que se coloca al bien jurídicamente tutela- do. Así aunque persiste la intención de delinquir si el peligro no se ac- tualiza, no se produce tentativa.

Hechas estas disgresiones, inevitables por su importancia, - podemos concluir que aún cuando la fase interna del Iter Críminis no es - punible en virtud del principio imperante de que el pensamiento no delin-

que, su estudio y análisis resultan imprescindibles en razón de que como hemos apuntado, la intención, el propósito de cometer determinado delito constituye necesariamente el fundamento de toda tentativa, es decir -- que la mera resolución de cometer un delito sin acto externo que la acompañe; no constituirá delito alguno, menos aún tentativa.

Asimismo el tema que nos ocupa nos conduce también a la consideración de problemas tan complejos como el de las denominadas resoluciones manifestadas, algunas de las cuales se punen por disposición de la ley, como las que hemos examinado, y a pesar de que nosotros en lo particular, las encuadramos concretamente en la fase externa del proceso criminoso, su análisis y estudio no puede dejar de realizarse dentro de la esfera interna del delito, por estar vinculadas dichas resoluciones, íntimamente a ella.

En relación a las citadas resoluciones, creemos indispensable dejar perfectamente establecido, que el hecho de que en algunas legislaciones penales existan penas para algunas de ellas, no significa ello que se viole el principio Cogitationes poenam nemo patitur, sino que se trata del castigo de actos exteriores que ponen en peligro bienes jurídicamente tutelados por lo que son inculminables expresamente por la ley.

3. - LA FASE EXTERNA

Ya hemos dicho que el momento en que la resolución criminal latente en el sujeto aflora, cautelosa o violentamente en el mundo de los hechos, constituye el inicio de la fase externa del Iter Críminis, misma que se manifiesta en la realización de actos encaminados al logro del --

propósito criminal del sujeto.

Esta fase al igual que la interna o subjetiva que hemos estudiado, se integra también por varios momentos o etapas. Puig Peña (12), - considera que la fase externa del delito es susceptible de subdividirse en dos subfases: una de "preparación" del delito y la otra que denomina de "ejecución" del mismo, asimismo manifiesta que dentro de la primera-subfase mencionada quedarían encuadrados los actos preparatorios y las llamadas resoluciones manifestadas que sean punibles en virtud de que - la ley las considere típicamente antijurídicas.

Nosotros no somos partidarios de ese criterio de subdividir - en otras subfases la etapa externa del Iter Críminis, pues aún cuando - a primera vista esa subdivisión que hace el maestro Puig Peña, puede -- parecer didácticamente útil, en realidad lo único que se logra es hacer - más complejo el estudio de la fase externa del delito, pues entonces no - sólo habría que deslindar las etapas de preparación y ejecución del deli - to, ya de por sí difícil, sino también que habría de establecerse y deter - minarse la denominada subfase de preparación y distinguirla de los actos preparatorios y éstos a su vez, de las resoluciones manifestadas.

Por esta razón consideramos que basta hablar de preparación y ejecución como diversos momentos y etapas de la fase externa y tratar de establecer la distinción y deslinde de esas etapas.

Cuando la ejecución es subjetiva y objetivamente completa o -

(12) Federico Puig Peña. - "Derecho Penal", Tom. II, Pág. 207, 5a. - Edic.

perfecta, se llega al delito consumado con lo que finaliza el recorrido - del proceso criminoso. Cuando esa ejecución es subjetiva y objetiva--- mente incompleta o imperfecta, entonces estamos en presencia del deli to tentado, tentativa o conato.

Al estudio de esos diversos momentos de la fase externa y de sus problemas intrínsecos nos abocaremos en las siguientes páginas.

C A P I T U L O I I

LA T E N T A T I V A

1. - Concepto. - Naturaleza Jurídica y Elementos.
2. - Actos Preparatorios y Actos Ejecutivos. -
 Criterios de Distinción.
3. - El Delito Frustrado (Tentativa acabada e inacabada).
4. - El Delito Imposible
5. - El Desistimiento y el Arrepentimiento en la Tentativa

LA TENTATIVA

1. - CONCEPTO. NATURALEZA JURIDICA Y ELEMENTOS

En líneas anteriores se dejó establecido que cuando el camino que sigue el delito entra en la esfera de la ejecución puede suceder que ésta sea subjetiva y objetivamente perfecta y, en el supuesto el ilícito penal se consuma, o bien que la ejecución sea subjetiva y objetivamente imperfecta y por esa razón el delito no se consuma, en este último caso estaremos en presencia de la Tentativa.

Es pues la ejecución en sus diversos grados lo que nos da la pauta para inferir cuando hay tentativa o cuando no. De ahí que ya Romagnosi señalara que "mientras la ejecución no se haya cumplido del todo, el delito es todavía simple tentativa, pero cuando haya sido llevada a sus últimos extremos ya no es tentativa, sino consumación del delito" (1), de ahí que este mismo autor definiera la figura accesoria motivo de

(1) Giandomenico Romagnosi, - "Génesis del Derecho Penal". Pág. 255-Edic. 1956.

este estudio como "la ejecución incompleta de un delito".

A pesar de que nosotros en lo particular no somos afectos a -
cefirmos a los cartabones, muchas veces arbitrarios, de las definiciones
que tratan de dar un concepto general de las Instituciones jurídicas, sí -
creemos, en el caso, necesario transcribir algunas de las definiciones -
que los tratadistas han elaborado para explicar lo que es la Tentativa. -
Sin embargo precisaremos, como lo apunta Pavón Vasconcelos (2) que -
cualquier concepto que pretenda darse sobre la tentativa debe hacerse en
función del delito perfecto o consumado, pues faltando en ella la consuma
ción sólo es posible su existencia en razón de un determinado tipo legal -
al cual se le relaciona.

Así Francisco Carrara consideró a la tentativa como un delito
imperfecto, tratando de explicarlo como "cualquier acto externo que por
su naturaleza y en unidad conduce a un hecho criminoso y se dirige al --
mismo con expresa voluntad, no seguido del hecho mismo ni de la viola
ción de derecho igual y superior" (3)

Romagnosi, por su parte la define en la fórmula breve que an
tes indicamos, apuntado que la tentativa por su naturaleza supone la in--
tención de ejecutar un delito en que intervienen necesariamente varios -
actos físicos externos el último de los cuales es el punto donde comienza
el acto que hace completar la ejecución del delito, señalando además el
mismo autor, que sólo la comisión o la omisión de este último acto es -

(2) Francisco Pavón Vasconcelos. - La Tentativa. Pág. 27 Edic. 1964

(3) Teoría de la Tentativa Trad. Vicente Romero Girón. - Segunda.
Edic. pág. 133

la que establece la diferencia entre la tentativa y el delito consumado, -- por tanto considera que la tentativa y la ejecución imperfecta del delito no son cosas entre sí diversas en especie, o divididas en el tiempo, sino más bien la mismísima ejecución, que o aún no ha quedado completa en el actual delito o se dejó incompleta o imperfecta (4).

Entre nosotros, el maestro Fernando Castellanos Tena, entiende por tentativa "los actos ejecutivos (todos o algunos) encaminados a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas al querer del sujeto" (5). Y Francisco Javier Ramos Bejarano citado por el mismo Castellanos Tena, precisa que no debe hacerse referencia sólo a la "ejecución" porque se pudiera tomar el vocablo en sentido estricto y entonces no se comprendería las omisiones en las cuales también se da la tentativa, y define ésta como "la ejecución o inejecución (en su caso) de actos encaminados a la realización de un delito, si no se consuma por causas independientes al querer del agente".

En nuestra legislación penal en vigor, Código Penal de 1931, no se define la tentativa pero sí se señala cuando es punible la misma, -- lo que quiere decir que hay casos en que no lo es. La punibilidad de la Tentativa según el precepto indicado nace "cuando se ejecutan hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente". El Cód-

(4) Giandomenico Romagnosi. - Génesis del Derecho penal. - Pág. 257 - y s. s. Edic. 1956.

(5) Fernando Castellanos T. Lineamientos de Derecho Penal. - Quinta - Edic. Pág. 265.

go Penal de 1931 ha condicionado los actos de ejecución, elemento típico de la tentativa, como ya lo examinamos, a dos circunstancias; una de -- causalidad y otra en razón del 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; y la segunda circunstancia demanda una concordancia, una contemporaneidad entre los actos de ejecución y el hecho mismo, en tal forma que aquéllos sean precisamente inmediatos a éste.

Tanto de los conceptos doctrinales que someramente hemos -- apuntado, como de la misma descripción de la tentativa punible que hace nuestra ley, puede inferirse que para que la tentativa pueda darse es necesario que se realicen actos que contengan un principio de ejecución del delito proyectado por el agente.

NATURALEZA JURIDICA. - En relación a la naturaleza jurídica de esta figura, Carrara consideró que se trataba de un delito degradado en su fuerza física o, como él le llama, un delito imperfecto. Asimismo hay quienes la han considerado como una causa extensiva de la pena o bien - como un delito autónomo perfecto, y quienes le niegan ese carácter.

Nosotros nos inclinamos por pensar que se trata de un delito- autónomo que visto en relación con el delito consumado si presenta el ca rácter de imperfecto, pero que analizado en sí mismo reúne todos los--

elementos para ser considerado como delito perfecto.

Ahora bien, de acuerdo con el principio "nullum crimen sine lege" de indiscutible validez en nuestro Derecho, una acción sólo puede castigarse como delito, cuando la misma así está considerada previamente en la ley. Situación ésta que es inherente a todo régimen de Derecho.

La tentativa se incrimina precisamente cuando la conducta del hombre se adecua precisamente a la norma establecida en la ley, y aún cuando esta figura se subordine para su punición a tipos concretos específicos que tutelan bienes determinados, no podemos negar que reúne to dos los elementos para que se le considere como un delito autónomo, -- que como apunta Antolisei, surge de la combinación de dos normas: una incriminadora especial y la otra extensiva de carácter accesorio. (6).

"Consecuentemente como apunta Pavón Vasconcelos, la tentati va es un delito por sí en razón de su particular estructura y naturaleza diversa al delito consumado, pues tiene objetividad propia, actividad típi ca singular y sanción específica" (7).

ELEMENTOS DE LA TENTATIVA. - Antes de entrar al estudio de los actos ejecutivos y de la distinción entre éstos y los preparatorios, cre mos importante anotar que para determinar la existencia de la tentativa en el ámbito del comportamiento humano, es necesario primero determi nar cuáles son los elementos que constituyen a aquélla; ya desde Carrara

(6) Manuale di diritto penale (parte generale) Edi. 1947, Pág. 240

(7) Francisco Pavón Vasconcelos. - La Tentativa Pag. 30 Edic. 1964.

se señala que los elementos de la tentativa son dos, a saber: el elemento subjetivo y el elemento objetivo, llamados también elementos moral y físico, respectivamente. Se representan, el primero, por la intención de cometer un delito y el segundo, por el riesgo corrido, o el peligro de la consumación.

Sin embargo, aunque necesaria la distinción de estos dos elementos de los cuales participa la tentativa, no es posible considerar la tentativa como dos cosas distintas, como dos entidades separadas; sino que ambos elementos representan una unidad que consta de un doble aspecto. Es decir, sus dos elementos, que dada la consideración unitaria del delito, no son mas que aspectos de ella siendo en sí misma una unidad.

Así, no es posible determinarla con base en uno sólo de los elementos que la constituyen; los dos han de concurrir simultáneamente a formarla, toda vez que hallar tentativa en la mera intención de causar un delito, como de causar un daño, con abstracción absoluta de ese daño, sería lo mismo que castigar la simple intención tomando únicamente el elemento subjetivo, ignorando que lo que jurídicamente revelante no es lo que se ha querido causar sino lo que se ha ocasionado, el resultado dañoso o bien el peligro corrido en nuestra figura accesoria que ahora estudiamos. Por otra parte, buscar tentativa en el mero riesgo inherente a la posibilidad de un acto sin dirección intencionada hacia el daño, hacia la consumación, sería negar la dirección de la voluntad, nece-

saría para la existencia del injusto penal. No es pues, exclusivamente el fenómeno externo lo que interesa al derecho penal, sino éste y la intención. El delito es efectivamente cambio en el mundo jurídico, más no - esto únicamente sino además voluntad humana. Hablar de acción sin intención es olvidar la propia naturaleza de la tentativa, un elemento de la misma.

De lo expuesto, podemos enumerar estos elementos en la siguiente forma:

a). - Que exista por parte del sujeto la resolución de cometer un delito. Requisito que comprende el elemento subjetivo representado por la intención de cometer la infracción.

b). - Que exista un principio de ejecución del delito, elemento objetivo que implica que el culpable dé comienzo a la ejecución del ilícito a través de actos exteriores capaces de producir el resultado querido, y

c). - La no producción del resultado por causas ajenas a la voluntad del agente.

Estos tres requisitos deben concurrir en forma simultánea para la configuración plena de la tentativa.

Hecho este paréntesis necesario para la urdimbre lógica de nuestro estudio, nos abocaremos ahora a realizar la tarea de explicar los actos preparatorios y ejecutivos y el deslinde de los mismos.

Se dice acertadamente que los actos preparatorios, no contienen en sí mismos el comienzo de ejecución que requiere la conducta de-

tentativa y, por lo tanto, no es todavía el hecho prohibido en la norma, - de lo cual deriva su impunidad, sin embargo, existen actos de mera preparación que bien por el grave delito que encierran o por revelar de un modo claro la intención de delinquir, han sido elevados por la ley a delitos autónomos y, en estos casos, serán punibles como específicos delitos cuando así los juzga pertinente el legislador, lo que ratifica el criterio - de que la norma de tentativa no los abarca, o no debe al menos abarcarlos, pues de lo contrario, no hubiesen sido considerados como delitos -- propios en aquellos casos en que así fue determinado.

En nuestro derecho es evidente que el legislador no ha aceptado la punibilidad del acto preparatorio en la norma de tentativa.

¿Pero en qué momento del desarrollo de la conducta criminal se inicia ese comienzo de ejecución de que hemos hablado? ¿En qué momento termina el acto preparatorio? de la respuesta que se trate de dar a estas interrogantes surge la necesidad de establecer el deslinde entre los actos ya citados.

2. - ACTOS PREPARATORIOS Y ACTOS EJECUTIVOS. - CRITERIOS DE DISTINCION

Si la fase externa se inicia en el momento en que la intención criminal se proyecta al exterior, generalmente mediante actos materiales, no todo hacer material en que se transforma la intención criminal, - constituye un comienzo de ejecución del delito que se quiere perpetrar. - Muchas veces la decisión de delinquir no da paso de inmediato a un comportamiento ejecutivo de quienes la adoptaron, sino que a este se le ante

pone un hacer que tan sólo preparará el hecho propiamente reprobable. En este caso estamos en presencia de los llamados actos preparatorios - mismos que han sido definidos por el ilustre maestro Mariano Jiménez - Huerta, como "aquella parte del obrar humano que, si bien incide en la parte exterior del delito por no implicar un comportamiento corporal que trasciende de la simple resolución interna, tiende a la búsqueda y provisión de los medios e instrumentos, al acecho y vigilancia del sujeto pasivo para hallar la ocasión propicia a lograr la intervención de otras personas que auxilien a su ejecución, a asegurar la huida de los delincuentes y en general, a la realización de los preámbulos del delito" (8) definición que en nuestro concepto no sólo comprende el acto preparatorio sino también a todas las llamadas resoluciones manifestadas que antes estudiamos.

CRITERIOS DE DISTINCION. -Distinguir los mencionados Actos Preparatorios de aquellos otros actos que ya en sí contienen el comienzo de ejecución del delito, constituye en la práctica, uno de los más difíciles problemas del Derecho Penal. Para lograr ese objetivo diversas -- son las Teorías que se han esgrimido por los estudiosos de la materia, - de las cuales destacaremos las que nosotros consideramos de mayor importancia:

a). - Teoría Cronológica. - Esta teoría es la más antigua que se conoce, fué elaborada por los prácticos del medioevo y la parte esen

(8) "La Tipicidad" Mariano Jiménez Huerta. - Edic. 1955. - Pág. 135 y Sigs.

cial de su planteamiento descansa, como su mismo nombre lo indica, en un criterio de carácter cronológico de mayor o menor proximidad del acto al resultado para distinguir entre acto preparatorio y ejecutivo. Así se sostenía que debía distinguirse entre actos remotus, remotissimos -- propinquus et proximus, y de conformidad con esa distinción se afirmó - que los actos remotos al resultado eran los actos preparatorios y que los actos próximos eran los que realmente eran ejecutivos, es decir que esta teoría establecía como un criterio de distinción entre ambos actos, la necesaria relación existente entre los actos con el delito cuyo comisión se había propuesto el agente; así se afirmaba que los actos que tenían -- una relación directa e inmediata en el tiempo con el ilícito penal eran actos ejecutivos y los que carecían de esa relación directa e inmediata eran actos preparatorios.

Esta corriente cronológica fué objetada en el sentido de que el factor tiempo es común a todos los fenómenos y por ello no puede ser - considerado como un elemento identificador de la naturaleza del acto. (9)

Asimismo se impugnó la tesis de inoperante en muchos casos, pues existe una gran variedad de delitos que en su ejecución la actividad requiere la realización de una pluralidad de actos, por lo que en esos ca sos no sería posible tratar de identificar el acto ejecutivo con una singular manifestación de voluntad, por otra parte, en ocasiones el acto prepa ratorio esta lindando muy intimamente con la misma consumación a gra do tal que sería más que imposible hacer la determinación de cuales son los actos ejecutivos. Por todo lo anterior nosotros también considera -

(9) Citado Por F. Pavón Vasconcelos. - La Tentativa Pág. 44 Edic. 1964

mos que esta teoría no funciona a satisfacción para hacer la distinción entre los actos ya citados.

b). - Teoría de la Univocidad. - Esta segunda teoría fué elaborada por el maestro de Pisa Francisco Carrara, y con ella dicho autor, pretendió establecer la distinción entre actos preparatorios y ejecutivos en orden a la proyección intencional de los propios actos, es decir, Carrara, sostuvo que un acto revela por sí mismo la intención del sujeto, ahora bien, por esa característica los actos en relación a su proyección hacia el designio criminal pueden ser unívocos y equívocos; los actos unívocos según Carrara son los mismos actos ejecutivos en o en cuanto a que los mismos expresan forma inequívoca la intención del agente de consumir un delito, en tanto que cuando un acto puede conducir tanto a un fin inocente como a un delito, es decir, es equívoco en cuanto a su proyección intencional, entonces es y debe ser considerado como un acto preparatorio pues falta en él el comienzo de ejecución.

Así para Carrara el acto externo constitutivo del conato, tiene como primer carácter su UNIVOCIDAD, que lo distingue del mero acto preparatorio, por manifestar indudablemente su dirección hacia la consumación de un delito determinado; pueden pues, consecuentemente castigarse como tentativa por existir en ellos el peligro actual y ser de naturaleza ejecutiva.

El segundo carácter de dicho acto lo constituye su idoneidad o aptitud de conducir al fin perverso, de manera tal que "los actos inidó--

neos no pueden, pues imputarse como delito, al pretendido tentador. Si la inidoneidad existió en los primeros momentos de la acción, cesa toda la imputación de los actos como conato, porque ellos carecieron eternamente de peligro. Si existió en los sucesivos, queda la imputación de los antecedentes cuando éstos sean susceptibles de ello" (10).

La teoría que examinamos propuesta por Carrara, ha sido impugnada en razón de que la misma ha sido también considerada como insuficiente para el efecto de que con ella se pueda establecer un criterio de distinción entre los actos preparatorios y ejecutivos, aún cuando como opina el penalista mexicano Francisco Pavón Vasconcelos, "es indudablemente útil en la determinación de los actos punibles de tentativa" -- (11).

Por otra parte, Carrara hace derivar la impunidad de los actos preparatorios de la circunstancia de que los mismos no revelan de una manera clara su dirección hacia el delito, son equívocos pues, en razón de que dichos actos en sí no reflejan la intención de ejecutar, o sea, su misma equivocidad los hace no punibles toda vez que no contienen en sí mismos principios de ejecución de delito querido.

Por el contrario el acto punible como tentativa ha de consistir en un acto externo de ejecución, conteniendo en sí mismo la posibilidad de alcanzar el fin criminal propuesto. El acto ejecutivo es unívoco en tanto que muestra la existencia real del peligro corrido. Cuando los ac-

(10) Francisco Carrara. - Programa. - Parágrafos 358-360

(11) Francisco Pavón Vasconcelos. - La Tentativa. - Pág. 47. - Edic. - 1964.

tos antijurídicos están encaminados en forma indudable a la comisión del injusto, adquieren univocidad y, con ello, el carácter de actos ejecutivos.

La principal crítica que se ha hecho a esta tesis expuesta por Carrara, es en el sentido de que muestra y presenta de tal manera abstracta y general todo el proceso ejecutivo del delito, que no considera la dificultad de encerrar en una sola fórmula el carácter ejecutivo de la acción, pues de ninguna manera se puede afirmar que todo acto unívocamente dirigido al delito es acto ejecutivo.

A mayor abundamiento, el criterio de distinción que propuso Carrara en la presente tesis, es unilateral, se refiere exclusivamente al elemento subjetivo de la acción, a la intención del agente encaminada a la comisión del delito, criterio a todas luces insuficiente pues de aceptarse esta tesis se agravarían los problemas ya que entonces se tendría que probar plenamente la intención del sujeto activo dirigida al delito, y una vez probada esa intención, se tendría que llegar a una conclusión ineluctable; que el acto que acompaña a esa intención sería siempre ejecutivo.

También en ocasiones el acto preparatorio se dirige en forma directa a la comisión del ilícito penal, es decir también revela igualmente la intención de delinquir, sin que por ello participe del carácter ejecutivo. Por ejemplo, una persona con intenciones de matar a otra compra una arma de fuego; si el agente confesara su intención de consumar el delito, el acto de comprar el arma será siempre preparatorio, pues con -

ello aún no se ha dado comienzo a la ejecución.

En suma, en la doctrina de la Univocidad pretende Carrara, - encontrar la distinción entre actos preparatorios y actos ejecutivos, más que por la esencia de una u otra acción, por la particular estructura del propio acto "dirigido inequívocamente hacia el delito", independientemente de toda relación con los demás actos que concurren a dar vida al proceso ejecutivo, confundiendo la naturaleza del acto con la prueba de la intención criminal del agente, cosas completamente distintas; llevando el problema a un plano subjetivo: la intención probada por el acto. En todo caso nos lleva a la tendencia positiva de castigar la peligrosidad que el acto revela, en cuanto comprende una intención malvada.

En síntesis podemos concluir que la teoría que propone el --- maestro de Pisa, resulta también insuficiente para distinguir entre los actos preparatorios y ejecutivos, aún cuando como apuntamos resulta -- eficaz para la determinación de los actos punibles de tentativa.

c). - Teoría del Ataque a la Esfera Jurídica de la Víctima. - - Tal vez con el fin de complementar su doctrina de la Univocidad, o quizá con el afán de corregir las fallas de dicha tesis, el mismo Francisco Carrara, en su Programa, formuló con posterioridad una nueva Tesis que llamó la del Ataque a la Esfera Jurídica de la Víctima y en la cual varía substancialmente el criterio expuesto en la anterior.

Así, en esta nueva lucubración del autor al referirse a los sujetos del delito distingue entre Sujeto Activo Primario, Sujeto Activo Secundario, Sujeto Pasivo del atentado y Sujeto Pasivo de la Consumación.

Afirma que el Sujeto Activo Primario es el que delinque, es decir, aquel que realiza la acción delictuosa, mientras que el Sujeto Activo Secundario, lo hace consistir en los instrumentos utilizados por el delincuente para llegar al fin perseguido; en tanto que el Sujeto Pasivo del Atentado, es la persona o las cosas sobre las cuales, por la naturaleza del acto o hecho, el culpable debe ejecutar ciertos actos como medio para llegar después a lo que tiene el propósito de consumar; por último Carrara dice, que el Sujeto Pasivo de la Consumación lo constituye la persona o la cosa sobre la cual se ejecuta el delito. (12).

Una vez elaborada esta distinción, sostiene el maestro de la Universidad de Pisa, que serán actos consumativos todos aquellos que recaigan sobre el sujeto pasivo de la consumación, es decir, sobre la persona o cosa sobre la cual se ejecuta el delito; en cambio serán actos ejecutivos, los que se producen sobre el sujeto pasivo del atentado, o sea en las personas o las cosas sobre las cuales por la naturaleza del hecho, el agente debe ejecutar ciertos actos como medio para llegar después a la consumación de lo que se propuso; y serán actos preparatorios, aquellos que se agotan en el propio sujeto activo (primario o secundario) del delito que se prepara.

Esta nueva lucubración de Carrara también ha sido objetada en el sentido de que adolece del mismo defecto que la tesis de la Univocidad, en razón de que también tiene un carácter abstracto. Aunque si --

(12) Citado por Ramón Palacios. - La Tentativa. - Pág. 88 y siguientes.

bien es cierto, que, de acuerdo con la nueva concepción de Carrara, los actos de ejecución tienen la característica que lesionan o empiezan a lesionar al sujeto pasivo del atentado, al producirse estos actos sobre dicho sujeto pueden ciertamente, comprender un comienzo de ejecución. Pero estos actos son ya de por sí típicos. En efecto, la mayoría de las legislaciones penales han elevado a específicos delitos esos actos que se producen sobre el sujeto pasivo del atentado: si una persona, por ejemplo, pretende robar en una casa habitación y rompe la puerta que da acceso a ella, ya hay un delito de daño, aunque efectivamente, en el supuesto de que no se consume el robo, puede contener dicho acto un comienzo de ejecución. El hecho en sí es típico y por esta razón será punible. -

Ipallomeni, atacó la tesis en estudio exponiendo un ejemplo donde claramente, el mecanismo propuesto por Carrara para la distinción de los actos que nos ocupan no funcionaba: el caso de una persona que ha decidido dar muerte a otra y que para lograr su propósito envía a su elegida víctima, por correo, dulces envenenados. Este ejemplo, efectivamente hace fracasar esta Teoría en razón de que, según el caso, la presunta víctima se encuentra alejada del sujeto activo y al faltar el sujeto pasivo individualizado, será desde el punto de vista de Carrara, un mero acto preparatorio, cuando en realidad se trata propiamente de un acto de ejecución. (13). Asimismo esta Teoría ha sido impugnada por la dificultad que se presenta de precisar el concepto mismo de lo que debe entenderse por "esfera del sujeto pasivo", así como por las consecuencias -

(13) Ramón Palacios. - La Tentativa. - Pág. 94. - Edic. 1951.

inadmisibles de indebidas absoluciones cuando los actos no recaen sobre ella, además se ha destacado que también sería inaplicable tratándose de aquellos delitos que carecen de objeto material. Por lo que concluimos - que también esta teoría resulta insuficiente para distinguir claramente - los actos preparatorios de los ejecutivos.

d). - Teoría de Ernesto Beling. - Este tratadista Alemán veía - en la tentativa una "forma accesoria" por oposición a la consumación. - Dicha forma accesoria, según el autor, se vincula con las figuras delictivas autónomas y se representa por un comienzo de ejecución. La consumación del ilícito penal exige la satisfacción de todos los elementos objetivos del Tipo (antijurídica y culpablemente); por oposición sostiene, la - tentativa requiere sólo un comienzo de ejecución (antijurídico y culpable) del delito proyectado.

El acto preparatorio no se adecua en forma alguna al tipo y -- por ello no es punible, pues cuando estos actos se han requerido casti - gar, se han creado figuras delictivas autónomas.

De un modo estricto formal, traza Beling los límites entre actos correspondientes al ámbito de preparación y los actos ejecutivos, hablando del "nucleo del tipo"; dice Beling que dicho nucleo sólo encierra - en sí actos de ejecución. Para este autor el acto ejecutivo requiere - - siempre que la actividad del agente penetre en el nucleo del tipo, que el sujeto con su conducta desarrolle la actividad expresada en el verbo principal de la definición de la figura delictiva de que se trate. Todo acto - que no implique penetración al nucleo del tipo no es acto de ejecución, si

no mero acto preparatorio.

De conformidad con el planteamiento hecho por Beling, cuando se habla de homicidio, se requiere que un sujeto en forma antijurídica y culpable prive de la vida a otro hombre. En cambio para la configuración de la tentativa se requiere tan sólo el hecho antijurídico y culpable de que el sujeto "comience a matar" a otro hombre, de tal manera que - todo lo que no sea comenzar, aún cuando el arma se compre y se planee - consumar el homicidio, no será ejecución sino simplemente se estará de sarrollando una actividad de preparación. En síntesis, para Beling, el comienzo de ejecución establece la línea divisoria entre la preparación y la ejecución, sosteniendo que los primeros es decir los actos de preparación no son en ninguna forma adecuados al tipo. El comienzo de ejecución constituye en suma, la referencia objetiva que permite la configuración de la tentativa.

Esta tesis también fué motivo de muchas objeciones y fundamentealmente se destacó su inaplicabilidad haciendo hincapie en la existencia del comienzo típico de ejecución en el caso de quien unicamente prepara una fuerte dosis de veneno que es ingerida posteriormente, de propia mano, por la misma víctima, ejemplo en el cual se adujo, el acto realizado por el agente no constituye en forma alguna un comienzo de ejecusión al no penetrar la acción dentro del núcleo del tipo.

De las críticas hechas a su Teoría, se sirvió Beling, para reestructurar sus puntos de vista en relación al tema, elucubrando su tesis denominada de los Complementos de la Acción, en la cual trata de so

40

lucionar todos aquellos casos en que la acción pese a ser reveladora de la intención criminal del sujeto, por si no puede constituir un comienzo de ejecución al no iniciarse con ella la actividad descrita por el núcleo del tipo. En ocasiones afirma Beling el sujeto realiza acciones por si ineficaces para producir el resultado deseado, no obstante lo cual al ejecutarlas, su autor cuenta de antemano con la concurrencia en ellas de un complemento consistente en un acaecer natural, como el simple transcurso del tiempo, una fuerza o un fenómeno físico o bien en un acto de la víctima o de un tercero, ya actúe éste en forma inocente o en concierto; en tales casos el "complemento" es inseparable del acto, no pudiendo ser éste considerado en forma aislada. (14)

Con la elaboración doctrinal de Ernesto Beling se inicia una tendencia de carácter objetiva para hacer la distinción entre actos de preparación y actos de ejecución, entre los pensadores que destacaron en esa corriente figura con grandes relieves Mezger, quien siguiendo los trazos de la doctrina de Beling. señala que las características de una acción de tentativa sólo puede lograrse desde un punto de vista objetivo, ya que no es sino el Ordenamiento jurídico a quien corresponde determinar el instante en que se configura y origina el ilícito penal.

Las características objetivas de la figura accesoria que estudiamos las deduce Mezger desde un punto de vista formal, siguiendo a Beling, y a la vez, materialmente, del bien jurídico protegido por la ley,

(14) Ernesto Von Beling. - Esquema de Derecho Penal. - La Doctrina Del Tipo. - Pág. 102 y s. s. Edic. 1944.

en la postura de Frank, a quien cita. Puntos de vista material dice Mezger, aparecen en Frank, quien, aunque ve en la acción de tentativa una acción típica, coloca en primer plano el bien jurídico y el ataque a él dirigido.

Continúa diciendo Mezger que lo que debe determinarse en primer término con arreglo especial al tipo de delito, es lo que significa y a de entenderse por "principio de ejecución", por tanto de tentativa punible, cuando ella sea punible en el caso concreto.

Afirmando que el punto de partida, en consecuencia, lo constituye fundamentalmente, la concepción objetiva formal. En lo restante, sostiene, hay que tener en cuenta que la interpretación de las características típicas formales demanda también, en los casos dudosos, puntos de vista de índole material que aparecen reunidos, en último extremo, en el bien jurídico protegido. Sólo con arreglo a ese bien jurídico que tutela la ley obtienen las diversas características del delito, su propio objetivo. (15)

Dentro de esta corriente se ubica también Manzini y Massari⁽¹⁶⁾ quienes adoptan la posición objetiva formal que nace en Beling, al afirmar que la actividad ejecutiva ha de establecerse para cada tipo de delito en relación al contenido general y especial de cada incriminación.

Nosotros por nuestra parte podemos concluir en que el acto preparatorio se connota como aquél que, aunque se refiere a un delito de

(15) Mezger. - Trad. de Derecho Penal. - Tomo II Pág. 281

(16) Citados por Ramón Palacios. - La Tentativa. - Pág. 100. - Edic. - 1951

terminado en la intención del agente, tiende a preparar su ejecución, más no representa el comienzo de ejecución que requiere toda acción de tentativa. Pretender incriminar estos actos es ignorar la máxima legalista y la negación de la analogía que nuestra Constitución contiene en su artículo 14 a título de garantía individual.

Ahora bien, si para la distinción entre actos de preparación y actos ejecutivos, rechazamos la Teoría de la Univocidad de Carrara, ya que como se examinó ella nos lleva a probar el propósito criminal y conbase únicamente en el elemento subjetivo, una vez probada su dirección al delito, se incriminaría como tentativa actos que son solo preparación de un delito. No obstante las críticas a Carrara en su Univocidad, su doctrina ha sido seguida por autores estudiosos de la materia que han adoptado el criterio de la Escuela Positiva de punir el acto por revelar la voluntad criminal del agente y su peligrosidad; es decir el problema es considerado desde un ángulo subjetivo.

Asimismo la consideración de Carrara expuesta en la tesis del Ataque a la Esfera Jurídica de la Víctima, adolece del mismo defecto de la tesis de la Univocidad por pretender señalar en abstracto, de una manera general, una fórmula de distinción con independencia del tipo singular en un caso concreto. El fracaso de esta tesis lo señaló Ippalomeni en su ejemplo ya indicado, que la hace inaplicable al faltar el sujeto pasivo individualizado.

Consideramos que para resolver el problema de distinción entre actos preparatorios y ejecutivos que se plantea, debemos aceptar --

las bases señaladas por Beling y continuadas por Manzini, Massari y - - Mezger, en cuanto a la consideración objetiva formal en cada caso concreto, y materialmente, cuando no sea posible la determinación de la actividad ejecutiva bajo tal base, con arreglo al fin de la norma, al bien jurídico protegido y al ataque contra él dirigido. En todo caso, el fin de la norma, la consideración finalista en la interpretación de la ley, sirven de acertamiento de la actividad propia de la ejecución. Para ello, es indispensable la noción del peligro corrido, lo cual supone una acción idónea, pues de lo contrario, no es concebible la puesta en peligro del bien o interés jurídico tutelado. Esta idea del peligro apreciada subjetivamente sobre quien juzga, pero apreciada objetivamente en cuanto se basa en una realidad. Precisado en esta forma el problema del deslinde entre actos preparatorios y actos de ejecución, tocaremos ahora una cuestión que ha sido muy debatida por los tratadistas: la punibilidad de los actos preparatorios.

En relación a esta cuestión encontramos dos corrientes, una que sostiene la impunidad de los actos preparatorios y la otra que piensa que los mismos deben ser punibles, como enseguida lo examinaremos:

I. - Doctrina de la impunidad. - Este criterio es sostenido por la Escuela Clásica, quien fundamenta su postura en los siguientes puntos:

a) Los actos preparatorios no constituyen de ninguna manera violación alguna a la norma penal, pues el que compra una arma de fuego para matar a otro no viola por ese sólo hecho el dispositivo legal que

ordena respetar la vida ajena, unicamente lo estará violando cuando intente disparar el arma en contra del sujeto pasivo.

b) Los actos preparatorios son de naturaleza indeterminada; o sea son equívocos, por no revelar por sí mismos de un modo claro, la intención del sujeto de cometer un delito,

c) El castigo de los actos preparatorios puede ser de graves -- consecuencias para la seguridad jurídica que debe prevalecer en toda sociedad organizada, ya que daría lugar a muchas arbitrariedades de la autoridad judicial.

d) Además los actos de preparación no deben ser castigados -- por causas de utilidad, ya que de esa manera se fomenta el desistimiento.

II. - Doctrina de la punibilidad. - En contra posición a la Escuela clásica, encontramos la doctrina positivista, la que en orden a la punibilidad se pronuncia porque a los actos preparatorios se les imponga una pena, en virtud de que la sóla realización de esos actos que tienden al logro de un fin criminoso, revela la existencia de una peligrosidad criminal en el agente, por lo que no se debe dudar en la punición de los actos-preparatorios.

Nosotros por nuestra parte, nos inclinamos por la impunidad - de los actos preparatorios, ya que creemos que los argumentos de la escuela clásica son aceptables. Sin embargo, también pensamos que debería establecerse alguna fórmula legal que permitiera al juzgador imponer una pena a los propios actos preparatorios cuando éstos impliquen - ya un peligro del bien jurídico atacado, estén inequívocamente dirigidos-

a la consumación de un delito, o bien sean realizados por delincentes habituales. Ante la carencia de esa fórmula legal en las legislaciones penales, si vemos con buenos ojos la elevación de ciertos actos preparatorios a la categoría de delitos autónomos, en razón de la importancia de algunos bienes que tutela la ley.

3. - EL DELITO FRUSTRADO. (Tentativa acabada e inacabada).

Dentro de la faz ejecutiva del delito, sucede en ocasiones que la actividad consumativa del agente se interrumpe por hechos ajenos a su voluntad, antes de haber obtenido el resultado; es entonces cuando nos encontramos de lleno en el campo de la tentativa. Ahora bien, esa interrupción puede producirse antes de que el delincuente haya realizado todos los actos necesarios dirigidos a la consumación (tentativa propiamente dicha o inacabada), o por el contrario, pese a haberse realizado todos los actos conducentes a la consumación, no haberse verificado el evento por circunstancias imprevistas (tentativa acabada o delito frustrado).

A Romagnosi, corresponde el mérito de haber concebido la distinción entre delito tentado y delito frustrado. Si bien en ninguno de los casos el delito se ha consumado, en el primero faltaron aún realizar actos indispensables a tal fin, mientras que en el segundo el sujeto ha hecho todo lo que de él dependía tendiente al logro del fin criminoso que se había propuesto alcanzar, se puede decir por tanto, que el delito que llamamos frustrado se ha consumado subjetivamente, esto es, lo ha sido -- con relación al hombre que lo realiza, pero no lo ha sido objetivamente, es decir con relación al objeto contra el cual se hallaba dirigido y con la

persona que por el mismo hubiera sido dañada. (17).

Puede decirse que en la tentativa y en la frustración hay ejecución objetivamente imperfecta, pues la consumación no ha tenido lugar o el resultado no se ha producido, respectivamente. Pero en el delito -- frustrado hay ejecución subjetivamente perfecta, pues desde el punto de vista del delincuente ya nada más le queda por hacer, pues como afirma Rossi "el acto en lo que depende del sujeto, se ha consumado, no es posible el desistimiento, ni tampoco hay la posibilidad de arrepentimiento antes del acto" (18) la no producción del efecto ha sido ajena a su ánimo y producto de una circunstancia fortuita no prevista por él.

Requisitos del delito frustrado:

a). - Haber realizado todos los actos necesarios para la obtención del fin malvado.

En relación a este requisito consideramos necesario explicar que el agente debe agotar por su parte la actividad consumativa, de tal manera que el arrepentimiento ya no podrá borrar el delito y sólo podrá ser tomado en cuenta para la atenuación de la pena.

Maggiore, considera este requisito como no específico, afirmando que "si se hubieran realizado todos esos actos, se habría tenido que producir el resultado; si no se produce es porque el agente no ha hecho todo lo que podía" (19)

(17) Giandomenico Romagnosi. - Génesis del Derecho Penal. - Pág. 265 y s. s. - Edic. 1956.

(18) Rossi. Tratado. - Tomo II Pág. 159

(19) Giuseppe Maggiore. - Derecho Penal. - Tomo II Pag. 76 Edic. - 1954.

La crítica de Maggiore no es propiamente acertada, pues la -- doctrina del Delito Frustrado es admitida por la mayoría de los autores- y aún por las legislaciones penales por razones de política criminal. Es- tando estrechamente vinculado y casi confundido con la simple tentativa, no puede negarse que su elemento propio y distintivo con ésta está repre- sentado por la circunstancia, para el delincuente, de no faltar ningún he- cho más para la consumación; si el caso fortuito o imprevisto no hubiera hecho su aparición el evento se habría inexorablemente consumado sin ne- cesidad de ningún acto nuevo. Vrg. Si el envenenador hizo ingerir a la víctima la cantidad necesaria de arsénico para causar la muerte, el he- cho de que ésta a los primeros síntomas de envenenamiento tomara un vo- mitivo que le salva la vida, hace que el delito se califique como frustrado y no como tentado. A no ser por el hecho fortuito e imprevisto, para el agente, (vomitivo tomado por la víctima) el acto criminal se habría con- sumado, sin necesidad de que el autor tuviera que haber desplegado nin- guna nueva actividad.

b). - Los actos deben ser idóneos para obtener el fin que se -- propuso el sujeto criminal.

Este requisito es importante toda vez que como afirma Carra- ra, si el sujeto criminal en un alarde de fantasía imagina producir el -- efecto querido valiéndose de actos a los cuales la naturaleza les ha nega do el poder de producirlo, estará solo realizando una acción desprovista de todo peligro, y que, en consecuencia, no puede ser causa de fundado-

temor en los ciudadanos. (20)

La idoneidad o aptitud de los actos debe ser apreciada en relación con cada caso particular que se presente y apreciando su potencialidad para poder obtener el fin perseguido por el agente. Para ello, es menester que el medio elegido y el resultado pretendido estén entre sí - en relación de causa a efecto, conforme al curso ordinario y normal de las cosas.

Si en la mente del agente criminal el medio empleado era a su entender capaz de producir el evento dañoso, pero en la realidad se demostró ineficaz, el mismo no puede ser punido como delito frustrado. -- Vrg. Si un sujeto armado con una escopeta disparó contra su presunta víctima desde una distancia en que le era imposible hacer llegar los balines, el delito sería imposible como más adelante veremos, en virtud de la inidoneidad del medio empleado y en ninguna forma dicho comportamiento podría ser considerado como delito frustrado.

La aptitud para lograr el resultado dañoso, debe ser como se dijo, apreciada conforme al curso normal de los hechos; por ello no podrá tenerse como frustrado el delito, cuando normalmente el medio empleado en ninguna forma, salvo hecho fortuito, era apto para la verificación del resultado. Por ejemplo. No podrá hablarse de delito frustrado en el homicidio si un sujeto que se dedica al boxeo, cree posible dar muerte de un puñetazo a otra persona y a tal fin se lo propina; la no pro-

(20) Francisco Carrara. - Programa Secc. I. - Del Delito Pág. 24 Cap. - IX. - Edic. 1956

ducción del resultado deseado no puede atribuirse a hecho fortuito, pues en el curso racional de los hechos, el medio empleado era incapaz de producir tal resultado.

c). - No haberse verificado el resultado por causas ajenas a la voluntad y al modo de obrar del sujeto criminal.

Este último requisito de la frustración es tal vez el más importante toda vez que es esencial la no obtención del fin perseguido, pues si así no ocurriera el delito se habría consumado. Sin embargo hay que destacar el hecho de que la acción criminal debe haberse malogrado -- por algún hecho fortuito e imprevisible para el autor. Vrg. La bomba arrojada por el delincuente en medio de la multitud, que no hizo explosión por haber apagado la mecha o descargado el detonante, una de las presuntas víctimas.

En el caso anterior, el hecho fortuito impidió la consumación del delito. También ese impedimento puede provenir de un obstáculo o circunstancia imprevista como por ejemplo si las balas disparadas por el agente hicieron blanco sobre la persona atacada, la que sin embargo salió ilesa por estar protegida por un chaleco de malla.

Siguiendo a Carrara el requisito exige que la causa impeditiva del evento sea independiente del modo de obrar del culpable. Si este -- con inicial intención homicida efectuó un disparo con arma de fuego que no hirió a la víctima presunta, en razón de haber apuntado en forma deficiente "el culpable no hizo todo cuanto era necesario para alcanzar el -- fin" disparó el arma a la diablo, por lo cual la ejecución subjetiva fué de

ficiente en uno de sus momentos físicos, y si el reo no hizo blanco, ello fue consecuencia de tal omisión; habrá una tentativa punible llevada hasta el acto próximo, pero no un delito frustrado, porque el agente no hizo todo lo necesario para lograr su fin y el no haberlo hecho todo se originó en una imprudencia o indeterminación de su voluntad, a pesar de que con toda libertad hubiera podido apuntar el arma si hubiese querido. (21)

Si el modo de obrar del agente es el que impidió el resultado conforme al ejemplo referido, no habría delito frustrado sino simple tentativa. Por lo que estamos en un buen terreno cuando afirmamos que la causa que obstaculiza la consumación debe ser ajena al designio y al hecho mismo del autor.

Sebastian Soler, parece prestar su conformidad a esta condición cuando dice que no hay frustración, cuando por defecto del disparo y pese a restarle balas sin usar, el atacado no ha resultado herido, contando esto al autor. (22)

En relación a la distinción analizada de delito tentado y delito frustrado, cabe apuntar que los autores alemanes no aceptan la distinción entre tentativa y lo que se denomina delito frustrado, sino que hablan de tentativa inacabada y acabada sin más finalidad que la de adoptar la pena a la acción, según que el comienzo de ejecución quede en el inicio o se hayan proseguido los actos ejecutivos hasta su agotamiento.

Beling distingue de este modo la una de la otra:

(21) Francisco Carrara. - Programa. - Secc. I. - Del Delito Pág. 283 -- Edic. 1956.

(22) Derecho Penal Argentino. - Tomo II Pag. 226. Buenos Aires. 1951

a). - Tentativa inacabada. - Es aquella en que el autor no ha -- cumplido totalmente la acción ejecutiva del delito, es decir, que su movimiento corporal no ha sido cumplido en extensión suficiente como para que ella se adecúe a un tipo legal o al cumplimiento de los actos finales-necesarios para la producción de la causalidad tendiente al evento típico, según se considere un delito de pura actividad o material.

b). - Tentativa acabada. - Esta surge cuando el autor ha con -- cluído los actos corporales del caso para producir el resultado, de modo que para la realización ya sólo importan acontecimientos que están más-- allá de la acción.

En esta segunda hipótesis el agente efectúa los mismos actos - que hubieran sido necesarios para la comisión del delito consumado, no- obstante lo cual sólo es punible por la tentativa. Por ello Romagnosi al- hablar de delito frustrado afirma que éste está consumado subjetivamen- te, es decir, en relación con el hombre que ejecuta la acción. Es el ca- so de quien con el propósito de causar a otro la muerte, apunta contra - él su arma y hace fuego pero yerra el disparo; en este mismo ejemplo ha bría tentativa inacabada si en el momento de apuntar el arma alguien se- la arrebatara al autor, para que podamos hablar de tentativa es necesario que el proceso ejecutivo del delito se haya interrumpido por causas ajenas a la voluntad del autor, pues si en el supuesto dado el agente bajara el arma de propia voluntad, estaríamos ante un desistimiento voluntario contem- plado en forma distinta por la ley.

En síntesis, después de lo que aquí hemos expuesto, noso -- tros consideramos que ya sea que se admita la distinción entre tentativa o

frustración o se le connote bajo la denominación de tentativa inacabada o acabada, o bien, se les abarque bajo la denominación única y genérica - de tentativa, lo que en ambas figuras es característico es la ausencia -- del resultado querido. En la tentativa en sentido estricto, la ejecución- es incompleta objetivamente; en el delito frustrado la actividad, a no ser por un caso fortuito e imprevisto externo, podría normalmente consumar el delito. Por ello el acto en la frustración tendrá que ser objetivamente determinado, pues la sola creencia del agente de haber realizado todo lo que podría ocasionar la consumación del delito no da lugar al delito -- frustrado en tanto que objetivamente no se capte el agotamiento de la actividad. Ello en contra de lo que sostiene Mezger, que siguiendo la corriente subjetivista asentó que "sólo en el sentido subjetivo del autor mismo puede ser contestada la pregunta respecto a si el agente ha hecho todo lo que por su parte es necesario para la consumación del delito" añadiendo que "la misma conducta externa es tentativa acabada o inacabada, según que el sujeto considere su actividad de ejecución ya concluida o entienda que exige aún continuarse" (23)

Esta postura subjetivista la rechazamos en razón de que si -- aceptamos la determinación de tentativa o frustración según el cálculo del agente como se pretende sucederá al igual que al contemplar con bases- subjetivas el comienzo de ejecución, juzgar el acto por la idea criminal y la frustración castigaría al comienzo de ejecución si el agente cree que ha cumplido todo lo necesario para consumar el delito.

(23) Mezger.- Tratado de Derecho Penal. Tomo II Pág. 225

Si la creencia del sujeto activo que considere haber realizado todos los actos ejecutivos necesarios para llegar al hecho fuese lo determinante excluyendo toda captación objetiva de la acción, cuando en realidad, no obstante la creencia del culpable, al hecho le falte algo exteriormente no desaparecería, como realmente sucede, la idea de la frustración; y no habrá razón para imponer una pena mayor con base en la frustración, cuando el acto externo lleve en sí mismo la imposibilidad de consumar disminuyendo, por tanto, el peligro a pesar de la creencia del culpable de haber realizado todo lo que le era necesario para alcanzar su propósito criminal.

La distinción doctrinal entre tentativa y frustración se justifica en tanto que no tenga más finalidad que considerar al delito frustrado como un grado más dentro de la figura accesoria para los efectos de la sanción; a mayor ejecución mayor pena. Pero ambas acciones, tentativas acabada o inacabada o ejecución completa o incompleta serán genéricamente tentativa cuyo coeficiente común es la no obtención del resultado típico.

Pero, dada la dificultad práctica de determinar objetivamente el agotamiento de la actividad, es infinitamente mejor atenerse a la mera tentativa y dejar, en orden a su sanción, bastante margen para que se aplique por el juzgador la pena más baja si el comienzo de ejecución quedó en el inicio, o bien, la pena más alta si se prosiguieron los actos ejecutivos hasta su agotamiento según cada caso en concreto.

En resumen, tanto la tentativa como el delito frustrado son -- dos grados ejecutivos de acciones punibles cuya nota similar es la ausencia de resultado entendido como el descrito. Mas en la frustración se ha pasado del comienzo de la violación a la última actividad que debería consumir el delito, siendo por lo tanto, un grado más en la figura accesoría. Por ello deberá corresponderle mayor sanción que a la tentativa simple.

Será un acierto de una legislación que, evitando las dificultades prácticas inherentes a la distinción conceptual entre tentativa y delito frustrado, adopte en una fórmula unitaria las dos modalidades dejando a quien juzga sobre el hecho, la individualización de la pena según la mayor o menor ejecución del delito.

Al respecto la legislación penal mexicana actualmente sustenta la concepción bipartita (tentativa-delito consumado) al comprender -- dentro de un sólo concepto (tentativa), lo antiguamente conocido como -- instituciones diversas de un mismo proceso ejecutivo. Sin embargo cabe apuntar que el Código Penal de 1871, si recogió la concepción (tentativa-delito frustrado-delito consumado), recordando al efecto que el artículo 26 de dicho Ordenamiento acepta como frustrado el delito 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 a las que se expresan en el artículo que precede". A su vez el artículo 25 del citado cuerpo de leyes requería la no realización de la infracción penal por "tratarse de un delito irrealizable porque es imposible, o por-

que son evidentemente inadecuados los medios que se emplean". Esa - concepción tripartita fué abandonada definitivamente por el Código Penal de 1929, situación que se siguió posteriormente en el Código Penal en - vigor, que en su artículo 12 consagra la fórmula de la tentativa punible, sin hacer referencia a los grados de ejecución como lo hacía el Código - de Martínez de Castro.

4. - EL DELITO IMPOSIBLE

Ocurre en ocasiones que cuando el designio criminal del agente ha tomado forma ejecutiva y entrado a la faz de consumación del ilfcito, no obstante que el sujeto ha realizado desde el punto de vista subjetivo todos los actos que creía suficientes para el logro del fin propuesto, - el resultado no se produce por imposibilidad material, por inidoneidad-- de los medios empleados o por inexistencia del objeto del delito. Surge-- entonces la existencia del que se ha denominado Delito Imposible, el cual se distingue del delito frustrado que antes hemos estudiado, porque en éste los actos encaminados a la infracción penal, participan del requisito - de idoneidad en cuanto tienen aptitud para producir el resultado querido, no produciéndose éste por causas ajenas a la voluntad del agente, en --- cambio el llamado delito imposible desde el comienzo de la acción el resultado está imposibilitado de alcanzarse por imposibilidad material, -- por inidoneidad de los medios empleados por el agente o por inexistencia del objeto del delito, es decir, mientras que en el delito frustrado la producción del resultado es factible, en el delito imposible como su nombre lo indica existe la imposibilidad material de que el resultado se produzca

En consecuencia el delito imposible no es posible en virtud de que el mismo no implica la ejecución de hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito, ya que éste jamás se verificaría en razón de la propia imposibilidad material que acompaña a la acción que ha iniciado el agente.

Al respecto Pavón Vasconcelos manifiesta que "tradicionalmente se ha considerado como camino adecuado para distinguir la tentativa punible de la impune, la idoneidad o inidoneidad, en su caso, tanto del medio empleado como del objeto sobre el cual se dirige la acción"(24)

Es decir que todo acto de tentativa punible no puede prescindir de su naturaleza idónea, o sea, de su aptitud para conducir al fin perseguido por el agente, que no es otro que la consumación del delito; en cambio en el delito imposible la existencia de error en el agente es indispensable para que el mismo pueda configurarse. En efecto el sujeto criminal obra partiendo de una suposición que no corresponde a la realidad, es decir fundada en un error, ya que pretende obtener un resultado que no puede producirse por inidoneidad del medio empleado o por falta del objeto del delito. Por ejemplo, la persona que con ánimo homicida dispara una arma de fuego sobre un cadáver, en la creencia de que su acción la está ejecutando sobre un ser con vida.

La presencia del error en el agente tiene tal relevancia que una acción inidónea emprendida por el agente a sabiendas de esa inidoneidad, es una acción que resulta irrelevante penalmente, ya que la per

(24) Francisco Pavón Vasconcelos. - La Tentativa. - Pág. 119 Edic. 1964

sona que obra así carece del propósito firme de cometer un delito, es decir, faltaría en ese supuesto la intención criminal que es común a toda acción de tentativa y al propio delito imposible.

La doctrina penal en general ha establecido los siguientes casos de imposibilidad:

a). - Por inidoneidad del medio empleado por el agente.

b). - Por falta o inidoneidad del objeto material o sujeto pasivo del delito.

c). - Por inadecuación de la acción a una figura legal, por carecer el objeto del delito de una cualidad exigida por la ley para configurar o tipificar el delito.

Examinado por separado cada uno de estos casos encontramos:

En el primer caso de imposibilidad, o sea, cuando hay inidoneidad del medio empleado por el agente, ejemplo, en el caso de un sujeto que intenta envenenar a una persona con sal común creyendo que lo que emplea es Arsénico. El hecho en sí no es punible por la ausencia misma de peligro objetivo, pues para que la tentativa sea punible se requiere la idoneidad de la acción, esto es, su aptitud para producir un efecto criminoso.

Lo anterior no es, sin embargo, absoluto como más adelante lo haremos notar.

En relación con la idoneidad de la acción y su resultante la tentativa, se han bordado varias teorías que a continuación desarrollamos en forma somera:

I. - La teoría más antigua es aquella que se ha denominado Clásica u objetiva, misma que considera que la tentativa es idónea, cuando conforme a un juicio objetivo, de un observador exterior, los actos ejecutados son adecuados para la obtención del fin perseguido por el delincuente.

Esta corriente objetiva como más adelante lo examinaremos - con mayor detenimiento, funda la acriminación de la tentativa en el peligro corrido. También distingue entre inidoneidad absoluta e inidoneidad relativa de los actos, cuando la inidoneidad es absoluta en los actos surge el delito imposible y el mismo no es punible.

Para Francisco Carrara, los actos inidóneos no pueden imputarse como delito al individuo que se supone ha realizado una tentativa. - Si la inidoneidad existió en los primeros momentos de la acción, cesa para él toda imputación como tentativa porque sus actos carecieron de peligro. Si existió en los momentos sucesivos, queda la imputación de los antecedentes cuando de ello sean susceptibles. (25)

Asimismo se sostiene que cuando la acción por una deficiencia intrínseca se encontraba en la imposibilidad de lograr el fin propuesto, no hay peligro corrido y el delito imposible carente de elemento objetivo (resultado) no puede ser castigado. Más, para la impunidad del hecho, es preciso que se trate de una inidoneidad absoluta y no simplemente relativa.

(25) Carrara F. Programma Trad. Ortega Torres. - Vol. I Pág. 249 - Bogotá 1956.

Habría inidoneidad absoluta, repetimos, cuando en ningún caso puede el acto conducir al fin deseado, conforme a los medios empleados y al objeto de la agresión. Vrg. pretender envenenar a alguien con azúcar.

La inidoneidad relativa existiría en los casos en que si bien los medios empleados son aptos, el resultado falta por circunstancias especiales, como ocurriría si la dosis de veneno fuera insuficiente en forma evidente, o cuando el medio idóneo es sustituido por otro inidóneo por error o por obra ajena por ejemplo si el agente suministra a su presunta víctima una sustancia que compró en la Farmacia por arsénico y no es tal. En estos casos hay un peligro efectivo y objetivo, y por lo tanto, la tentativa es punible. En relación con esto observa Manzini que un medio no idóneo para cometer un delito determinado, puede ser idóneo para la comisión de otro delito y que un medio no idóneo por si mismo puede, en concurso con otras causas, adquirir eficiencia causal y viceversa, un medio idóneo puede perder su eficiencia en concurso con otras causas. El azúcar es completamente inidóneo como veneno, más puede ser mortal para un diabético; exponer a alguno a una corriente de aire es un medio inidóneo, pero si se expone a un enfermo de pulmonía en el momento en que va a superar la crisis, puede producirle la muerte: (26)

II. - Otra Teoría en torno a la idoneidad del acto es la llamada Teoría Subjetiva, cuyo primer expositor es Von Buri, quien dió sus ---

(26) Citado por Eugenio Florian. - Derecho Penal. Trad. Ernesto Dihigo Tom. I Pág. 613. La Habana 1929.

"Fundamentos" en el año de 1872; este autor considera punible la tentativa aunque haya inidoneidad absoluta en los medios, en el objeto o no exista el sujeto pasivo.

La manifestación de una voluntad criminal es suficiente funda-mento para un justo castigo, pues no hay que olvidar que el agente creía haber utilizado un medio idóneo.

Según Von Buri "desde que en la tentativa falta un resultado, - es erróneo buscar causalidad entre la acción y el hecho material. El - peligro, como estado de hecho objetivo, es una pura abstracción subjetiva. En realidad, la esencia de la tentativa consiste en la voluntad de -- producir un determinado efecto jurídico; en defecto del peligro, debe bastar la voluntad dirigida al mismo. Toda tentativa contiene un medio inidóneo, por lo que queda sólo el dilema en dejar siempre la tentativa im-pune o el castigarla sin consideración a la aptitud de los medios".

El que ^ú usa medios inidóneos por error, o comienza la ejecu-ción de un hecho de imposible consumación, ha puesto de manifiesto su-temibilidad; el acto en sí no es peligroso, pero el agente si que lo es. - Así será temible y por consiguiente, punible el hecho de proporcionar una sustancia eficaz a una no embarazada, para hacerla abortar, creyendo- que lo está en realidad; o el que intenta matar con una escopeta que pre-viamente cargara, pero que un tercero descargó sin saberlo aquél.

Distinto es el caso cuando la elección del medio inidóneo, re-vela la incapacidad delictiva del sujeto activo (envenenar con bicarbona-to o querer matar con una escopeta a quinientos metros de distancia). -

El hecho demostraría la ineptitud del agente para el delito, probaría con estos actos su estupidez, pero no su temibilidad, y entonces no tendríarazón la imposición de la pena.

Hasta aquí lo medular de la tesis subjetiva, que en nuestro -- concepto peca de un excesivo rigorismo y se encuentra en oposición a la mayoría de las legislaciones.

Si bien la voluntad o intención delictuosa del agente debe ser tomada en consideración a los efectos de su punición, no puede desconocerse, por otra parte, que la elección de un medio inidóneo para consumir el delito, implica una exteriorización que, por su ineficacia, revela una falta absoluta de peligrosidad en su autor, y de peligro corrido, para la sociedad o para el Ordenamiento jurídico, que constituyen los únicos justificativos eficientes del castigo.

III. - Teoría del Peligro. - Esta tesis sostiene que siendo de la esencia de la tentativa su aptitud para acarrear la realización de todos los caracteres esenciales del hecho y obtención del resultado, la -- tentativa no peligrosa (absolutamente imposible) no es punible. La objetiva idoneidad de los medios, no es esencial, sino la peligrosidad demostrada por el sujeto y la posibilidad concreta del peligro, como consecuencia del conato.

El peligro fundamento de la teoría debe ser concreto, es de--cir, tomando en consideración las circunstancias especiales.

El juzgador debe apreciar las circunstancias conocidas por el agente antes del hecho, y no las que llegó a conocer en su transcurso. -

Si atendidas las mismas, el acto se manifiesta imposible por la no realización de los elementos del delito y producción del resultado, la tentativa es no peligrosa y por ende, no punible.

Para excluir totalmente la punición, no debe haber duda sobre la imposibilidad, por lo que la tentativa inidónea podría ser punible si revelara peligrosidad.

Conforme a Von Listz, principal expositor, el aborto de una no embarazada, es punible si aparentaba estarlo; en igual forma la tentativa de matar a un niño nacido muerto, es punible, si no era indudable tal circunstancia para el autor. (27)

Por el contrario, no se debe castigar, al que intentó matar -- con un revolver, cuando la presunta víctima estaba a una distancia inalcanzable.

IV. - Teoría Intermedia, fue expuesta por Pompei, se coloca entre la subjetiva y la objetiva, Conforme a esta tesis habría delito si el agente, habiendo preparado medios idóneos, empleó posteriormente, por error u otra causa ajena a él, medios absolutamente inidóneos Vrg. Si cargó el fusil para matar y posteriormente usó el arma a tal fin, pero habiendo sido ésta descargada sin su conocimiento.

Después de este breve análisis de las Teorías sobre la idoneidad, continuamos nuestra exposición de los casos que establece la doctrina sobre la imposibilidad:

(27) Von Listz F. Tratado de Derecho Penal. Trad. de la 20 Ed. Alem. Jiménez de Asúa Tom. 3 Pág. 16 y 47.

El segundo caso de imposibilidad se refiere a la falta o idoneidad del objeto material o sujeto pasivo del delito.

Al decir objeto nos referimos al material, que es la cosa o la persona sobre la que recae la actividad del sujeto activo, la cosa robada, la mujer violada en la violación etc.

Pueden coincidir objeto y sujeto pasivo por ejemplo en el homicidio, o separarse como en el desacato, en que el sujeto pasivo es la administración pública.

En esta hipótesis de falta absoluta del objeto, constituiría delito imposible el hecho por ejemplo de disparar con ánimo homicida sobre el lecho abandonado tiempo atrás por la presunta víctima. Pretender hurtar, introduciendo la mano en un bolsillo vacío, donde creía estaba la cartera ajena, por el contrario sería punible, por tratarse de una inexistencia accidental o eventual; en este caso no ha habido falta del objeto del delito, sino escape ocasional a la agresión, el medio era idóneo y concurren los elementos de la tentativa punible.

El tercer y último caso relativo a la carencia de adecuación del hecho a un tipo legal. Por obra de diversos tratadistas citados por Sebastián Soler (28) se ha querido distinguir aquellos casos en que existe la imposibilidad material de consumar el delito, de otros en los que el obstáculo es de índole jurídica. Hay aquí falta de tipo, pues el sujeto no ejecuta la figura delictiva típica.

(28) Sebastian Soler. - Derecho Penal Argentino. - Tomo II. - Pág. 237 - Edic. 1951.

Entre los ejemplos que ilustran estos casos de imposibilidad se da el del sujeto que pretendiendo hacer abortar a una mujer le proporciona una sustancia ineficaz; pero habría carencia de adecuación, si la mujer no hubiera estado embarazada. También existiría en el hurto de la cosa propia; en el estupro sobre una mujer, a la que se creía menor de dieciocho años, pero que tenía en realidad mayor edad.

Como se observa en los ejemplos expuestos, el autor ha actuado movido por el error sobre una cualidad jurídica del objeto o sujeto pasivo. La ley para configurar el aborto requiere de una mujer embarazada; para tipificar el robo, que la cosa sea ajena; y en el estupro, que la víctima tenga menos de dieciocho años.

Esa ignorancia hace que el acto sea irrelevante para el derecho y por lo tanto, libre de punición.

Resumiendo podemos concluir que el delito imposible, determinado por la inidoneidad de los medios empleados por el agente, por la falta o inidoneidad del objeto material del delito o sujeto pasivo del mismo y por la inadecuación de la acción a una figura legal, no es punible en la mayoría de las legislaciones penales, sin embargo, en la actualidad se ha pensado la conveniencia de que cuando el agente revele cierta peligrosidad, sea sometido a ciertas medidas de seguridad, como lo establece el Código Penal Italiano en su artículo 49.

En nuestro derecho el Código Penal en vigor, en su artículo 12 establece la noción de tentativa como la realización de hechos encajinados directa e inmediatamente a la consumación de un delito y la no-

producción del resultado por causas ajenas a la voluntad del agente; dicha noción presupone la idoneidad de los actos al hablar de hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito y además también implica la puesta en peligro de bienes jurídicamente tutelados, - por lo que tal concepto excluye totalmente la tentativa absolutamente inidónea o delito imposible, por lo que éste es irrelevante para nuestro de recho.

5. - EL DESISTIMIENTO Y EL ARREPENTIMIENTO EN LA TENTATIVA

La punibilidad de la tentativa requiere en nuestro derecho de acuerdo con la redacción del artículo 12 del Código Penal vigente para el Distrito y Territorios Federales que el delito no se consume por causas ajenas a la voluntad del agente; por lo que interpretando el precepto a contrario sensu, si la consumación no se verifica por el despliegue de la propia voluntad del agente, ésto lo exime de pena y de la responsabilidad penal en que pudo haber incurrido. Mas si el impedimento de la consumación se logra por causas extrañas a la voluntad del autor es evidente que entonces si procede la configuración de la tentativa y la aplicación de sanción, dada la redacción del texto legal invocado.

Ahora bien en la tentativa pueden presentarse dos situaciones:

a). - Cuando por propia voluntad el agente impide la consumación del resultado al suspender o interrumpir los actos ejecutivos necesarios para que aquél se verifique, y

b). - Cuando el agente después de que ya ha realizado todos los actos de ejecución necesarios para la consumación del delito, impi-

de por su propia voluntad la realización del mismo.

Estas hipótesis determinan la distinción entre el desistimiento que se da en el primer caso y el arrepentimiento activo o eficaz, que se da en el segundo.

El desistimiento es definido por Pavón Vasconcelos, como "la interrupción de la actividad ejecutiva realizada por el autor, como expresión de su libre voluntad de abandonar el designio criminal propuesto e iniciado". (29)

Nosotros consideramos que esta primera figura opera exclusivamente en los casos de tentativa inacabada dada la interrupción que sufre la actividad ejecutiva en su curso hacia la realización del delito. El desistimiento debe ser motivado por la libre voluntad del agente, que como apunta el mismo autor que citamos en la nota anterior, abandona la idea de delinquir y la ejecución material, dejando inconsumado el delito; ahora bien, ese abandono de la idea y de la ejecución material debe estar determinado por la voluntad libre de vicios del agente y sin la intervención de circunstancias influyentes que creen en él la conciencia de la imposibilidad de consumar la actividad ejecutiva. Pues de no ser así no habría desistimiento y la tentativa sería punible.

Para estimar el concepto de voluntariedad en el desistimiento es necesario que el agente interrumpa la actividad ejecutiva, como antes apuntamos, de una manera libre y espontánea. De tal manera que sólo opera el desistimiento voluntario, como afirma Soler, "cuando los me-

(29) Francisco Pavón Vasconcelos. - La Tentativa. - Pág. 95 Edic. 1964.

dios estaban a disposición del sujeto, de manera que sin impedimento podía seguir usándolos hasta llegar al resultado y no lo hizo" (30)

De lo anterior se desprende como elementos del desistimiento voluntario los siguientes:

I. - Una voluntad inicial respecto al resultado;

II. - Un comienzo de ejecución del delito;

III. - Una voluntad subsecuente, libre y espontánea de desistirse de la ejecución;

IV. - Una interrupción del proceso ejecutivo, y

V. - La no verificación del resultado.

El desistimiento voluntario deja impunes, en consecuencia, los actos ejecutivos que el agente había iniciado para alcanzar su propósito criminal, siempre y cuando los mismos no constituyan por sí algún otro delito.

El agente al impedir por su propia voluntad la verificación del resultado hace atípica su conducta y por ende impune, es decir, no adecuada a la fórmula señalada en el texto del artículo 12 del Código Penal en vigor.

En igual forma en el arrepentimiento activo o eficaz, es el sujeto el que de propia voluntad evita la consumación del resultado, no obstante que el mismo ha agotado totalmente los actos ejecutivos necesarios para la producción del resultado, es el caso por ejemplo, del sujeto que

(30) Citados por Francisco Pavón Vasconcelos. - La Tentativa. - Pág. - 97. Edic. 1964.

con el deseo de matar a otro coloca una bomba de tiempo en un lugar oculto para que en el momento oportuno detone y mate a la presunta víctima; pero segundos antes de que esto ocurra el propio agente arrepentido, a riesgo incluso de su vida, acude presuroso a desarmar el artefacto explosivo para evitar el resultado.

El arrepentimiento activo, supone siempre la existencia de -- una tentativa acabada y la no realización del resultado por causas dependientes de la voluntad libre y espontánea del propio agente.

El arrepentimiento también cuenta con los siguientes elementos:

I. - Una voluntad inicial de causación del resultado;

II. - Realización de todos los actos de ejecución;

III. - Una actividad eficaz voluntaria para impedir el resultado, y

IV. - La no verificación de dicho resultado.

También esta figura no es punible por las mismas consideraciones que hemos expresado en el estudio del desistimiento voluntario.

C A P I T U L O I I I

PUNIBILIDAD DE LA TENTATIVA

1. - Noción de la Pena. - Evolución Histórica. - -
Fundamento y ffn.

2. - Fundamento de la pena en la tentativa. - -
Distintos Criterios.

3. - Sistemas de Punición. - Teoría Clásica y -
Teorías de la Equiparación de la Pena.

PUNIBILIDAD DE LA TENTATIVA

Ya hemos repetido en innumerables ocasiones, que el Código-Penal vigente para el Distrito y Territorios Federales, consagra en el artículo 12 la fórmula y elementos característicos, o si se quiere decir, la descripción típica de la tentativa punible.

Pero, ¿En donde estriba la razón de castigar estos actos - - que, aunque revelantes de una intención criminal no han logrado producir el resultado previsto?.

Antes de entrar al estudio del fundamento de la punibilidad de la tentativa, con la pretensión de dar una respuesta a la interrogante -- planteada, a manera de introducción al tema, permitásenos hacer una -- breve referencia a la Teoría de la Pena, con el propósito de establecer previamente una idea o noción de la pena, sus caracteres y el fundamento y fin de la misma, y con tal objeto acudimos al análisis de la Doctri-

na en sus diferentes corrientes.

Lo anterior, creemos, no es una digresión innecesaria o hábil evasión de nuestra parte a la concreción de un tema: la punibilidad de la tentativa, sino sólo una referencia complementaria, que de manera general constituye la base misma de la interrogante en líneas arriba planteada.

1. - NOCIÓN DE LA PENA. EVOLUCIÓN HISTÓRICA. FUNDAMENTO Y FIN

La Pena constituye el tercero de los elementos dentro del clásico tríptico del Derecho Penal: Delito, Delincuente y Pena.

El estudio de la Pena, como medio directo de lucha contra el delito, constituye tal vez el más fundamental capítulo de esta disciplina. Hay que aclarar que el concepto de pena es menos amplio que el de sanción. Desde que se tiene noción del delito surge como su consecuencia, e históricamente aparejada a él, la idea de castigarlo, y allí nace la pena. El concepto de sanción es, en cambio, más moderno y más amplio, de tal manera que podríamos decir que mientras toda pena constituye una sanción no ocurre lo mismo a la inversa. En resumen podemos afirmar que el concepto sanción es el género y pena la especie.

Concepto. - Muchas y muy variadas son las definiciones que se han intentado respecto de la pena. Casi podríamos sostener y de hecho lo hacemos, que no ha habido tratadista en Derecho penal de alguna envergadura, que no haya contribuido con su definición en torno a la pena, enfocada en cada caso, desde el ángulo particular de su pensamien-

to o de la Escuela a la que pertenece. En la imposibilidad de hacer referencia a todas las definiciones elaboradas por la doctrina, hemos seleccionado un grupo de ellas que sirven para darnos una idea respecto a esa heterogeneidad en relación al tema.

Ulpiano definió a la pena como la venganza de un delito, Cesar Bonessana, Marqués de Beccaria, como "un obstáculo político contra el delito". Francisco Carrara, la define como "el mal que, en conformidad con la ley del Estado, los magistrados infligen a aquéllos que son, con las formas debidas, reconocidos culpables de un delito". Pessina, como "el sufrimiento que recae sobre aquel que ha sido declarado autor de un delito, como único medio de reafirmar el Derecho"; agregando, -- que no es un mal sino un justo dolor al injusto goce de un delito. Von Liszt a su vez define la pena como "un mal impuesto por el juez para expresar la reprobación social que afecta al acto y al autor". Eugenio Florián, la concibe como "el tratamiento al cual es sometido por el Estado, con fines de defensa social, quienquiera haya cometido un delito y aparezca como socialmente peligroso". (1) Asimismo Maurach define la pena como "la retribución expiatoria de un delito por un mal proporcional a la culpabilidad" (2) este último hace la indicación que los recursos de la reacción del Estado frente al delito vienen determinados en número, eficacia, selección y rango, por la esfera de acción del propio Derecho penal estatal. La base común de aplicación de la pena, mani-

(1) Citadas por Alfredo Nocetti. - Enciclopedia Jurídica Oméba. Tomo - XXI Pág. 966.

(2) Reinhart Maurach. - Derecho Penal. - Tomo II Pág. 489 Edic. 1962

fiesta, lo es el delito cometido. Es decir, el hecho de un responsable, - plenamente delictivo, portador del juicio de culpabilidad. Maurach considera que tanto la culpabilidad como la peligrosidad del sujeto son los - que determinan la actuación de la jurisdicción penal, asimismo dichos - conceptos trazan la línea divisoria entre penas y medidas de seguridad, - las primeras aplicables al ámbito de la culpabilidad y las otras orienta- das a la peligrosidad. De allí los términos de la definición antes apunta da.

Para terminar transcribimos la definición que aporta Sebas -- tian Soler, quien afirma que la pena "es un mal amenazado primero, y luego impuesta al violador de un precepto legal, como retribución, con- sistente en la disminución de un bien jurídico, y cuyo fin es evitar los - delitos" (3)

Definición que dejamos apuntada para volver a ella cuando tra- temos lo relacionado con el fundamento y fin de la pena.

EVOLUCION DE LA PENA. - Es afirmación axiomática en De- recho penal, la de que la pena comenzó siendo venganza privada que a - veces también incluía a la familia del ofensor, aún cuando algunos estu- diosos han considerado que tales venganzas privadas eran meros hechos de guerra, sin el menor atisbo de pena.

Después de esta etapa la venganza privada adquiere carácter público, es decir, cuando resultó impuesta por la autoridad, o bien por

(3) Sebastian Soler. - Derecho Penal Argentino. - Tomo II. - Pág. 346- Edic. 1951.

el jefe de la tribu, del clan o de la familia. Venganza pública que más adelante aparece regulada por el poder a través del talión y la composición.

Se pueden sintetizar las características de la pena en esta primera etapa histórica que Francisco Carrara denomina como "periodo -- del dogmatismo" (4), diciendo, que la venganza constituía la fundamentación de la pena, que ésta era expiatoria en un sentido religioso cuando se sacrificaba al delincuente a la divinidad ofendida y que las penalidades a veces en extremo crueles la tornaban francamente intimidatoria.

En una fase más humanitaria, la pena, inspirada en un sentimiento correccional, se dulcifica un poco al par que se modernizan las cárceles y los sistemas penitenciarios, pero la criminalidad se incrementa. Todavía en otra etapa más moderna, en un periodo que podríamos denominar científico, la concepción de la pena varía fundamentalmente. Ello ocurre coetáneamente con el progreso de las ciencias penales y la irrupción en el campo jurídico de ciencias como la Antropología criminal, la sociología y la psiquiatría. Para entonces se llega a sostener que la misión de la pena es la defensa social contra las acciones antisociales, y que la pena debe alcanzar el máximo de defensa social con el mínimo de sufrimiento individual.

Esta evolución de la pena que en forma por demás sintetizada hemos dejado expuesta, coincidió con una evolución en el tipo y crueldad de las sanciones. Las primeras épocas vieron penas bárbaras, co-

(4) Francisco Carrara. - Programma. - Secc. II. - Pág. 4 Edic. 1956.

mo las marcas realizadas con hierros candentes en el cuerpo de los delincuentes que llevaba también la finalidad de señalarlos publicamente - (remoto antecedente del contemporaneo sistema de identificación dactiloscópica), la mutilación de miembros, la introducción en canastas cerradas en compañía de animales diversos, la horca, la sepultura en vida de los delincuentes etc. Asimismo las había de notoria característica infamante, con un claro propósito a la vez intimidatorio, que iban desde la inusitada publicidad de la sentencia condenatoria hasta el paseo del reo desnudo y montado sobre un asno, o la pública y obligada confesión en voz alta en la plaza pública en medio de la multitud curiosa.

El criterio de readaptación del delincuente a la sociedad que es el que campea actualmente para la aplicación de las penas modernas, ha sido el producto de todas aquellas concepciones que arrancando de la obra de Cesar Bonessana, pugnaron por humanizar la pena, quitándole a la misma crueldades excesivas e inútiles que iban en contra de la misma dignidad del hombre, para lograr que la pena se conciba como un instrumento eficaz para la incorporación del hombre delincuente a la sociedad en que vive y se desenvuelve.

FUNDAMENTO Y FIN DE LA PENA. - Decíamos al abordar la noción de la pena que nos da Sebastian Soler, que dicho concepto sería motivo de nuestra atención y al efecto queremos detenernos en esa definición para abordar con ella el estudio del fundamento y fin de la pena.

Del concepto expresado por este autor, se desprende el hecho

de que toda exposición de la Teoría de la pena debe hacerse a la luz de un doble aspecto; como amenaza y como ejecución ya que si bien es cierto que la ejecución es solamente la consecuencia o el cumplimiento de la amenaza, la sistematización total de los principios no se logra refiriéndose solamente a uno de esos dos momentos, de allí que en la doctrina se establezca una diferencia en la exposición que se refiere a la penal legal de aquella otra que considera el aspecto ejecutivo de las penas, dentro de cuyo ámbito se encuentra toda esa gama de disposiciones que la ley penal contiene y cuyo objeto principal consiste en adecuar la pena al caso particular dentro de ciertos márgenes y respondiendo a ciertos fines.

A nosotros nos interesa, como previamente lo anticipamos, hacer sólo una referencia, un somero análisis de lo que se denomina Teoría de la pena legal, es decir el estudio de carácter general de la pena como consecuencia de la ilicitud, los principios comunes que gobiernan, etc., aunque después dentro del tema de esta tesis desembocamos en el estudio de la fase ejecutiva de la pena, al tocar el tema de la punibilidad de la tentativa en la legislación penal mexicana, donde nos referimos en forma breve a la individualización judicial de la pena.

Sebastian Soler, destaca tres aspectos de la pena:

- a).- La pena como retribución.
- b).- La pena como disminución de un bien jurídico, y
- c).- El fin preventivo de la pena.

Estos tres aspectos se desprenden de la definición que este -

autor precisa de la pena.

Afirma Soler, que la pena presenta siempre el carácter de una retribución, de amenaza de un mal, que se hará efectiva mediante los órganos del Estado y con el procedimiento previamente establecido, contra el autor de un delito.

La pena es siempre retribución, de tal manera que ese es su carácter sustantivo, aún cuando reconoce que también tiene otros fines. Esa amenaza característica de la pena no es un impedimento físico del delito, sino solamente un obstáculo que lo hace más difícil, es decir se vincula a su comisión un motivo necesario de desagrado, con la amenaza de imponer un mal a la realización de esa conducta.

Asimismo apunta Soler, que la pena es un mal porque es la -- disminución de un bien jurídico. Para castigar, el derecho quita lo que estima valioso. La pena es una lesión inferida como lesión, por el derecho. En consecuencia, para saber si la pena es o no un mal, el punto de vista válido es el del derecho. Es decir aquí no importa la eficacia psicológica que la pena tenga en el delincuente, pues lo que un individuo piensa sobre una situación jurídica puede no coincidir con lo que esa situación es jurídicamente. Pues puede suceder que el delincuente no reciba la pena como un mal; no por ello deja de ser pena. Piénsese al efecto en el vagabundo que comete un delito para ganar el bienestar de la cárcel durante un invierno crudo, el sujeto sufre jurídicamente -- una pena porque el derecho valora la libertad más que el bienestar.

Ahora bien, esa disminución de un bien jurídico que implica la

pena, tiene limitaciones jurídicas que responden a un positivo progreso-cultural y concuerdan con la sensibilidad ética de una sociedad evolucionada, formada en costumbres políticas sanamente liberadas.

En nuestro sistema penal puede afirmarse que ninguna pena - importa la pérdida total de derechos, como sucede con la pena de muerte o la muerte civil, ya que en nuestra legislación ninguna pena puede importar una pérdida total de la personalidad del individuo; ni siquiera se - puede privar de lo que son situaciones jurídicas de la persona, y no bienes jurídicos, como la calidad de padre, de hijo, de esposo o de nacio--nal. Pues cuando esos criterios políticos culturales que limitan la - pena, se abandonan o se olvidan, inevitablemente consigo trae apareja- do el recrudecimiento de la crueldad penal.

Por otra parte como ya se ha analizado la pena conminada en- la ley es una amenaza, y no puede dejar de serlo, en lo tocante a su efi cacia, los argumentos contrarios no son tampoco exactos. A ese res- - pecto sostiene Soler, que no se puede aceptar el argumento de que la pe na es ineficaz porque no suprime al delito, ya que no es ese el objeto de la pena, sino dificultarlo, es decir como se afirmó en un principio, la - pena debe verse desde un doble aspecto como amenaza y como ejecu - - - ción, partiendo de ello se puede decir que la pena es un mal cuyo fñ es evitar el delito. Este fñ de la pena, dice Soler, es el fñ inmediato y que, por así decirlo, envuelve a todos los demás fines que suelen seña- larse, como por ejemplo el de restablecer la tranquilidad social, impe

dir los hechos de venganza, intimidar, corregir, etc. todo esto cabe en aquella idea, porque no se trata con la aplicación de la pena de evitar un delito determinado, sino de evitarlos en general.

Por lo anterior del aspecto preventivo de la pena se distinguen dos funciones: la prevención general y la prevención especial. Esta distinción se refiere a los destinatarios del efecto preventivo de la pena.

La prevención general. - Como antes se dejó asentado, el primer fin de la pena, el fin inmediato es el de prevenir la comisión de los delitos, en general, a través del obstáculo psíquico que representa la - amenaza que contiene la pena. Respecto a la eficacia de esa amenaza, - se le ha criticado de ineficaz, toda vez que no suprime el delito, lo que es erróneo puesto que la pena no tiene como objeto suprimir los delitos, sino sencillamente oponer un obstáculo psíquico, como amenaza, para - dificultarlo. La experiencia nos muestra - reitera Soler - que mu -- chas veces nos abstenemos de realizar ciertas cosas por evitarnos una - molesta consecuencia que traerían consigo.

En tal sentido la pena para su eficacia debe reunir ciertas calidades, como el ser justa y proporcionada al mal causado por la comisión de un delito. Pues la mayor virtud de una pena-continua Soler- es su perfecta coincidencia con la valoración media de los bienes que tute- la; las penas excesivas desprestigian al poder que las dicta, como po-- der débil; son reflejo de insensibilidad política y moral; todo ello sin - dar autoridad a la ley que las contiene.

La prevención especial. - Como apuntamos líneas atrás, la -

aplicación de la pena tiene efectos preventivos de orden general, en cuanto muestra a los malvados la efectividad del mal amenazado, evita los hechos de venganza etc., pero el mayor influjo que la pena debe ejercer, es sobre el delincuente.

El delito-apunta Soler- es ante todo, conducta humana; pone de manifiesto deficiencias que, aún cuando sean referibles a otras causas, han actuado a través de un temperamento individual. En consecuencia la pena, en el momento de su aplicación debe atender, sobretodo, a la necesidad de suministrar al sujeto delincuente motivos psicológicos y sociales de buena conducta futura. A esto es a lo que se llama prevención especial. Es el efecto de evitación de nuevos delitos que la pena debe ejercer sobre el sujeto que la sufre.

Es tanta la importancia de la idea de la prevención especial en el derecho moderno que, en ciertos casos, altera profundamente el régimen de una sanción y señala límites al interés del Estado por la aplicación efectiva de ciertas penas cuando éstas, en el caso concreto, pueden dar resultados poco favorables en el sentido de la prevención de futuros delitos.

Sebastian Soler, que es el autor a quien seguimos en la exposición de este tema, pone como ejemplo de lo anterior, el caso de las penas privativas de libertad de corta duración. La aplicación de éstas muestra que tienen efectos considerablemente dañosos, cuando se trata de un delincuente primario; después de su entrada a la cárcel, el sujeto ha perdido el saludable temor que ello le inspiraba, sabe que está so--

cialmente marcado como expenado y que, en definitiva "aquello" no era tan terrible; la policía lo tendrá siempre en sospecha; en la cárcel se ha encontrado con verdaderos criminales que pueden haber influido en su temperamento; por cumplir la pena de uno o dos meses, perdió su ocupación, abandonó a su familia, en la que, faltando el jefe, ha cundido la miseria, el desorden y hasta la inmoralidad; las hijas tienen al padre en la cárcel, a pesar de que el padre es, generalmente, el hombre mejor del mundo, etc. Son tantos los males que causa el cumplimiento de la pena privativa de corta duración, y tan manifiestos los riesgos de nuevos delitos que crea, que el Estado se ve precisado a optar por caminos menos peligrosos.

El régimen de multas, la condena condicional, el perdón, son procedimientos o medios para evitar aquéllos males. En todos estos casos, prevalece la idea de renunciar, con mayor o menor medida a la pequeña retribución, para evitar en el futuro la necesidad de una reprimenda mayor. El delito pasado es incancelable, los futuros en cambio, pueden todavía evitarse.

De lo anterior podemos colegir la importancia del aspecto preventivo de la pena, en sus dos fases, o sea, la prevención general y la prevención especial.

Ahora bien en relación al fundamento de la pena, se han distinguido las teorías que tratan de justificar la pena, en Teorías Absolutas y Relativas, según vean en la pena un fin en sí misma, o un medio para alcanzar otros fines. A estas dos corrientes se agregan las llama

das teorías mixtas, que distinguen en la pena ambos aspectos.

Para las Teorías Absolutas la pena constituye una consecuencia necesaria e ineludible del delito, al que sigue como la sombra al cuerpo. La razón de ser de la aplicación de una pena, estará dada entonces por la sola comisión del delito. Dentro de esta corriente se destacan las teorías absolutas que ven la pena como una reparación y como retribución. Para las primeras el delito es susceptible de satisfacción y la pena es el único medio de lograrlo. Esta tesis ve en el delito más la voluntad determinada por hechos inmorales que el hecho exterior la pena expía y purifica la voluntad inmoral que generó el crimen.

Las Teorías de la Retribución parten en cambio de la idea de que el delito es un mal en sí mismo irreparable. A estas teorías se las distingue según que acuerden a esa retribución un fundamento religioso-político, moral o jurídico.

Para la teoría de la retribución divina, el Estado es la exteriorización terrena de un orden querido por Dios, apareciendo la pena como el medio en virtud del cual el Estado vence a la voluntad, que al delinquir, se sobrepuso a la ley suprema, mostrando así el predominio del Derecho.

La teoría de la retribución moral ha sido expuesta por Emanuel Kant, para quien en la idea de nuestra razón práctica, la transgresión de la ley moral es algo digno de pena, siendo esencial que en toda pena haya justicia. Por ello expresa que "la ley penal es un imperativo categórico, y desdichado el que se arrastra por el tortuoso sendero del-

eudomonismo, en busca de algo que, por la ventaja que promete, desli-
gue al culpable, en todo o en parte, de la pena, conforme al farisaico -
principio electivo "es mejor que muera un hombre que todo un pueblo".
Cuando perece la justicia, no tiene sentido que vivan hombres sobre la-
tierra". El principio de la razón práctica lleva a Kant a la equipara- -
ción de males, lo que concluye en la fórmula clásica del Talión, según-
la cual quien mata debe morir.

La teoría de la retribución jurídica encuentra su máximo expo-
nente en Hegel, para quien el delito no constituye la destrucción del De-
recho, sino una mera apariencia de destrucción. La pena constituye el
restablecimiento del imperio inatacable del Derecho.

Ahora bien, las llamadas teorías relativas a diferencia de las
absolutas, no consideran que la pena sea un fin en sí misma, sino que -
ella tiene un fin. Sostienen que la pena es un medio necesario para la-
seguridad social o la defensa social, que esto es lo que da sentido a la -
represión de los delitos por parte del Estado. Sin embargo, las diver-
sas teorías enmarcadas dentro de las teorías relativas, difieren conside-
rablemente acerca de la interpretación del modo en que la pena actúa pa-
ra obtener aquella finalidad. Por considerar importante la exposición-
de este criterio, expondremos a continuación una breve reseña de las --
teorías relativas más importantes:

a). - Teoría contractualista. - Esta teoría proviene de Juan Ja-
cobo Rousseau y se manifiesta en el campo penal a través de la obra del -
Marqués de Beccaria Cesar Bonessana, intitulada "De los Delitos y las-

Penas". Esta teoría sostiene que el orden social está fundado sobre con venciones y el pacto social tiene como fin la conservación de los contra- tantes, como se afirma en El Contrato Social. Por ello, el hombre al - pactar, teniendo en cuenta que puede ser víctima de un asesinato, con - siente en morir si él es el asesino. La idea de la pena es la de una - - reacción defensiva para la conservación del pacto social.

b). - Teoría de la prevención mediante la ejecución. - Esta - - teoría ve en la antigua costumbre de aplicar las penas graves en público, el fin fundamental y específico de inspirar temor en el pueblo y escar-- mentarlo. Según la opinión de Sebastian Soler, es un tipo de reacción - ciega y temerosa, que vemos esporádicamente renacer en el seno de po- deres tiránicos, para los cuales el terror es un instrumento de gobierno.

c). - Teoría de la prevención mediante la coacción psíquica. - Por su parte esta teoría sostiene que para tratar de evitar la comisión--- de delitos, no es eficaz la coacción física, sino la psíquica que es efecti- vamente anterior al delito. Por ello se señala que es necesario que to- dos sepan que a un hecho delictuoso le seguirá inevitablemente un mal - mayor que es la pena. Es decir, la coacción psíquica opera amenazan- do con una pena la posible transgresión de la ley y aplicándola realmen- te cuando ella es transgredida.

d). - Teoría de la defensa indirecta. - Esta corriente es pro-- puesta por Romagnosi, quien expuso que "si después del primer delito se tuviese una certeza moral de que no ha de suceder ningún otro, la socie- dad no tendría ningún derecho de castigarlo". Más dicha certeza es im-

posible. El Derecho penal tiene por objeto evitar futuros delitos, pero la ocasión para aplicar la pena la suministra un delito cometido. La pena tiene que actuar sobre el futuro delincuente, influyendo en su ánimo mediante el temor. Ante las fuerzas que impelen al delito, la pena representa una fuerza repelente.

e). - Teoría de la prevención especial. - Esta teoría representa un cambio en relación con las demás expuestas en virtud de que no se refiere a evitar indeterminadamente los delitos en general como ocurre en aquéllas, mismas que por esa razón se les conoce también como teorías de la prevención general.

En estas teorías de la prevención especial destacan el sentido preventivo de la pena con relación a un sujeto determinado. Se sostiene que la pena como amenaza es impotente e ineficaz para evitar el delito.

f). - Teoría Correccionalista. - Esta es tal vez la más importante de las teorías de la prevención especial; su principal expositor es Roeder. Sostiene que la pena deja de ser un mal porque su objeto es el de mejorar al delincuente, realizando en esa forma un bien tanto en el individuo como en la sociedad. El correccionalismo trata de obtener la reforma del delincuente, mediante una especie de reeducación.

g). - Teoría Positivista. - Por su parte ésta constituye el máximo desarrollo del pensamiento relativista y utilitario.

La pena, se dice, es sólo un medio de defensa social y constituye una suerte de tratamiento, cuyo objeto es impedir que el sujeto co-

meta nuevos delitos. Su causa no es por tanto el delito, sino la peligrosidad del individuo, y por ello, descarta toda diferencia entre penas y medidas de seguridad.

Por otra parte las denominadas teorías mixtas, hacen incidir sobre la pena un carácter absoluto y uno o varios relativos, puesto que reconocen que al lado de la necesidad debe considerarse la utilidad, constituyendo esta corriente la que ha tenido mayor difusión y aceptación en el Derecho contemporáneo. Entre los pensadores que se adhieren a esta teoría y que con mayor brillo destacan, citaremos a Francisco Carrara, Merkel y Bending.

Carrara sostiene que no basta para el gobierno del hombre la sola ley moral, puesto que crea relaciones externas sometidas también a la ley física. Siendo el Derecho una relación entre hombres, es necesaria la ley jurídica que les garante el ejercicio exterior de la libertad. Esa ley jurídica no puede concebirse sino acompañada de los medios de tutelar el Derecho, o sea, la coacción externa.

La tutela jurídica como fundamento del Derecho penal, significa que la pena no ha de tender a aterrorizar sino a tranquilizar, restableciendo la confianza de los hombres en el imperio de la ley.

Merkel, observa que la pena es necesaria cuando las demás sanciones reparatorias no aparezcan suficientes para asegurar el fundamento psicológico de la soberanía del Derecho. Su motivo estriba en la importancia valorativa que se acuerda al acto al que se vincula y su fin es el de fortalecer la obligación violada y debilitar las fuerzas enemigas

que el acto criminal pone en juego. Por otra parte, sostiene, no hay an títis is verdadera entre retribución y prevención, porque en toda retribu ción existe una tendencia preventiva, como es también falsa la oposición entre las teorías absolutas y relativas.

La teoría de Bending se basa en el hecho de que la norma es un principio que acuerda al Estado el derecho a exigir su observancia de parte de los subditos, caracteriza la ilicitud en el desprecio de una obligación de obediencia. El fin de la pena no puede ser el de transformar un rebelde en un buen ciudadano, pues aunque ello fuera posible lo sería para el futuro y la violación pretérita quedaría impune. El delito es un fragmento de historia y como tal no puede juzgarse por no ocurrido; por ello su autor debe sufrir lo que el derecho le impone y que él no quiere. Aún cuando la pena constituya un mal desde el enfoque unilateral del delincuente, no constituye una venganza. El Estado la adopta para afirmar el Derecho, y porque su finalidad no es la de crear un mal, renuncia a la pena, en ocasiones cuando la juzga supérflua. Al imponer la el Estado no sólo ejerce un derecho sino que cumple un deber, que también constituye un mal para él, desde que le demanda sacrificios e incluso gastos.

Hasta aquí la exposición de las teorías que tratan de fundamentar la pena, mismas que una vez analizadas cabe concluir en las palabras magistrales de Sebastian Soler en el sentido que "una teoría que sólo atienda a la necesidad formal de justificar o explicar la pena, podrá lograr la demostración lógica de su necesidad o de su justicia; pero olvi

90

dando que la aplicación de la pena es una forma de crear realidad, de hacer historia. Una teoría que, por el contrario, atienda solamente al aspecto utilitario y finque toda la cuestión en la eficacia no puede suministrar una fundamentación, porque la eficacia de la pena es siempre eventual. Colocar el fundamento de la pena en un fin ulterior a ella misma es perderse en la empiria sin ley; es naufragar en una caótica amalgama de casos".

2. - FUNDAMENTO DE LA PENA EN LA TENTATIVA

Hemos visto en la exposición antes asentada que en resumen la pena se presenta siempre como una reacción social ante la realización de un hecho que va contra una organización social determinada al lesionar bienes jurídicamente tutelados por la ley. Es decir la pena al surgir como una consecuencia del delito, supone la realización de un hecho que ocasiona con su resultado, un daño. Es este daño, o si se quiere, ataque a los bienes jurídicamente tutelados, lo que determina la actuación del Estado para poner en juego la aplicación de la pena a fin de restablecer el equilibrio roto por la comisión del delito.

Ahora bien, tomando como base la exposición que en torno a la tentativa ha quedado precisada, encontramos que la tentativa supone la realización de hechos encaminados directa e inmediatamente a la consumación de un delito, si éste no se produce por causas ajenas a la voluntad del agente, esto siguiendo la descripción que hace el artículo 12 del Código penal en vigor. Es decir que en la figura accesoria motivo de esta tesis, surge como característica esencial la no producción del -

resultado previsto por el agente, y al faltar ese resultado o lesión efectiva a los bienes que tutela la ley, de ninguna manera se puede afirmar que la tentativa sea punible por las mismas razones que el delito consumado. De allí que surja la necesidad de indagar respecto a las razones que tuvo en cuenta el legislador para punir la conducta de tentativa, es decir, repitiendo la interrogante planteada en el inicio de este capítulo ¿en dónde estriba la razón de castigar estos actos que aunque revelan --tes de una intención criminal no han logrado producir el resultado previsto?.

Nosotros afirmamos que en esencia los principios analizados al hacer el estudio de la Teoría de la Pena, son aplicables de una manera general, también a la figura accesoria que nos ocupa, aún cuando dichos principios constituyen la base misma del derecho de castigar del cual es titular el Estado; sin embargo, en especie son otros los móviles puestos en juego en la punición de la tentativa como a continuación lo examinaremos.

Entre las variadas Teorías que la doctrina ha elaborado a fin de fundamentar la pena de la tentativa, la más aceptada ha sido la denominada "del peligro o riesgo corrido" que encuentra su origen en Hugo Grocio y su más brillante expositor en el maestro de la Universidad de Pisa Francisco Carrara, sin embargo existen también otras doctrinas que sustentan diversos criterios de fundamentación de la punibilidad de la tentativa, como por ejemplo aquél que sostiene que la punición de la figura accesoria encuentra su base en la violación voluntaria de un pre-

cepto penal, patrocinado por Vincenzo Manzini; la que fundamenta la ten-tativa en la peligrosidad objetiva en concreto, que es producto de la co-
rriente positivista que encabeza Lombroso, Ferri y Garófalo; así como-
aquella otra doctrina que sostiene que la punición de la tentativa nace en
virtud de la alarma social provocada etc.

DISTINTOS CRITERIOS. - Fontán Balestra considera que los
puntos de vista que pretenden explicar el fundamento de la punibilidad de
la tentativa pueden clasificarse en dos grupos, a saber:

a).- Teorías Objetivas, que son aquellas que consideran que -
el daño o el peligro son el elemento esencial del delito y su punibilidad.-
Tesis que es sostenida por Romagnosi y Carrara, y

b).- Teorías subjetivas. - Que son aquellas que equiparan el -
delito tentado al consumado, fundándose en que el primero es revelador
de una intención criminal tan merecedora de sanción como la que condu-
ce al delito consumado.

Dentro de esta corriente se distingue además la corriente posi-
tivista, según la cual la aplicación de una pena y su medida están dadas-
por la peligrosidad demostrada por el delincuente, con lo cual se tiende
a evitar el castigo de actos no peligrosos y a adecuar la sanción al delin-
cuente" (5)

Enseguida examinaremos cada uno de los criterios más impor-
tantes que se han elaborado para fundar la punición de la figura accesoria:

(5) Carlos Fontán Balestra. - Derecho Penal 3a. Edic. 1957 Pág. 376

a). - En razón del peligro corrido. - Su principal expositor como antes lo apuntamos, es Francisco Carrara, quien señala que la idea que sirve de base a su tesis se remonta hasta Hugo Grocio, en su obra "De Iure Belli et Pacis", donde afirma que "la tentativa de delito no debe reprimirse sino en cosa grave y cuando de ella se sigue, como consecuencia del acto ejecutado, o un mal cierto, aunque no se haya conseguido lo que se perseguía, o un peligro cierto y grave, de tal manera -- que la represión o implique una defensa contra futuros delitos, o impida el mal ejemplo" (6)

Asienta Carrara que el delito es perfecto cuando se ha consumado la violación del derecho que tutela la ley penal, en cambio el delito es imperfecto cuando dicha violación no ha ocurrido, aunque el agente haya realizado, con voluntad dirigida a ese fin, actos externos capaces de producirla. Asimismo, manifiesta que los delitos imperfectos al carecer de un resultado que dañe o lesione intereses jurídicamente tutelados, no puede castigarse en la misma forma que aquellos delitos consumados, al alcanzar el hecho en que consisten la objetividad jurídica que constituye el título especial de determinado delito.

De allí que deduzca que la razón de punir el delito imperfecto, radica en el peligro corrido, que hace las veces del daño, aunque precisa "que prevaleciendo respecto a la ley humana la consideración externa sobre la interna jamás se podrá imputar un delito imperfecto de la -- misma manera que el delito perfecto, precisamente porque un peligro -

(6) Citado por Francisco Carrara. - Programma Pág. 241 Edic. 1956.

corrido, por más que sea grave, nunca podrá equipararse a un daño sufrido; lo que se explica en razón de que el hecho se castiga inexorablemente según la gravedad intrínseca de su estado de contradicción con el Derecho, y un derecho agredido no puede ser igual a un derecho violado" (7)

Este criterio como antes se expresó, es el que prevalece en la mayoría de las legislaciones penales, y entre sus seguidores podemos citar a Feverbach en Alemania, quien señaló la peligrosidad objetiva de la tentativa, asimismo Mezger, Max Ernesto Mayer y Bettiol, participan del mismo criterio.

Bettiol, manifiesta que no siempre el delito se presenta en la forma de la consumación, en cuanto la actividad del reo puede detenerse in itinere, cuando se trata de un delito de ejecución compuesta. Señala que ante todo podría pensarse que al legislador no le interesa la actividad que no agota el contenido de los modelos particulares de delito, por lo cual todo lo que está fuera de ellos debiera considerarse como penalmente indiferente. Así afirma que el acto de hacer fuego, si no va acompañado por la muerte del hombre, no entra en la esfera incriminatoria de una norma que requiere, respecto al Homicidio, la causación de la muerte de un hombre. Se podría pues pensar, en un desinterés del legislador por todo acto que pudiese llevar a la lesión de un bien jurídico, pero que no ha determinado efectivamente dicha lesión. Como cualquiera

(7) Francisco Carrara. - Programma. - Secc. I. - Del Delito Pág. 238 y s. s. Edic. 1956.

puede apreciar, se trata de una solución demasiado liberal y cómoda -- que ninguna legislación hizo suya.

Asimismo Bettioli manifiesta que si bien es cierto que en la -- tentativa no hubo efectiva lesión de un bien tutelado, también lo es que un bien tutelado ha estado expuesto a peligro, a sufrir una lesión potencial. Agregando, que en un Estado bien organizado, el legislador debe preocuparse de reprimir no sólo las lesiones efectivas de los bienes que considera esenciales para la vida de relación, sino también las lesiones potenciales, la exposición a peligro de dichos bienes. Dicho autor señala por otra parte que si bien es verdad que en la esfera del Derecho penal la consideración teleológica debe sobreponerse a toda otra, es sobre la base de esta consideración sobre la cual se debe pensar en reprimir la acción humana cuando ella expone a peligro de lesión un bien jurídico.

Concluyendo que el legislador ha considerado así decisivo, en cuanto a la punibilidad, no sólo la causación de un efectivo perjuicio en daño del bien o interés tutelado, sino también el hecho de haber suscitado una situación de peligro objetivo. (8)

Este criterio que funda la pena de la tentativa en el peligro o riesgo corrido ha sido criticada severamente arguyendo que la tentativa supone la no realización del resultado previsto por el agente, y al faltar ese resultado lógicamente el peligro no existiría, además se ha señalado que si se aceptara que el peligro corrido fuera el fundamento de la puni-

(8) Giuseppe Bettioli, Derecho Penal. - Trad. J. León Pagano. - Edit. - Temis 1965. - Pag. 474 y s.s.

ción del delito-tentado, necesariamente tendría que admitirse también la tentativa debería configurarse en los delitos culposos, donde indudablemente también hay una puesta en peligro de bienes jurídicamente tutelados en la ley.

b). - En razón de la violación voluntaria de un precepto penal.- Este criterio que fundamenta la punibilidad de la tentativa en la violación de un precepto penal, se debe a Manzini, quien en su elaboración parte del principio *nullum crimen nulla poena sine lege*, para considerar que es obvio que las formas del comportamiento humano que no hayan ocasionado un evento contrario al Derecho penal no son punibles. Apuntando que cuando una voluntad delictiva se exterioriza en forma de violar efectivamente un precepto penal, aún sin llegar a la consumación del delito, la situación que se presenta es diversa. El individuo que es causa imputable de este hecho exterior y material contrario al orden jurídico tutelado por el Derecho penal, debe ser castigado, si la infracción es dolosa.

Vincenzo Manzini, critica a los que sostienen el criterio del peligro corrido como fundamento de la punibilidad de la figura que nos ocupa, manifestando que en el Derecho Penal, el hecho individual se encuentra en relación directa ya no con el derecho y con el interés particular protegido por la ley, sino con el precepto sancionado por dicha ley. Por ello, sostiene, el concepto de tentativa, lo mismo que en el delito consumado, no debe ser puesto en relación con el daño eventual o real, público o privado, sino con la esencia de la norma penal contra la cual la actividad individual se ha dirigido.

Así, concluye Manzini, en la tentativa no se tiene un mero peligro de violación, sino una violación verdadera y propia del precepto contenido en la norma. De tal manera que el que intenta matar o robar, independientemente del peligro en que se pone la vida o el patrimonio del particular, se está violando efectivamente, prescindiendo del grado de violación, el precepto penal que nos está prohibiendo matar o robar.

En resumen, Manzini, manifiesta que "la tentativa, por tanto, es punible no por otra cosa, sino porque constituye violación voluntaria de un precepto penal, cualquiera que sea el criterio político-penal aceptado en la formación de la ley, y agrada o no agrada a los que se dedican a buscar cosas abstrusas y paradójicas" (9)

Esta posición de Manzini, ha recibido objeciones por parte de Antolisei, quien la critica diciendo que tratar de justificar la punibilidad de la tentativa, en la violación voluntaria de un precepto penal, equivale a soslayar el problema, pues tal explicación no puede tenerse como satisfactoria. Asimismo, se manifiesta que el propio Manzini, no hace una explicación lógica en su exposición de las razones por las que el Derecho considera violado un precepto con la realización de actos configurativos de la tentativa. (10)

Pavón Vasconcelos, considera que la crítica de Antolisei, es acertada en virtud de que no se pone en duda la razón legal de la punición

(9) Vincenzo Manzini. - Tratado de Derecho Penal. - Tomo III. - trad. -- Santiago Sentis Melendo. - Pág. 175 y s. s.

(10) Antolisei. - Manuale Di Diritto Penale. - Parte General. - Edic. -- 1957 Pág. 241

de la tentativa radica en la violación voluntaria del precepto penal tipificador, pero el problema planteado y cuya solución se busca consiste en determinar un tipo de razón prelegislativa. Apuntando además, que afirmar que la tentativa se castiga por ser violación voluntaria de un precepto penal, es esquivar la cuestión planteada, dándole solución fuera del marco de su planteamiento. (11)

Por otra parte Ramón Palacios en su obra "La Tentativa o el Mínimo de ilicitud penal", al examinar el criterio expuesto por Manzini, manifiesta que "el peligro de la consumación preside el fin de la norma, más igualmente sin ese estado objetivo de peligro, ¿cómo podríase justificar la inclusión de una actividad en el marco de los hechos punibles?". Ahora bien: de la misma manera, quien consuma la tentativa ha violado las dos normas aludidas; no es peligro de violación al Derecho, sino efectiva transgresión de lo prohibido por los preceptos penales, y tan se lesiona el Derecho con la consumación como con la tentativa, pero incuestionablemente que la objetividad muestra, de modo irrefragable, el distinguo, pues mientras la consumación ha satisfecho todos los requisitos del tipo, la tentativa es una disconformidad por razón del efecto querido, que falta" (12)

c) Criterio de la peligrosidad objetiva en concreto. - Como antes se indicó, entroncada con la corriente subjetivista, pero diversa de ella, debemos colocar a la doctrina positivista, representada por Enrique Ferri y Garófalo, que sostienen que la sanción criminal no se funda-

(11) Francisco Pavón Vasconcelos. - La Tentativa. - Pág. 35 Edic. 1964

(12) Ramón Palacios. - La Tentativa. - Pág. 241. - Edic. 1951.

en el elemento objetivo, sino en la peligrosidad del sujeto, no la del hecho, por tanto el fundamento de la pena en la tentativa, dicen se encuentra en la voluntad criminal de cometer la infracción penal, voluntad que se manifiesta exteriormente con la realización de actos peligrosos, mismos que a su vez, revelan la personalidad criminal del sujeto.

Ferri al igual que Garófalo, sostuvieron que la punición alcanza a los mismos actos preparatorios en cuanto éstos reflejan parte de la realización de la idea, del motivo y del fin criminal. Para estos autores el mínimo y el máximo de la pena se determina por "los actos objetivamente realizados en referencia a la mayor o menor peligrosidad personal" (13)

En esta forma para la corriente positiva desaparece la necesidad de establecer distinción alguna entre los llamados actos preparatorios y los ejecutivos, pues basta que los actos realizados por el hombre, cualesquiera que sea su naturaleza, constituyan la ejecución de una idea, motivo y fin criminal, para que los mismos sean considerados como merecedores de pena.

Asimismo, el peligro objetivo, para esta tesis, es independiente de la peligrosidad del agente, y por tanto, aún en el supuesto de aquellos casos de hechos criminales que carezcan de peligro objetivo, la conducta debe ser sancionada en cuanto revela la peligrosidad del sujeto.

Pavón Vasconcelos, en su ya multicitada obra, expresa una crítica a esta tesis, que nos parece acertada cuando afirma que "el

(13) Enrique Ferri. - Principios. - Pág. 597

error de esta tesis, radica en hacer de la exteriorización de la voluntad un síntoma de la peligrosidad del delincuente y no, como debe ser, el -- fundamento de su culpabilidad.

La Escuela positiva, concluye, equivoca y desplaza el problema. La tentativa es punible, entre otras razones, por cuanto los actos realizados manifiestan la voluntad de delinquir más no porque revelan la peligrosidad del delincuente" (14)

d) Otra tesis es la sostenida por Mario Pagano quien pretende fundar la punición de la tentativa en razón de la alarma social provocada con el conato, así afirma que la vida comunitaria sufre una alarma, con la ejecución de los actos de tentativa, por tanto sostiene que en esa alarma social provocada, se encuentra el fundamento de la pena de la figura accesoria.

Ramón Palacios, critica esta postura diciendo que "si la norma contuviese ese asidero exclusivamente, se llegaría a la punición de cualquier actividad proyectada a un delito aunque faltara el estado subjetivo de peligro" (15)

Asimismo, el maestro Pavón Vasconcelos, agrega a esa crítica la observación de que "la alarma social de común no se presenta en el delito tentado y aún en ese supuesto, en ocasiones la tentativa puede resultar inidónea y ayuna de peligro. Por otra parte, es evidente que la alarma social no es exclusiva del delito tentado, pues preséntase igual

(14) Francisco Pavón Vasconcelos, - La Tentativa. - Pág. 38 1964

(15) Ramón Palacios. - La Tentativa. - Pág. 44 Edic. 1951

mente en los actos consumativos del resultado" (16)

También se ha pretendido fundar la punibilidad de la tentativa - en razón de la turbación producida en el sujeto pasivo y la alarma en el ambiente en que se produce, criterio sostenido por Antolisei, así como - en razón de la disminución del sentimiento de seguridad de los asociados por la perturbación del orden jurídico establecido, criterio que es patrocinado por Civoli. (17) Estos criterios aunque con diverso planteamiento, juzgan que la tentativa no tiene razones especiales para su punición, ya que sostienen que tanto en el delito tentado como en el consumado operan las mismas razones para su punibilidad.

De los criterios que hemos expuesto, nosotros nos inclinamos, por el que sostiene como fundamento de la punibilidad de la tentativa el - del peligro corrido, propuesto por Francisco Carrara, toda vez que en nuestro concepto las críticas hechas a esa tesis carecen de consistencia. Pues como antes se apuntó una de las objeciones más serias que se le ha - ce consiste en la afirmación que si se acepta el peligro corrido como fundamento de la pena, tendría necesariamente que aceptarse que la tentativa se configuraría también en los delitos culposos, los cuales también - participan del peligro o riesgo corrido, es decir tendría que aceptarse - la tentativa culposa, esto, podemos afirmar que no es exacto ya que como apuntamos al examinar la fase interna del iter criminis, la conducta de tentativa requiere siempre la "resolución" de cometer un delito, es -

(16) Francisco Pavón Vasconcelos. - La Tentativa. - Pág. 39 Edic. 1964

(17) Citados por F. Pavón Vasconcelos. - La Tentativa. Pág. 38 y s. s.

decir, la intención de lesionar un determinado bien jurídico, la cual en los delitos culposos no se presenta. Pues recordemos que en los delitos producidos por culpa se reclama no una voluntad perversa, que no existe, sino una voluntad imprudente que dejó de calcular todas las consecuencias posibles de los actos realizados y estos actos imprudentes en cuanto que a causa de ellos se produce un hecho perjudicial serán punibles, en tal caso, como delitos consumados por culpa, pero nunca, en ausencia de resultado, como tentativas. En síntesis afirmamos que la razón y fundamento de la punibilidad de la tentativa es el peligro corrido, pero un peligro corrido, valga la expresión, buscado por el agente.

3. - SISTEMAS DE PUNICION DE LA TENTATIVA.

Ahora bien, una vez que hemos dejado establecido que el fundamento de la punibilidad radica en el peligro o riesgo corrido por los bienes jurídicamente tutelados por la norma penal, examinaremos los sistemas que se han puesto en juego en torno a la determinación de la pena que debe aplicarse a la tentativa, tales sistemas arrancan de distintos criterios elaborados, mismos que a continuación examinaremos:

Teoría clásica y teorías de la equiparación de la pena. - La tentativa debe punirse con una pena menor que el delito consumado. Este es el criterio que ha sido considerado como tradicional y es propuesto por la Escuela Clásica. Sostiene que la conducta de tentativa debe punirse en lo referente al culpable, porque la voluntad criminal se presenta en la misma forma que en el delito consumado, y asimismo, porque los actos de tentativa van en contra del orden social y ponen en peligro bienes

nes tutelados jurídicamente por la ley. Sin embargo, esta tesis sostiene que la pena aplicable al delitotentado debe ser menor que la del delito -- consumado, por las razones siguientes: porque en la conducta de tentativa sólo hay violación de la norma, en tanto que en el delito consumado - hay una violación de la norma y además un resultado material, y porque en la tentativa aún es posible el desistimiento del agente suspendiendo voluntariamente los actos ejecutivos dirigidos a la consumación del ilícito-penal.

2. - Teoría de la equiparación. - Esta tesis sostiene el criterio que la tentativa debe punirse con igual pena que el delito consumado. -- Dentro de esta corriente se enmarcan todas las doctrinas subjetivas, distinguiéndose de éstas las siguientes:

a). - Teoría de Adolfo Prins. - Este autor critica a la Escuela clásica, manifestando que la misma ha contribuido a debilitar la re- -- presión de la criminalidad, pues sostiene que el peligro que el delincuente representa se da igualmente en la tentativa que en el delito consumado, ya que, en el caso del delito tentado, su imperfección se debe a causas - independientes de la voluntad del agente. La sociedad -dice- debe defenderse contra este fenómeno social; la voluntad rebelde de los criminales y los impulsos de las clases delincuentes. (18)

b). - Doctrina Correccionalista. - Esta tesis la encabeza Roe- der, quien sostiene también la equiparación de las penas tanto para los- actos constitutivos de tentativa como para el delito consumado. Sin em-

(18) Citado por F. Puig Peña. - Derecho Penal. - Pág. 215 Edic. 1959

bargo, esta doctrina admite que cuando haya indicios manifiestos de una culpa menor, se castigue más levemente la tentativa, pero sólo en esos casos.

c). - Escuela positiva. - Esta es la doctrina que más ha extremado la postura. Sostiene que una vez que la temibilidad del delincuente se ha exteriorizado, para la reacción social defensiva es indiferente que el delito no pase del momento de la tentativa como que llegue a su plena consumación. Ello, en virtud de que fundamentan la punibilidad de la tentativa, como ya lo vimos, en la peligrosidad objetiva del sujeto.

En resumen, como afirma Puig Peña, podemos establecer que "las proyecciones fundamentales de las teorías subjetivas son tres: - -
1. - La extensión del concepto de tentativa por el campo de sus actos preparatorios, siempre que éstos demuestren claramente la intención criminal del autor; 2. - la punición del delito imposible, pues es irrelevante la falta de peligro de los bienes que tutela la ley para la sanción; 3. - La parificación de la pena de la tentativa con el delito consumado. (19)

De estos dos grupos de doctrinas que se han examinado, el que prevalece en casi la mayoría de las legislaciones penales es el criterio clásico, que pugna porque la pena aplicable a la tentativa sea menor que la del delito consumado. Sin embargo, cabe apuntar que también el criterio de las teorías subjetivas ha sido aceptado por legislaciones penales tan avanzadas como la del Código Francés, que en su artículo segundo - pune la tentativa de "crimen" en la misma forma que el "crimen" consu-

(19) Federico Puig Peña. - Derecho Penal. - Pág. 215 Edic. 1959

mado; asimismo el Código Austriaco en su artículo octavo sigue un criterio análogo. Otros Códigos como el noruego, como no establecen distinción alguna entre el delito frustrado y la tentativa, castigan de igual manera el mero principio de ejecución que la realización de todos los actos materiales del delito. Por otra parte existen Códigos que tratan de solucionar el problema en otra forma como por ejemplo el Código Penal Suizo de 21 de diciembre de 1937, inspirado en un criterio subjetivo, permite la imposición de una pena menor para los casos de tentativa, sin embargo el juzgador queda autorizado para imponer la pena plena en caso de que así lo estime. Es decir, la disminución de la pena legal, es facultativa y por tanto, el juez puede aplicar penas mayores cuando así lo estime conveniente para los fines del Derecho.

En nuestra legislación penal actual prevalece también el criterio clásico en relación con la punibilidad del delito tentado, aunque ello no siempre ha sido así como lo estudiaremos en el siguiente Capítulo.

C A P I T U L O IV

PUNIBILIDAD DE LA TENTATIVA EN NUESTRO DERECHO PENAL

1. - Antecedentes Históricos. - Roma y España.
2. - Derecho Patrio. - Evolución.
3. - Los Códigos Penales de 1871, 1929 y 1931.
(Comentarios y Críticas).
4. - Los Anteproyectos del Código Penal de 1949,
1958, (Comentarios).
5. - Jurisprudencia de la Suprema Corte en relación
a la Tentativa.

PUNIBILIDAD DE LA TENTATIVA EN NUESTRO DERECHO PENAL

ANTECEDENTES HISTORICOS. ROMA Y ESPAÑA

Si buscásemos un antecedente remoto de la tentativa, tendríamos necesariamente que recurrir al Derecho Romano, y concretamente al Derecho Justineáneo, pues fué en esa época, como ya lo examinamos en el Capítulo primero de este trabajo, cuando aparecen las raíces del instituto que estudiamos, ya que el derecho romano primitivo no conoció la tentativa; toda vez que los delitos sólo se contemplaban a través de la consumación, es decir sólo el delito consumado tenía relevancia para la aplicación de la pena en esa primera época. Es pues, con el advenimiento de la obra de Justineano cuando el origen de la tentativa se empieza a perfilar, aunque todavía con matices nebulosos, Así, como escribe Maggiore ⁽¹⁾ sólo cuando hubo una separación entre los crimina ordinaria y los extraordinem, empezó a distinguirse entre flagitium perfec-

(1) Giuseppe Maggiore. - Derecho Penal. - Tomo II. - Pág. 65 Edic. 1954.

tum y flagitium imperfectum, de donde arranca el estudio y la configuración de la tentativa.

En relación a la punibilidad, el conato en el Derecho romano de Justineano era castigado, aunque con penas inferiores a las que se aplicaban a los delitos consumados, regla que no operaba cuando el delito que se había intentado cometer era considerado como atrocísimo.

La legislación romana ejerció en toda Europa sobre la materia penal, lo mismo que sobre las demás materias, una influencia enorme que todavía en nuestros días muestra claramente sus huellas en casi la mayoría de las instituciones jurídicas. Esa influencia se manifestó en forma tal que los textos romanos, llamados a menudo ley escrita, fueron considerados como derecho común en todo lo que no estaba determinado en otro sentido por estatutos especiales o por la costumbre.

El Derecho Romano fué ley vigente y obligatoria en el Imperio de Occidente hasta su derrumbamiento por la invasión visigoda a fines del siglo V; con ello el Derecho romano decayó notablemente en todas las provincias del Imperio sojuzgado. España sufre también esas consecuencias, sin embargo el conquistador permitió que entre los vencidos se siguiera aplicando su propia ley, creandose así los denominados estatutos de derecho personal. Situación que prevalece hasta que el rey visigodo Chindasvinto en el Séptimo Concilio de Toledo a mediados del siglo VII, decreta la abolición definitiva del Derecho romano y así cobran vida en España en la época que comprende desde la invasión visigoda hasta la

destrucción del poder sarraceno en 1576, una serie de leyes codificadas cuyos orígenes se encuentran en las costumbres godas, leyes entre las cuales destacan El Código Visigodo o Breviario de Aniano o Alarico y El Fuero Juzgo, éste último considerado como una de las principales leyes de la Nación.

En relación con el Derecho Penal, la influencia bárbara en esta legislación se refleja en la incorporación del Talión aplicada con frecuencia, así como en las penas de muerte y otras penas crueles como la de esclavitud, la marca y la castración. Aunque también cabe anotar que algunos principios derivados del Derecho Romano y del Cristianismo tuvieron gran influencia en la legislación bárbara, como por ejemplo el principio del concepto de la ley penal que se recomendaba en estos términos: "esta fue la razón porque fue hecha la ley, que la maldad de los omnes fuese refrenada, por miedo della, e que los buenos visquiesen (viviesen) seguramiente entre los malos; e que los malos fuesen penados por la ley, e dexasen de fazer mal por el miedo de la pena" (2). Asimismo se introdujo el principio de la personalidad de la pena que se estableció con toda exactitud en la fórmula "aquel solo deve aver pena que fiziere la culpa... y el pecado muera con él, e sus fiios, ni sus herederos non sean tenudos por ende" (3)

Al lado de esta legislación bárbara encontramos el código llá-

(2) Miguel S. Macedo. - Apuntes para la Historia del Derecho Penal Mexicano. Ed. 1931 Pág. 50

(3) Miguel S. Macedo. - Apuntes para la Historia del Derecho Penal Mexicano. - Pág. 50 Edic. 1931.

mado de las Siete Partidas, obra de Alfonso X, denominado El Sabio, y que representaba la tendencia romanista; esta ley de las Partidas era considerada como ley supletoria en último lugar, sin embargo en la práctica la autoridad de la misma fué muy superior a la del Fuero Juzgo, - - pues como apunta el ilustre maestro Miguel S. Macedo, "aún durante la obscuridad y los desgarramientos que producía la gestación del régimen feudal, el derecho romano subsistió sino como ciencia, al menos como práctica, dejando pruebas de su autoridad en los escritos de los raros espíritus de las épocas" (4)

Las Partidas recogen los gérmenes de la Institución de la tentativa que ya se habían manifestado en el Derecho Romano y al efecto - - también aquel principio del Digesto estableciendo la impunidad de las ideas consagrado en la fórmula "cogitationes poenam nemo patitur", pasa a las partidas en la fórmula que estableció que sólo son punibles los actos exteriores hechos, palabras escritos y conciertos y no los pensamientos - "perpetratur delictum facto, verbis, scripto, aut consilio, nom autem cogitationes" (5)

Las disposiciones de las Partidas que como hemos dicho, conservaban la grandeza del Derecho Romano, ejercieron gran influencia en el desarrollo del Derecho español y tanto en las posteriores leyes como El Ordenamiento de Alcalá (1348), como en las Leyes de Toro 1505),

(4) Miguel S. Macedo. - Apuntes para la Historia del Derecho Penal Mexicano. - Pág. 19. - Edic. 1931.

(5) Miguel S. Macedo. - Apuntes para la Historia del Derecho Penal Mexicano. - Pág. 120 Edic. 1931

así como La Nueva y la Novísima Recopilación 1567 y 1805, respectivamente, a pesar de que consideraron a las Partidas como una ley supletoria en último lugar, dándole el carácter de obra de doctrina, en la práctica se seguían aplicando como si tratase de ley principal.

Posteriormente, bajo el influjo de la invasión napoleónica se inicia una tarea reformista en la legislación española que sobretodo en materia penal fué fecunda: se decreta la abolición del tormento, de los azotes y de la horca y de otras penas no menos crueles, estas reformas quedan establecidas constitucionalmente en la Constitución de Cádiz de 1812.

2. - DERECHO PATRIO. - EVOLUCION

Hemos querido en forma por demás suscita referirnos al desarrollo del derecho hispano en virtud de que en éste encontramos las más hondas raíces del Derecho penal mexicano y es que nuestra legislación se encuentra tan estrechamente vinculada a la española que la una no se puede explicar sin hacer necesariamente referencia a la otra.

Escasas son las nociones que tenemos acerca de la existencia de leyes prehispánicas en México, ya que al realizarse la conquista la cultura autóctona de nuestros ancestros, con sus ideas sociales y religiosas y su incipiente cultura jurídica cedieron el paso a la superior cultura española.

Y es que como apunta Miguel S. Macedo "la conquista de México puso en contacto a dos razas, o si mejor se quiere, a dos grupos de razas, tan distantes en grados de cultura y civilización que a nadie pue-

de sorprender que haya sido imposible la fusión de ambos elementos, de los cuales el español tenía que imponer al indígena, su lengua, sus ideas, sus costumbres, creencias y sus leyes, colocándolo en una condición social indudable, aunque no rigurosamente jurídica de dominación e inferioridad próxima a la servidumbre no obstante su espíritu religioso" (6)

De tal manera que durante los tres siglos de dominación española, contrariamente a lo que había sucedido en la caída del Imperio de Occidente con la invasión goda, en que el pueblo sojuzgado se seguía rigiendo por sus leyes a través de los estatutos personales, en México la legislación hispana relegó a la obscuridad y al olvido las incipientes leyes de los nativos mexicanos. En tal virtud, sobre la base de la unidad legislativa y jurídica de España y las colonias, las principales leyes vigentes - entre nosotros eran las de La Novísima Recopilación, así como las Partidas, que de hecho habían adquirido una autoridad muy superior a la que les daba la ley escrita, ello en materia penal, también cabe mencionar a Las Ordenanzas de Bilbao, que por la fuerza de la costumbre tuvieron gran aplicación en materia mercantil; leyes a las que se agregan posteriormente la Constitución de Cádiz de 1812 y sus principios de emancipación política y libertad.

Una vez que se hubo consumado la independencia política de México, nuestro País empezó una ardua tarea para estructurarse jurídicamente, sin embargo, en lo que respecta al derecho penal, fue muy exi

(6) Miguel S. Macedo. - Apuntes para la Historia del Derecho Penal Mexicano. - Pág. 11 Edic. 1931

gua la labor. Las tendencias que informaron la legislación en nuestra -- materia fueron muy disímolas, pues por una parte se trasluce el humanitarismo filántropico del siglo XVIII, y por otra se establecían una serie de reglas que dieron paso a la exaltación de los odios y las pasiones. Al efecto se recuerda la gran inseguridad jurídica de las personas de -- aquella época, pues por ejemplo se había establecido el delito de Conspiración contra la Independencia, al que se le daba el carácter de lesa Majestad humana, bastando para que se procediera en contra de una persona la fama pública asegurada por cuatro testigos.

La constante agitación política que hacía presa del País en la -- etapa posterior a la independencia impidió que se organizara seriamente el Derecho penal, aunque es de apuntar que las disposiciones dictadas -- en esta materia, aunque aisladas e independientes entre sí, constituyen un conjunto bastante completo. Sin embargo, tanto en el derecho de la -- colonia como en el inmediato posterior a la independencia no se encuentran disposiciones que permitan establecer que los juristas de esos tiempos tuvieran ya conocimiento o al menos alguna idea relacionada con la -- Tentativa, y es que como señala Luis Jiménez de Asúa, "Hasta 1857 no existen bases fundamentales sobre las que edificar el Derecho Penal Mexicano, caracterizándose, hasta entonces, el régimen represivo por una verdadera anarquía en cuanto a las disposiciones de fondo, pues la -- mayor parte de las dictadas se refieren al procedimiento y a la jurisdicción -- para activar los procesos y hacer más efectivas las penas ante el --

creciente aumento de la criminalidad" (7)

3. - LOS CODIGOS PENALES

Código Penal de 1871. - Deciamos que con la Constitución Política de 1857, se sientan las bases para la organización del Derecho penal, el objetivo trazado era el de codificar todas las disposiciones que en relación con la materia se habían dictado en los gobiernos del México Independiente, sin embargo esta tarea se retrasó en su ejecución en razón de la intervención francesa y del establecimiento del corto Imperio de Maximiliano de Amsburgo, no fué pues, hasta el derrumbamiento del Imperio, que siendo presidente de la República Don Benito Juárez, cuando se designó una comisión para la formación de un Código Penal, el nombramiento de esta comisión recayó en los señores licenciados Antonio Martínez de Castro, quien la presidió, José María Lafragua, Manuel Ortíz de Montellano y Manuel M. de Zamacona, mismos que después de dos años y medio presentan a la consideración del Congreso el Código Penal de 1871, denominado comunmente como Código de Martínez de Castro en virtud de que como apuntamos antes, dicho jurista, presidió la comisión redactora de esta Ley.

Este Código tomó como modelo el Código penal español de 1850 y sus reformas de 1870, y se inspiró fundamentalmente en los principios de la Escuela clásica, ya que si se examina se encuentra que conjuga la justicia absoluta y la utilidad social; sienta como base de la res-

(7) Luis Jiménez de Asúa. - Tratado de Derecho Penal. - Tomo I Pág. - 970 Edic. 1950

ponsabilidad penal, la moral, fundada en el libre albedrío, la inteligencia y la voluntad; la pena tiene un caracter retributivo, etc.

Asimismo, en relación al tema concreto de este estudio, aporta como novedad a la práctica y ciencia jurídica de su tiempo el concepto de delito intentado. Así, por primera vez en México el Código penal de 1871 reglamenta la Tentativa a la que se dedican diversos artículos

El Ordenamiento citado, distingue varios grados en el delito intencional y al efecto en su artículo 18 establecía: "En los delitos intencionales se distinguen cuatro grados:

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

Hecha esta distinción procede a definir cada uno de esos grados en los artículos siguientes, haciéndolo en la siguiente forma:

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

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

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

- I. - Que los actos ejecutados den a conocer por sí solos o acom

pañados 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 quince días de arresto o quince pesos de multa.

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

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

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

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

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

Como se desprende de la lectura de los preceptos antes indicados, este Código designa a la tentativa propiamente dicha, como conato,

pretendiendo dar una definición del mismo que es incompleta y defectuosa, situación que se trató de enmendar en el artículo 20, estableciendo las condiciones de la punibilidad del mismo. Por otra parte al utilizar los términos "directa e inmediatamente" deja la puerta abierta para sancionar al acto preparatorio, que como hemos visto en doctrina, por regla general, no deben punirse, ya que son actos que no agreden por si mismos - al bien o interés tutelados por la ley.

Otra observación importante a este Ordenamiento, es que en el artículo 25, establece la existencia del Delito imposible, al que designa con el nombre de delito intentado. Asimismo es de citar que de la lectura de la fracción primera del artículo 21 se desprende que este Código -- adoptó la tesis de la Univocidad de Carrara, en relación a los actos configurativos del Conato.

Ahora bien por lo que respecta a la punibilidad del conato o -- tentativa, este cuerpo de leyes establecía lo siguiente:

Artículo 202. - El conato punible se castigará con la quinta parte de la pena que se aplicaría al delincuente si hubiera consumado el delito.

De donde se infiere que el Ordenamiento en cuestión siguió los lineamientos señalados por la Escuela clásica en relación con la punibilidad de la tentativa, en el sentido de imponer una pena menor a la tentativa que la aplicable al delito consumado.

Por otra parte en el artículo 203 estableció tres reglas para la punición del delito intentado o delito imposible, disponiendo que: el deli-

to intentado se castigará conforme a las tres reglas siguientes:

I. - Cuando se intente contra persona o bienes determinados y se consuma involuntariamente en persona o bienes diversos, se impondrá la pena del delito que resultó consumado.

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

III. - Cuando se dejó de consumir por imposibilidad absoluta se impondrá una multa de diez a mil pesos.

En relación a estas reglas consideramos que la primera no tenía nada que hacer en ese capítulo, pues a nuestro entender en el supuesto se trata del castigo a un delito consumado en el que concurre un simple error en la persona o sujeto pasivo de la infracción.

Cabe destacar que el Código distingue en el contenido de estas reglas la imposibilidad relativa y la imposibilidad absoluta, imponiendo también a ésta última, una penalidad, lo que explicó Martínez de Castro en la exposición de motivos diciendo: "cuando se intenta un delito para cuya ejecución hay imposibilidad, sea absoluta o relativa, revela el reo -- una perversidad que causa alarma y que no debe quedar sin castigo", de ello se vislumbra también una influencia en la comisión redactora del -- Código, de la Escuela positivista en cuyos principios se afirmaba la puni ción de la conducta delictuosa no sólo por el daño que ocasiona sino por revelar la existencia de una personalidad criminal y por ende peligrosa.

Otro de los méritos de este Ordenamiento consiste en haber es tablecido el delito frustrado, que como hemos visto corresponde a la ten tativa acabada, disponiendo su punición en los términos del artículo 204, que establecía: Para castigar el delito frustrado se observarán estas dos prevenciones.

I. - Cuando el delito contra la persona o bienes de alguno se -- frustre, pero se consume en la persona o bienes de otro, se aplicará la -- pena del delito que resultó consumado.

II. - Fuera del caso de la fracción anterior se aplicará de dos -- quintas a dos tercios de la pena que se aplicaría si se hubiera consumado el delito.

Por lo que respecta a la fracción primera del precepto ante -- rior, también consideramos que su inclusión en el capítulo de la tentati -- va es errónea ya que, en el caso, consideramos que se trata de el casti -- go a un delito consumado en el que existió un error en la persona u obje -- to pasivo del delito.

Resumiendo, podemos decir que la punibilidad de los diversos grados del delito en el Código de Martínez de Castro, fue en la siguiente forma:

a). - Al conato se le impuso una penalidad consistente en una -- quinta parte de la pena que se hubiera aplicado al delincuente de haberse consumado el delito.

b). - Al delito intentado o delito imposible se le imponía una -- penalidad consistente en un tercio a dos quintas partes de lo que se hubie

ra impuesto de realizarse la consumación del delito, ello, en el caso de que hubiera una imposibilidad relativa, porque en el supuesto de que existiera imposibilidad absoluta, la pena era de multa de diez a mil pesos. Y

c) Al delito frustrado o tentativa acabada, se le aplicaba una pena que iba de dos quintos a dos tercios de la penalidad que se aplicaría si se hubiere consumado el ilícito.

CODIGO PENAL DE 1929

El Código Penal de Martínez de Castro, tuvo plena vigencia hasta el año de 1929, en que como consecuencia de la tarea de los gobiernos revolucionarios de revisar los Códigos Mexicanos en las diversas materias, la comisión integrada por José Almaraz y Luis Chico Goerne, en cargos de revisar el Código Penal de 1871, terminó el Proyecto que el presidente Portes Gil, sancionó como Código Penal el 30 de septiembre de 1929, mismo que entró en vigor el 15 de diciembre del mismo año.

Este Código fué considerado por sus mismos redactores como una Ley de transición, plagada de defectos y sujeta a enmiendas importantes. Los autores trataron de reflejar en su obra los principios emanados de la Escuela positivista, para desterrar los antiguos moldes de la Escuela Clásica.

Se concebía al delito como un acto social que daña al hombre y a los agregados sociales, reconocidos expresa o implícitamente por la ley fundamental, en cualquiera de sus valores esenciales reconocidos en la misma ley como derechos, y en forma tal que el daño no pueda ser reparado por la sanción civil.

Asimismo en su artículo 68, establecía que el objeto de las -- sanciones era prevenir los delitos, reutilizar a los delincuentes y eliminar a los incorregibles, aplicando a cada tipo criminal los procedimientos de educación, adaptación o curación que su estado y la defensa social exijan. Por lo que sus mismos autores consideran que es el primer cuerpo de leyes en el mundo que inicia la lucha consciente contra el delito a base de la defensa social e individualización de sanciones.

Sin embargo, este Código fué inaplicable en la práctica, en razón de sus muchas contradicciones notorias y errores doctrinarios, -- pues el positivismo que pretendían establecer no operó en la realidad, - de allí su escasa vigencia y corta duración.

Respecto al tema concreto de esta tesis, el Código Penal de - 1929, establecía lo siguiente:

Artículo 20. En los delitos intencionales se distinguen:

- I. - El delito consumado, y
- II. - La tentativa o conato.

Artículo 21. El delito consumado es: el acto pleno por la práctica de todos los medios de ejecución según el tipo legal establecido para cada una de sus especies en el Libro Tercero de este Código.

Artículo 22. Hay tentativa punible: cuando el agente inicia exteriormente la ejecución del hecho delictuoso directamente por actos idóneos y no practica todos los esenciales de ejecución que debieren producir el delito, por causa o condición que no sean su propio y espontáneo - desistimiento.

Artículo 23. En el caso del artículo anterior, son requisitos -
necesarios para aplicar la sanción:

I. Que los actos ejecutados den a conocer por sí solos o acompañados de algún indicio, cual era el delito que el reo quería perpetrar;

II. Que la sanción que debiera imponerse por él si se hubiera consumado, no baje de quince días de arresto o multa de cinco días de --
utilidad.

Artículo 24. El desistimiento del delito, en la tentativa o con
to, exime de toda sanción; si no fué impuesto por circunstancias diversas
y si nació de un arrepentimiento en el deseo, más bien que de apreciado
error en el cálculo.

Artículo 25. El arrepentimiento a que se refiere el artículo -
anterior, se probará:

I. - Por auto-delación del agente, antes del descubrimiento de
la tentativa;

II. - Por haber destruido él mismo los instrumentos del delito,
o

III. - Por prevenir, en caso de complicidad, a la víctima y au
toridades.

Artículo 26. No obstante lo dispuesto en el artículo que prece
de, el Juez podrá exigir del agente la caución de no ofender o someterlo -
a la vigilancia de la policia o a confinamiento, cuando se trate de sujetos
de máxima temibilidad.

Artículo 27. Si el autor de una tentativa frustrada por arrep

timiento, incurriere posteriormente en un plazo de cinco años en nueva-tentativa de igual delito o de otro, sea desistida, fallida o consumada, se le aplicarán las sanciones de ésta y las que hubieren correspondido a la primera.

Artículo 28. Siempre que los actos ejecutados en una tentativa constituyan por sí mismos un delito de los especificados en el Libro Tercero de este Código, se aplicarán las sanciones correspondientes.

El Código penal de 1929, a diferencia del de 1871 distingue só lo dos grados en los delitos intencionales; la consumación y el conato o tentativa.

En la definición de la tentativa aporta ya un elemento nuevo - *a* consistente en el "comienzo de ejecución" con lo cual da la nota esencial de la tentativa y deja fuera de la misma a los actos preparatorios. Aunque por exceso de celo en el legislador se haya requerido su realización por medios idóneos, lo cual parece supérfluo toda vez que el acto ejecutivo lleva implícito la idoneidad de la acción, pero este exceso de celo en nada destruye su mejor concepción sobre la figura accesoria, en tanto que así excluía la inidoneidad absoluta, no así la relativa que era justificadamente sancionable por permitir la puesta en peligro típica.

Pero este mérito indiscutible en cuanto a la concepción de la tentativa en este Ordenamiento, se opaca lamentablemente con el craso-error cometido por el legislador al no hacer referencia alguna al delito Frustrado o tentativa acabada, pues la descripción del artículo 22 comprende unicamente a la tentativa inacabada y por otra parte el artículo 21

nos establece el delito consumado como un "acto pleno", es decir como-
figura típica que reúne los elementos de conducta, nexo causal y resulta-
do. Con lo que toda conducta que implicara la realización de todos los-
actos necesarios para producir el resultado, y no obstante ello, esto no-
se realizara, quedaría fuera de toda incriminación, de donde se deriva -
la grave falla que presenta este Código.

Asimismo la definición del conato excluye el delito imposible,
por inidoneidad absoluta, pero admitiendo la imposibilidad derivada de -
inidoneidad relativa, referida a los medios o al objeto.

Otro defecto que contiene el Código es que emplea como sinóni-
mos los términos que connotan al desistimiento y el arrepentimiento, --
con lo que crea muchas confusiones.

Ahora bien, en relación a la punibilidad de la tentativa, contie-
ne las siguientes disposiciones.

Artículo 171. Las sanciones establecidas para los delincuen-
tes que consumen delitos, se aplicarán a los autores de las tentativas, -
salvo cuando la ley fije sanciones especiales.

Artículo 172. Los jueces y tribunales podrán disminuir las --
sanciones a que se refiere el artículo anterior, cuando por las circuns-
tancias y modalidades que concurran en el hecho delictuoso que se trate,
aparezca menor la temibilidad del delincuente; pero la reducción podrá-
hacerse hasta la vigésima parte de la sanción que se le habría impuesto
si el delito se hubiera consumado.

En estos preceptos se refleja claramente el criterio de la equi

paración de las penas, sostenido por las corrientes subjetivas. Sin embargo, también es de apuntar que el Código adoptó la misma solución del Código Penal Suizo de 1937, al permitir al juzgador aplicar una pena plena o atenuada de conformidad con las circunstancias del hecho y la temibilidad del agente.

En síntesis pues, podemos concluir que en orden a la punibilidad de la tentativa, el Código Penal de 1929, siguió los lineamientos del positivismo, en cuanto adoptó el criterio de la equiparación de la pena para el delito tentado y el consumado.

CODIGO PENAL DE 1931

El fracaso del Código penal del 29, determinó que el propio -- presidente. Don Emilio Portes Gil, designara una nueva comisión para revisar la legislación penal. Esta comisión quedó integrada por destacados juristas de la época, que terminaron su labor en 1931, permitiendo así que el entonces presidente Dn Pascual Ortíz Rubio, promulgara el Código Penal en vigor, el día 13 de agosto de 1931, mismo que rige en el Distrito y Territorios Federales en materia de fuero común y en toda la República en materia Federal.

El Código penal en vigor, como señala Pavón Vasconcelos, representa "en materia de tentativa, un evidente retroceso con relación a sus antecesores" (8), ello, en razón de que el legislador con el afán de reducir la cantidad de preceptos que contenían los anteriores códigos, - trabajó con un espíritu de sintetización, que acarreeó como consecuencia

(8) Francisco Pavón Vasconcelos. - La Tentativa. - Pág. 138 Edic. 1964

la supresión de algunos artículos y disposiciones importantes.

Así, los preceptos relacionados con la tentativa los redujo a -- los siguientes:

"Artículo 12. 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.

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".

Es de observarse que el legislador de 1931, al describir la fórmula de la tentativa punible, emplea los mismos términos que expresa el Código de Martínez de Castro, y asimismo hace una combinación de lo expresado en dicho Código en los artículo 12 y 20, con el complemento del párrafo final que se agregó al Código de 31.

El Código en estudio al igual que el Código de 1929 emplea un sólo artículo para precisar el contenido de la tentativa, tratando de englobar dentro de ésta, tanto al delito frustrado como al delito imposible, a diferencia del Código Penal de 1871, que a través de tres preceptos definió a cada uno.

A la vez, este Ordenamiento adolece del mismo defecto del de 1871, de abarcar dentro del concepto de la tentativa tanto a los actos ejecutivos como a los preparatorios, pues los términos "directa e inmediatamente" permiten englobar a éstos mismos dentro de los actos punibles como tentativa. No exige pues, el texto legal invocado el "comienzo de-

ejecución" característico de la tentativa, sino que el concepto legal establecido se construye sobre la base de un criterio temporal, que como ya se examinó ampliamente es insuficiente para distinguir al acto preparatorio del ejecutivo. Al efecto el mismo Pavón Vasconcelos manifiesta -- que "La temporalidad del acto nada aclara en cuanto a su naturaleza en -- virtud de existir la posibilidad de realización de actos preparatorios con el requisito aludido por la norma del artículo 12; igualmente su dirección, la cual en el mejor de los casos podría ser referida a su univocidad, tam poco revela su carácter ejecutivo, pues la univocidad... es ineficaz como criterio de distinción entre el acto preparatorio y el ejecutivo, sino en todo caso como prueba de la intención del sujeto" (9)

No obstante hay que aclarar que nosotros no creemos que el legislador haya pretendido incriminar el acto preparatorio, como se desprende de las interpretaciones que ha hecho La Suprema Corte de Justicia de la Nación, como lo estudiaremos en su tiempo.

Por otra parte nosotros consideramos que la fórmula del artículo 12 del cuerpo de leyes en examen no abarca al delito imposible, -- pues el precepto, a pesar de la voluntad del legislador, comprende al -- acto preparatorio y únicamente nos es dable preparar lo que es lógicamente posible, es decir, lo preparable. Una preparación de un delito -- putativo o bien de un delito imposible, no es tal preparación de acuerdo con nuestro Ordenamiento penal. Ello, por las mismas circunstancias de dirección e inmediatez que como notas esenciales del acto de tentativa

(9) Francisco Pavón Vasconcelos. - La Tentativa. - Pág. 140 Edic. 1964

va señala el artículo 12. Y en efecto, el hecho directo al delito no puede ser otro más que aquél encaminado en línea recta a la consumación y el acto inmediato es aquél que está próximo a la consumación, de donde inferimos nuestra afirmación en el sentido de que el precepto legal en cuestión no comprende al delito imposible.

En relación al delito frustrado, el legislador si previó su encuadramiento en dicha fórmula legal, aunque en forma defectuosa, sin embargo al hacer mención al grado de ejecución a que se hubiere llegado en la conducta desplegada por el agente, deja abierta la puerta para encuadrar esta figura.

Ahora bien, en relación a la punibilidad el Código penal en vigor establece lo siguiente:

Artículo 63. A los responsables de tentativas punibles se les aplicará a juicio del juez y teniendo en consideración las prevenciones de los artículos 52 y 59, hasta las dos terceras partes de la sanción que se les debiera imponer de haberse consumado el delito, salvo disposición en contrario.

Así pues, respecto a la pena aplicable a la tentativa el Código Penal en vigor, sigue las orientaciones señaladas por la Escuela Clásica en virtud de que se castiga con pena menor que el delito consumado, aún cuando cabe señalar que también recibe la influencia del subjetivismo, en razón de que establece que para la aplicación de la pena se tomará en cuenta la menor o mayor temibilidad del delincuente.

El fundamento de la pena lo hace radicar en el peligro corrido

de conformidad con lo preceptuado por la fracción primera del artículo - 52 del mismo Ordenamiento.

En resumen, el Código penal vigente en orden a la pena estable ce para la tentativa una penalidad menor que la que se aplicaría si el delito se hubiere consumado, pena que va de tres días hasta las dos terceras partes de la sanción aplicable al delito que se intentó cometer. El m^ínimo y máximo de la pena se determina tomando en cuenta el grado de ejecución a que se hubiere llegado, la temibilidad del autor y además las prevenciones que señalan los artículos 52 y 59 del propio Ordenamiento.

ANTEPROYECTO DE CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO Y TERRIT^URIOS FEDERALES DE 1949.

Como consecuencia de las múltiples reformas que en distintas materias ha sufrido el actual Ordenamiento penal, en 1948 se integra una comisión para revisar el Código Penal de 1931. Esta comisión quedó integrada con juristas de indiscutible talla y prestigio como penalistas como el Lic. Luis Garrido, el Dr. Celestino Porte Petit, uno de los más preclaros maestros en materia penal de nuestra Facultad de Derecho, el Lic. Francisco Arguelles y el Lic. Raúl Carranca y Trujillo.

De la tarea realizada por esta comisión, surge el Anteproyecto de Código Penal de 1949, mismo que se publicó en un volumen titulado "La Reforma Penal Mexicana, Proyecto de 1949" hecho por Ediciones Ruta en 1951, y en donde se contienen los textos comparados del vigente Código de 1931 y del Anteproyecto de reformas.

En relación a nuestro tema de la tentativa dicho anteproyecto-

representa un avance en la concepción legal de la figura accesoria pues - establece una fórmula nueva que suprime a la anterior.

Artículo 12. La tentativa punible consiste en la resolución de cometer un delito, manifestada por un comienzo de ejecución o por todos los actos que debían producirlo, no consumándose aquél por causas ajenas a la voluntad del agente.

Fórmula que nos parece acertada en razón de que se exige primeramente la resolución de cometer un delito, es decir, la intención del agente, el dolo de consumir. Por lo tanto queda sin incriminación la tentativa culposa, la cual según hemos visto es inconcebible.

Además esa resolución debe manifestarse por un comienzo de ejecución o por todos los actos que debían producirlo", con lo cual queda delimitada tanto la tentativa acabada como la inacabada, determinando - - con toda propiedad los elementos objetivos de la primera omitiendo al - - respecto y con evidente acierto, el punto de vista subjetivo que exige la completa ejecución desde el punto de vista del sujeto que actúa. Por tanto se excluyen de sanción los casos de delito imposible, susceptibles de medidas de seguridad.

Al exigirse en este Anteproyecto que la resolución criminal - se manifieste por actos de ejecución, se está determinando en forma implícita la idoneidad de la acción que lleva en sí mismo el acto ejecutivo.

Asimismo la fórmula apuntada abarca el desistimiento del - - agente, pues al exigir que la no consumación se deba a causas ajenas a la voluntad del agente, obviamente se está determinando que cuando la no

consumación se deba a un proceder voluntario del propio autor, no habrá lugar a sanción alguna.

Por supuesto que en caso de tentativa acabada dicho desistimiento es imposible, quedando sólo en su caso la figura del arrepentimiento para los efectos de la atenuación de la sanción.

Ahora bien, en orden a la penalidad el artículo 55 del Anteproyecto comentado, establece que al responsable "se le podrá aplicar, a juicio del juez, hasta las dos terceras partes de la sanción que debiera imponérsele si el delito fuere consumado".

La innovación en el sentido de la punición de la figura accesoria, resulta del empleo de la palabra "podrá" lo que implica que en algunos casos el juzgador puede eximir de la sanción al autor del delito tentado.

Además al suprimir los términos "directa e inmediatamente" que contiene el artículo 12 del Código de 1931, evita las confusiones e incongruencias a que ha dado lugar dicho precepto al dejar a la interpretación el alcance de esos términos.

En síntesis el Anteproyecto de Código penal de 1949, en relación a la concepción de la tentativa es superior al Ordenamiento vigente, en cuanto que el mismo no deja lagunas ya que permite la apreciación de las distintas modalidades de la tentativa.

ANTEPROYECTO DE CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES DE 1958.

Otro intento de reforma al Código vigente en materia penal pa

ra el Distrito y Territorios Federales lo constituye este Anteproyecto, -- que fué elaborado por la Comisión de Estudios Jurídicos de la Procuraduría General de la República en el año de 1958. Esta comisión estaba integrada por el Dr. Celestino Porte Petit, Francisco Pavón Vasconcelos, Ricardo Franco Guzmán y Manuel del Rio Govea.

En orden a la tentativa el artículo 13 párrafo segundo, diciendo "la tentativa será punible cuando la resolución de cometer un delito se exteriorice por un comienzo de ejecución o por todos los actos que debieran producir el resultado, si éste no se realiza por causas ajenas a la -- voluntad del agente".

En la anterior fórmula se siguen los lineamientos ya establecidos en el Anteproyecto del 49. Sin embargo, a esta concepción se agrega en el párrafo primero del mismo precepto que los actos preparatorios serán punibles cuando manifiesten en forma unívoca el dolo del agente. -- Asimismo se contiene la fórmula del delito imposible, al que se sanciona con base en la peligrosidad del agente. No haciendo ninguna mención ni al desistimiento ni al arrepentimiento, ya que los mismos se obtienen de la interpretación a contrario del precepto.

JURISPRUDENCIA. - La H. Suprema Corte de Justicia de la -- Nación, ha dictado diversas tesis de jurisprudencia en relación con la -- tentativa y sus modalidades, entre dichas resoluciones citaremos las que anotaremos a continuación:

"El Código Penal vigente en el Distrito y Territorios Federales, no define la tentativa, sino que señala en su artículo 12, cuando 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 directamente 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; 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 del 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 puede reputarse como actos de ejecución, aquellos que por su ambigüedad no se pueden determinar en relación precisa con el delito que se va a cometer, o que por su naturaleza constituyen actos preparatorios. La segunda circunstancia demanda una concordancia, una contemporaneidad entre los actos de ejecución y el hecho mismo, en tal forma, que aquellos sean precisamente inmediatos a éste; 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 del delito no es sancionable dentro de nuestro sistema punitivo, en tanto 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 ningún bien jurídico, 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" (10)

TENTATIVA, DELITOS EN GRADO DE. "Aún cuando se admitiera que un caso reviste los aspectos del delito imposible, porque los medios empleados para su realización resultaron no idóneos, no podría por esa sola circunstancia 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 intenta

(10) Tomo LVIII, Pág. 3717, Quinta época. Semanario Judicial de la --
Federación.

do y delito frustrado, correspondiendo la definición del intentado, al delito imposible, es decir, a aquel que en la consumación fué irrealizable - porque fué imposible o porque fueron evidentemente inadecuados los medios que se emplearon. El propio precepto no define la tentativa; pero - señala en qué casos es punible; "cuando se ejecutan hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito, si éste no se consume por causas ajenas a la voluntad del agente". La tentativa surge - cuando la ejecución del delito se materializa, y ya iniciada la actividad - criminal, viene una circunstancia fortuita a frustrar la voluntad del agente. Es decir, para que exista tentativa punible, basta que quede evidenciado con hechos materiales, el propósito de delinquir, independiente --- mente de que los hechos sean, o nó, idóneos para lograr el fin deseado, y sólo cuando el agente desiste voluntariamente de ese propósito, no se considera punible la tentativa" (11)

TENTATIVA PUNIBLE. "se requiere conforme al artículo 12 del Código Penal del Distrito para que sea punible la tentativa, que se - ejecuten hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito y que éste no se consume por causas ajenas a la voluntad del agente, de donde se deduce que no es punible la sola manifestación de la - voluntad de cometer un delito cuando el responsable desiste de ello por - propia y espontánea voluntad". (12)

(11) Sem. Jud. de la Fed. Tomo LXXXV Pág. 614 Quinta época.

(12) Sem. Jud. de la Fed. Tom. LXXXVII Pág. 512 Quinta época.

TENTATIVA. "la esencia de la tentativa, tiene pues como presupuestos, en primer lugar, "un principio de ejecución" conscientemente dirigido a producir un daño del bien jurídico protegido, es decir, que se caracteriza porque se da el dolo de lesión, y en segundo lugar, un acto subjetivo del autor de consumarlo; en la inteligencia de que, una y - - otra de las acciones, deben estar referidas a realizar las característi--cas objetivas del tipo perseguido, y la no producción del resultado ha de deberse no a desistimiento voluntario del agente, sino a causas ajenas a su voluntad" (13)

TENTATIVA. "El propósito o la intención de delinquir, cuando no pasan de eso, son cosas de las que la Ley Penal se desatiende y sólo las castiga cuando ese propósito o intención de delinquir son seguidos de hechos encaminados directa o inmediatamente a la realización de un delito si éste no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente, - pues entonces estamos frente a la tentativa punible señalada por el artículo 12 del Código Penal" (14)

TENTATIVA. "Mientras el designio criminoso del sujeto no - se materializa en sucesivos actos de ejecución que constituyen el núcleo central del delito, su conducta no puede ser punible, porque el juzgador se apartaría del criterio jurídico de que jamás el delito es, ante todo, - conducta objetiva, además de la subjetiva del autor; y si el comporta- - miento desplegado por el acusado hace ostensible el deseo de cometer el

(13) Sem. Jud. de la Fed. Tom CXV P. 332 Quinta época.

(14) Idem. Tomo CXIX, Pág. 2596. Quinta época.

delito, pero no seguido de actos materiales tendientes a su consumación, resulta incuestionable que la deliberación a que sujetó el imputado su propio comportamiento, ponderando las consecuencias jurídicas de llevarlo a término, esto es, el desistimiento en la tentativa del tipo perseguido, conducen a establecer que no se dieron los elementos constitutivos del delito en grado de tentativa" (15)

TENTATIVA. "Si el acusado tuvo la intención de cometer un delito, pero no llegó a ejecutar acto alguno encaminado a la consumación del delito, sus intenciones no son punibles; y en cuanto a que haya ido -- preparado para la consumación del delito, sólo debe considerarse como acto preparatorio que tampoco es punible, pues para que exista tentativa, es necesario que se ejecuten actos que sean directamente encaminados a la consumación del delito, es decir, que exista un principio de ejecución; y no existe ese principio, si los hechos ejecutados por el incul-- pado quedaron en la intención y en actos preparatorios que, como se dice, no son punibles" (16)

(15) Idem. Tomo CXIX. Pág. 3124. Quinta época.

(16) Semanario Judicial de la Federación. Tomo CXX Pág. 1765. Quinta época.

C O N C L U S I O N E S

De todas las consideraciones que han quedado expuestas en el desarrollo de los capítulos anteriores, elaborados sin la pretensión de agotar el tema, podemos desembocar en las siguientes conclusiones:

PRIMERA . - En toda conducta de tentativa existen dos fases perfectamente delimitadas: la fase interna o subjetiva y la externa u objetiva; siendo la primera, en orden a la pena, totalmente irrelevante dado el principio "cogitationes poenam nemo patitur" imperante en nuestro Derecho penal. Sin embargo, el estudio de esa primera fase es importante porque -- dentro de la misma encontramos la resolución criminal, que constituye la base fundamental de la tentativa, en cuanto -- representa el dolo, es decir, la intención del agente de cometer un delito para lesionar bienes jurídicamente tutelados por la Ley.

SEGUNDA. - Consideramos que no es posible trazar en una fórmula de carácter general la distinción entre actos preparatorios y actos ejecutivos, distinción que creemos que sólo es posible establecer haciendo referencia concreta a cada tipo en especial, es decir, proponemos la adopción de un criterio objetivo formal en tanto que no es sino el Ordenamiento jurídico el que señala los límites, modalidades y circunstancias de los actos que configuran las conductas in-criminables como delitos. Asimismo, cuando no sea posible la determinación de la actividad ejecutiva bajo tal base, se deberá realizar materialmente atendiendo al fin de la norma, al bien jurídico protegido y al ataque contra él dirigido. Para ello, es indispensable la noción del peligro corrido, que supone una acción idónea, pues de lo contrario no es concebible la puesta en peligro del bien o interés jurídico tutelado. Esta idea de peligro apreciada subjetivamente sobre quien juzga, pero apreciada objetivamente en cuanto se basa en una realidad.

TERCERA. - Lo característico de la tentativa punible es el comienzo de ejecución, por ello, consideramos que, por regla general, los actos preparatorios no son punibles, pues los mismos no reflejan por sí de una manera clara su dirección hacia el delito, es decir, son equívocos en tanto que considerados en sí mismos, son actos que pueden conducir--

tanto a un fin inocente como a la realizaci3n de un delito, -
y por esa equivocidad no deben ser punibles.

Por el contrario el acto punible como tentativa ha de consistir en un acto externo de ejecuci3n, que contiene en s3 mismo la posibilidad de alcanzar el fin criminal propuesto, es decir, en un acto de car3cter un3voco en tanto que muestra la existencia real del peligro corrido. Sin embargo, la regla de la impunidad de los actos preparatorios admite sus excepciones, toda vez que si el acto, a3n siendo preparatorio, se encuentra proyectado inequívocamente a la realizaci3n de un delito, implicando un peligro de los bienes protegidos por la Ley o bien es realizado -- por delincuentes habituales, cobra en esa forma el car3cter de un3voco y por ende debe ser punible.

De lo expuesto se apreciar3 que aceptamos la Teor3a de la Univocidad propuesta por Carrara, aunque no para el efecto de distinguir entre el acto preparatorio y el ejecutivo sino fundamentalmente para determinar los actos punibles de tentativa.

CUARTA. - El fundamento de la punibilidad de la tentativa radica en el riesgo en que se coloca a los bienes jur3dicamente tutelados por la Ley, riesgo que Carrara denomin3 como "peligro corrido". Lo anterior, tiene plena vigencia en nuestra legislaci3n penal que consagra que la tentativa punible supo

ne la realización de hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito si éste no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente, y el legislador ha considerado que, en orden a la punibilidad, no sólo debe ser decisivo la causación de un efectivo perjuicio lesivo del bien o interés tutelado, sino también el hecho de que con una actividad que tiene su origen en una resolución criminal se suscite una situación de peligro para esos bienes o intereses que protege la Ley.

QUINTA. - La fórmula contenida en el artículo 12 del Código Penal en vigor, adolece del grave defecto de omitir el comienzo de ejecución como exigencia de la tentativa punible. En efecto, el texto legal en cuestión emplea los términos "directa e inmediatamente" permitiendo con ello la punición tanto de los actos ejecutivos como de los actos preparatorios. Y es que, como se dejó asentado al examinar dicho texto legal, el criterio de dirección e inmediatez del acto es insuficiente para establecer una distinción entre el acto preparatorio y el ejecutivo, pues el primero también es directo y muchas veces inmediato a la consumación del delito.

Por otra parte, dicha fórmula tampoco hace mención alguna a las modalidades de la tentativa, tales como el delito imposible y el frustrado, aún cuando se sostiene -

que éste último queda comprendido en la parte final del -- precepto. Sin embargo, se ha dejado a las interpretaciones de la Suprema Corte de Justicia, la precisión de la -- existencia de dichas figuras.

Por lo anterior, consideramos necesario cambiar totalmente la redacción del texto del artículo 12 del Código penal en vigor, por una fórmula más clara y precisa en relación con el contenido de la tentativa punible. Al respecto creemos que debe adoptarse el texto propuesto por la comisión redactora del Anteproyecto de Código Penal de 1958, que a la letra dice: "La tentativa será punible cuando la resolución de cometer un delito se exteriorice por un comienzo de ejecución o por todos los actos que deberían producir el resultado, si éste no se realiza por causas ajenas a la voluntad del agente", fórmula que consideramos acertada en razón que dentro de la misma se comprende tanto a la tentativa inacabada como a la acabada o delito frustrado.

S E X T A . - En relación a la punibilidad de la tentativa adoptamos el criterio de la escuela clásica, en razón de que compartimos la idea de que la tentativa debe ser castigada con una pena menor que la aplicable al delito consumado.

Sin embargo, para la determinación de la pena debetomarse en consideración la peligrosidad revelada por el

agente, en cuyo caso también debe ser sancionable la figu
ra del delito imposible, cuando la imposibilidad sea relati
va.

SEPTIMA. - Las figuras del desistimiento y el arrepentimiento en la -
tentativa, surgen de la interpretación a contrario sensu --
del precepto relativo, correspondiendo la primera a la ten
tativa propiamente dicha, y la segunda al delito frustrado
o tentativa acabada. Ambas figuras (desistimiento y arrepentimiento) no son inculpables por disposición de la --
Ley, salvo que los actos realizados constituyan por sí mismos
figuras típicas punibles.

B I B L I O G R A F I A

- ANTOLISEI FRANCISCO. - Manuale di Diritto Penale.
Parte General. - Edic. 1947.
- BELING ERNESTO. - Esquema de Derecho Penal. Doctrina del tipo.
Trad. Sebastian Soler. 1944.
- BETTIOL GIUSSEPE. - Derecho Penal. - Trad. J. León Pagano.
Edic. 1965.
- CARRARA FRANCISCO. - Programa de Derecho Criminal. -
Trad. José J. Ortega Torres. - Edic. 1956.
- CARRARA FRANCISCO. - Teoría de la Tentativa y de la Complici-
dad o del Grado en la Fuerza Física del Delito. - Trad. Vicen-
te Romero Girón. - Edic. 1926.
- CASTELLANOS TENA FERNANDO. - Lineamientos de Derecho Pe-
nal. - Edic. 1969.
- FLORIAN EUGENIO. - Derecho Penal. - Trad. Ernesto Dihigo. -
Edic. 1929.
- FONTAN BALESTRA CARLOS. - Derecho Penal. - Edic. 1957
- JIMENEZ DE ASUA LUIS. - La Ley y el Delito. - Edic. 1954.

- JIMENEZ DE ASUA LUIS. - Tratado de Derecho Penal. - Tomo I. -
Edic. Losada 1950.
- JIMENEZ HUERTA MARIANO. - La Tipicidad. - Edic. 1955.
- MAURACH REINHART. - Derecho Penal. - Trad. Juan Cordova Roda
Edic. Ariel 1962.
- MACEDO S. MIGUEL. - Apuntes para la Historia del Derecho Penal
Mexicano. - Edic. 1931.
- MANZINI VINCENZO. - Tratado de Derecho Penal. - Tomo II. - ----
Trad. Santiago Sentí's Melendo. - Edic. 1949.
- MAGGIORE GIUSSEPE. - Derecho Penal. Tomo II. - Trad. José J.
Ortega Torres. - Edic. 1954.
- MEZGER EDMUNDO. - Derecho Penal. - Trad. Dr. Conrado A. - -
Finzi. Edic. 1955.
- PAVON VASCONCELOS FRANCISCO. - La Tentativa. - Edic. 1964.
- PALACIOS RAMON. - La Tentativa, El Mínimo de Ilicitud Penal. -
Edic. 1951.
- PUIG PEÑA FEDERICO. - Derecho Penal. - Edic. 1959.
- ROMAGNOSI GIANDOMENICO. - Génesis del Derecho Penal. - Trad.
G. González Cortina y J. Guerrero. - Edic. 1956.
- SOLER SEBASTIAN. - Derecho Penal Argentino. - Edic. 1951.
Buenos Aires.
- VON LISZT. - Tratado de Derecho Penal. - Trad. Luis Jiménez de
Asúa a la vigésima edición alemana.
- ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA. - Tomo XXI
- SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION. - Jurisprudencia rela
cionada con la Tentativa.